



HAL
open science

Droit public et doctrine publiciste au Royaume-Uni : regard critique sur un objet à (re)construire

Marie Padilla

► **To cite this version:**

Marie Padilla. Droit public et doctrine publiciste au Royaume-Uni : regard critique sur un objet à (re)construire. Droit. Université de Bordeaux, 2021. Français. NNT : 2021BORD0308 . tel-03660552

HAL Id: tel-03660552

<https://theses.hal.science/tel-03660552v1>

Submitted on 6 May 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.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DROIT (E. D. 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par **Marie PADILLA**

**Droit public et doctrine publiciste au Royaume-Uni
Regard critique sur un objet à (re)construire**

Sous la direction de **Mme Marie-Claire PONTTHOREAU**

Soutenue le 6 décembre 2021

Membres du jury :

M. Aurélien ANTOINE, Professeur à l'Université Jean-Monnet Saint-Etienne, **rapporteur**

M. Etienne PICARD, Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, **président du jury**

Mme Marie-Claire PONTTHOREAU, Professeur à l'Université de Bordeaux, **directrice de thèse**

Mme Céline ROYNIER, Professeur à l'Université de Cergy-Paris, **rapporteur**

Mme Alison L. YOUNG, Professeur à l'Université de Cambridge, **examineur**

DROIT PUBLIC ET DOCTRINE PUBLICISTE AU ROYAUME-UNI

REGARD CRITIQUE SUR UN OBJET A (RE)CONSTRUIRE

Résumé : Depuis la fin des années quatre-vingt-dix, le droit public britannique a connu un véritable bouleversement. Les réformes du *Judicial Review*, l'adoption du *Human Rights Act*, la *Devolution*, la création de la *Supreme Court* et plus récemment le processus de sortie de l'Union Européenne ont transformé les équilibres institutionnels et la structure de la constitution britannique. Dans ce contexte les travaux des auteurs académiques visant à faire sens de ces évolutions et à les intégrer au sein de modèles théoriques préexistants ou nouveaux se sont démultipliés. De même le degré de reconnaissance institutionnelle de ces travaux s'est renforcé. Pourtant, malgré ce développement, la réforme du droit positif n'a pas conduit, en miroir, à la reconnaissance d'un travail doctrinal pour expliquer cette dernière. En effet, un paradoxe demeure tant du côté français qu'anglais dans la représentation de ces écrits de connaissance sur le droit public britannique. Ce paradoxe réside dans l'affirmation qu'il n'existerait pas, au Royaume-Uni, de doctrine académique entendu au sens français d'un groupe d'auteurs structurés expliquant et structurant la connaissance sur le droit positif. Si l'apport de certains auteurs historiques à la connaissance du droit public britannique est reconnu, elle n'est pensée qu'en termes d'initiative isolée, l'apport des auteurs contemporains ne se trouve pas plus pensé par le prisme de l'analyse doctrinale. Prenant pour point de départ ce paradoxe, l'étude vise à analyser les structures et logiques des discours académiques britanniques sur le droit public afin d'en comprendre les dynamiques internes. Adoptant à la fois une démarche diachronique et synchronique, il s'agira par l'étude des systèmes d'explications historiques et contemporain du droit public britannique de proposer la (re)construction du regard porté, depuis une perspective française, sur un modèle doctrinal original dont le dynamisme et la complexité permettent de repenser le lien entre droit et discours sur le droit dans le champ du droit public.

Mots clés : Droit comparé, droit public anglais, doctrine juridique, épistémologie du droit, droit public, constitutionnalisme

Abstract : Since the 90s, UK Public law has faced major reforms. The amendment of Judicial review process, the enactment of the Human Rights Act, the Devolution, the creation of a new Supreme Court and more recently the process of exit the EU, have impacted both institutional balance and Constitutional structure. In that context, the amount and diversity of legal scholarships trying to expose, explain and integrate public law's evolutions within old or new theoretical models can be observed. At the same time, the institutional recognition of the inherent value of these academic works increases. However, this increase of legal scholarship in public law that mirrors evolutions in positive law did not result in a recognition of a kind of doctrinal work. Indeed, a paradox lies within both French and British representations of academic writings in public law. From both sides, British public law scholars are pictured as being non-systematic, non-theoretical and non-scientific. In other words, there would be nothing in the UK like the French notion of 'doctrine'. This notion designates the organised community of legal scholars explaining and structuring legal knowledge. Although the contribution made by historical authors like Coke, Blackstone or Dicey upon British public law, it is always seen as an individual contribution and not something systemic. From the same perspective, the contribution made by contemporary public law scholars is never understood from a doctrinal perspective in the French meaning of the term. Taking this paradox as a starting point, this work tries to analyse the structures and inner logics of the British academic discourses about public law. By doing so, the aim is to understand the dynamics of these discourses. Adopting a diachronic and synchronic position, this work will study both historical and contemporary academic models for public law. This approach will draw a new French perspective on the British public law "doctrine" as an original model for "doctrine" that can teach deeper about the relationship between law and academic discourse about the law.

Keywords : Comparative law, British public law, legal scholarship, legal epistemology, constitutionalism

Unité de recherche

[CERCCLE ; EA 7436 ; 4 rue du maréchal Joffre, 33 075 Bordeaux cedex]

*A Benoît, qui arpentera ces chemins bien plus loin que moi,
A Kieran, qui dans la nuit sait réveiller les soleils,
A mes parents, pour leur soutien sans failles,
Soyez tous quatre assurés de mon amour.*

REMERCIEMENTS

Si la thèse est un voyage, l'histoire d'un aller et d'un retour, rien ne prédestine cette aventure personnelle à être une errance solitaire. Durant ces six dernières années j'ai eu la chance et l'honneur d'être accompagnée, guidée et soutenue par de nombreuses personnes qu'il me revient maintenant de remercier humblement. Sans elles, ni cette aventure, ni le produit de cette dernière n'auraient été rendus possibles. Ma gratitude est à la hauteur du soutien et de la bienveillance qu'elles m'ont toujours témoignée.

Mes premiers remerciements vont bien entendu et tout naturellement à ma directrice de thèse, Madame le professeur Marie-Claire Ponthoreau, qui aura été toutes ces années durant le meilleur des capitaines. Grandir intellectuellement et humainement à ses côtés et sous son exemple aura été une chance et un honneur. Son exigence et sa douceur auront su être des guides, son amour de la recherche, un exemple que je garderai à jamais au plus près de moi. Elle a su me laisser voguer seule vers d'autres rivages, lorsque nécessaire, mais m'a toujours ramenée à bon port lorsque je menaçais de m'égarer. Si ces années de doctorats auront été le plus grand des voyages, c'est grâce à elle. Je veux qu'elle soit assurée de ma reconnaissance la plus profonde et j'espère trouver un jour les mots pour exprimer aux mieux tout ce qu'elle a su m'apporter.

Mes remerciements se tournent bien entendus vers les professeurs Etienne Picard, Aurélien Antoine, Céline Roynier et Alison L. Young, pour me faire l'extrême honneur d'avoir accepté de lire et d'évaluer ce travail de thèse. Pouvoir échanger avec eux sur les résultats de mes recherches représente à la fois un défi et une chance que j'espère savoir honorer.

Cette aventure n'aurait pu être la même sans les nombreux séjours de recherches au Royaume-Uni et les rencontres, toutes aussi nombreuses, que j'ai pu y faire. Je tiens ainsi à remercier tout particulièrement le professeur John Cartwright, alors directeur de *l'Institute of European and Comparative Law* (IECL) de l'Université d'Oxford et Madame Jenny Dix pour leur accueil lors du premier semestre 2017 au sein de leur centre de recherche. Les traditionnels cafés du vendredi matin auront aussi été l'occasion de rencontrer et échanger à plusieurs reprises avec le professeur Anthony Bradley qui m'a fait l'honneur de relire certains des tous premiers écrits de cette thèse. Je lui en serai toujours reconnaissante. De même, je me dois d'exprimer toute ma gratitude aux professeurs Nicholas Barber, Adam Perry, Paul Yowell et Richard Ekins pour m'avoir laissée participer à leurs séminaires de *Constitutional Theory* lors de ce même séjour de recherche. J'ai aussi une pensée toute particulière pour les professeurs Thomas Honoré et John Gardner qui m'ont autorisée à suivre leur cours de *Jurisprudence* à l'automne 2017 et qui sont aujourd'hui tous deux décédés.

Oxford n'a pas été la seule escale anglaise de mon doctorat et si j'y ai passé bien moins de temps, le *Centre for Public Law* de l'Université de Cambridge occupe néanmoins une place toute particulière dans mon cœur. Je tiens ainsi à remercier très chaleureusement le professeur David Feldman, alors directeur du centre, qui a accepté d'être mon tuteur pendant mon séjour à Cambridge durant l'été 2018. Nos discussions et le travail au sein de la *Squire Law Library* ont été un tournant capital pour ma recherche, sans lui il n'aurait pas été rendu possible. Ma gratitude va de même aux professeurs Trevor Allan et Alison L. Young et au docteur John Allison qui ont tous acceptés de donner de leur temps pour échanger autour de mon sujet de thèse. Ma reconnaissance à l'égard du professeur Alison L. Young est d'ailleurs double pour avoir accepté que nous nous rencontrions à nouveau en 2019, mais aussi et surtout pour me faire l'honneur d'être membre mon jury de soutenance.

Enfin, le volet britannique de ces remerciements ne saurait être complet sans un témoignage de ma plus grande gratitude au professeur Paul Craig qui a accepté de me rencontrer deux fois et qui m'a aidée à saisir toute la complexité et la diversité des frontières du droit public britannique. Enfin, le professeur Martin Loughlin ne saurait être oublié de ces remerciements, il a lui aussi, et très gentiment, accepté de me rencontrer à deux reprises. Notre dernier rendez-vous en mars 2021, par zoom, aura été d'une aide toute particulière pour le dernier chapitre de ce travail ; qu'il soit assuré de ma gratitude.

Plus proche de nous, mes remerciements vont vers les professeurs Ferdinand Mélin-Soucramanien, Fabrice Hourquebie et Frédérique Rueda pour m'avoir, tous trois, et par divers moyens, accompagnée et aidée au cours de ce doctorat. Pouvoir grandir en tant que chercheuse à leurs côtés aura toujours été un honneur et un plaisir. Parce que le CERCACLE ne serait pas ce qu'il est sans elle, je me dois de remercier tout particulièrement Martine Portillo pour sa gentillesse, sa disponibilité, sa présence et surtout pour croire autant en moi. J'espère pouvoir partager encore beaucoup de discussions dans son bureau et surtout, beaucoup de sourires. Bien sûr, je ne peux oublier Pauline, Anna, Catherine et Léa pour leur aide précieuse, leurs encouragements et pour être, toujours, des modèles à qui j'espère un jour pouvoir ressembler. Leur soutien durant ces derniers mois aura été une ressource précieuse qui aura effacé bien des inquiétudes. Je tiens aussi à remercier Jean-Philippe pour son soutien et ses conseils tout au long de mon doctorat. Tous m'auront aidée à donner le meilleur de moi-même pendant ces années de thèse. J'espère qu'ils savent à quel point je leur en suis reconnaissante.

Ces années de doctorat n'auraient pas eu les mêmes couleurs sans les rires et les discussions incessantes en salle des doctorants du CERCACLE. Toute ma gratitude va à Pierre, Lucien, Sara et Camille pour l'ensemble des moments que nous avons partagés et pour l'aide si précieuse qu'ils m'ont offerte ces dernières semaines. Qu'ils soient tous assurés de ma plus profonde amitié. J'ai une pensée toute particulière pour Lina et Rym avec qui j'achève cette aventure et avec qui partager ces années de thèse aura été un plaisir. Je leur souhaite à toutes les deux le meilleur et espère les retrouver bientôt. Hors du CERCACLE, je tiens à remercier tout particulièrement Victor pour nos discussions animées autour des chocolats chauds du CROUS et ses relectures avisées. Son énergie, sa bonne humeur et sa passion pour la recherche auront été des soleils agréables en cette fin de thèse. J'espère pouvoir l'aider en retour quand viendra sa soutenance.

Mes remerciements ne seraient pas complets sans mentionner ceux qui au-delà des murs de l'Université m'ont soutenue et que je porte au plus près de mon cœur. Johanna et nos escapades bretonnes et parisiennes, nos longues conversations et son soutien, toujours, auront jalonné et porté mes années de droit et de doctorat. J'espère qu'elle sait à quel point j'admire son courage et sa combativité. Philippine et notre rencontre à Oxford, nos débats infinis sur la thèse, sur l'art, à Paris, Bordeaux ou outre-Manche, elle qui aura toujours été un modèle tant sur le plan professionnel que personnel. Soutenir à quelques mois d'intervalle et terminer ensemble une aventure aussi bouleversante que le doctorat est une chance. J'ai hâte de pouvoir la retrouver « de l'autre côté » et parcourir à nouveau avec elle les vertes étendues de la Comté. Carole et Loïc pour leur présence rassurante, leurs conseils et leur bienveillance. Ils sont ma famille de cœur.

Mon frère, Benoît, qui aura toujours été présent pour discuter, critiquer et accueillir avec beaucoup de bienveillance mes idées et mes craintes. Nos longues discussions, ses questions toujours pertinentes et son regard parfois critique auront été des aides permanentes sur lesquelles m'appuyer et construire de nouvelles réflexions. Alors qu'il s'avance sur le chemin de la recherche, j'espère pouvoir l'accompagner avec autant de douceur qu'il a su le faire pour moi. Mes parents, sans qui, bien entendu rien n'aurait été possible. Leur soutien inconditionnel, leur amour, leur foi en mes capacités à réussir m'auront guidée de bout en bout.

Enfin, mes derniers mots sont pour Kieran, bien qu'il sache combien la langue est parfois étroite et fragile quand il me revient de lui dire tout ce qu'il m'est et tout ce qu'il a fait pour moi. Il a été la force inébranlable qui m'a portée pendant les derniers mois de cette thèse. Celui par qui et pour qui cette aventure a pris tout son sens.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

PARTIE I

LA CONSTRUCTION DE L'IDENTITE DE LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE DANS LE MODELE ORTHODOXE

Titre 1 – Le droit public, objet complexe du discours doctrinal britannique

Chapitre 1 – La complexification des sources du droit public britannique

Chapitre 2 – La complexification des composantes du discours du droit public britannique

Titre 2 – La résilience du modèle orthodoxe face à la complexification de l'objet droit public

Chapitre 1 – Le dépassement de la fonction scientifique du modèle orthodoxe du droit public britannique

Chapitre 2 – Les effets des silences du modèle orthodoxe sur la représentation du droit public britannique

PARTIE II

LA (RE)CONSTRUCTION DE L'IDENTITE DE LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE AU-DELA DU MODELE ORTHODOXE

Titre 1 – La « crise doctrinale » du droit public britannique, marqueur d'une doctrine en (re)construction

Chapitre 1 – La fin du consensus doctrinal formé autour du programme orthodoxe du droit public britannique

Chapitre 2 – Le « tournant théorique » comme marqueur du renouveau de la doctrine publiciste britannique

Titre 2 – Les caractéristiques contemporaines de la doctrine publiciste britannique

Chapitre 1 – L'affirmation d'une doctrine organique spécifique au droit public britannique contemporain

Chapitre 2 – La doctrine britannique contemporaine, modèle d'une doctrine ouverte

CONCLUSION GENERALE

TABLE DES ABREVIATIONS

CLJ	<i>Cambridge Law Journal</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLP	<i>Current Legal Problems</i>
CE	Conseil d'Etat
Conv EDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CUP	<i>Cambridge University Press</i>
dir.	Direction
éd.	édition
ELJ	<i>European Law Journal</i>
ELR	<i>European Law Review</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
HarvIntLJ	<i>Harvard International Law Journal</i>
HarvLRev	<i>Harvard Law Review</i>
HRA	<i>Human Rights Act 1998</i>
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
ICON	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LQR	<i>Law Quarterly Review</i>
MelbULRev	<i>Melbourne University Law Review</i>
ModLRev	<i>Modern Law Review</i>
n°	numéro
OJLS	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
OUP	<i>Oxford University Press</i>
p., pp.	page, pages
préc.	précité
PL	<i>Public Law</i>
PUF	Presses universitaires de France
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Vol.	Volume
UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i>

INTRODUCTION GENERALE

« *And moving thro a mirror clear
That hangs before her all the year,
Shadows of the world appear (...)
But in her web she still delights
To weave the mirror's magic sights,
For often thro' the silent nights
A funeral, with plumes and lights
And music, went to Camelot;
Or when the moon was overhead,
Came two young lovers lately wed:
"I am half sick of shadows", said
The Lady of Shalott. »*

Lord Alfred Tennyson, *The Lady of Shalott*, 1832

1. En liant sa théorie de la séparation des pouvoirs à la « constitution d'Angleterre »¹, Montesquieu a placé au cœur du constitutionnalisme français² une « 'utopie' anglaise »³. Vision fantasmée de la pratique politique et constitutionnelle anglaise⁴, cette dernière apparaît comme le produit d'un procédé stylistique bien connu des Lumières⁵ : faire passer sous l'apparence de l'expérience ce qui, n'étant avant tout que théorie, relève de l'interprétation, de la construction et enfin de la prescription. Ainsi, Montesquieu n'offre pas pour objet à ce regard français sur la constitution anglaise une représentation fidèle de cette

¹ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Paris, Firmin-Didot frères, fils et Cie, 1857, p. 265 et suiv.

² B. Mirkin-Guetzevitch, « De l'« Esprit des lois » au constitutionnalisme moderne », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 4, n°2, 1952, pp. 205-216, D. Baranger, « French Constitutional Law », in R. Masterman, S. Schütze (dir.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, CUP, 2019, pp. 92-112, p. 94.

³ B. Mirkin-Guetzevitch, « De l'« Esprit des lois » au constitutionnalisme moderne », *op. cit.*, pp. 205-216, p. 208, « Pourquoi, pour exprimer ces idées libérales, Montesquieu a-t-il choisi l'Angleterre ? Pourquoi n'a-t-il pas imaginé une île perdue dans l'océan, où les lois auraient été respectées, où les magistrats auraient été justes et dignes et où la vertu aurait régné ? Eh bien, parce que l'utopie absolue aurait été sans doute moins convaincante que l'« utopie » anglaise ».

⁴ *Ibid.*, p. 207, « Qu'y avait-il de commun entre l'Angleterre de Montesquieu et l'Angleterre réelle du milieu du XVIIIe siècle ? Rien, ou à peu près rien. A l'exemple de tant d'autres écrivains du XVIIIe siècle, Montesquieu fait un voyage dans un pays imaginaire ; l'Angleterre de Montesquieu c'est l'Utopie, c'est un pays de rêve. L'Angleterre de la première moitié du XVIIIe siècle n'était pas du tout ce pays magnifique de la liberté, et ne présentait que peu de rapports avec l'idylle de l'Esprit des lois ».

⁵ *Ibid.*, pp. 208-209.

dernière. La constitution anglaise n'est que le support de la réflexion. L'image que Montesquieu offre au regard est déjà ailleurs, dans ce que pourrait être la constitution française. Par un jeu de miroir et de réfraction, l'autre n'est dès lors que le lieu de rencontre de soi.

2. Cependant, et si Montesquieu apparaît comme le « père du droit comparé moderne »⁶ et offre un précédent aux études françaises sur le droit constitutionnel anglais, est-ce pour autant dire que le regard français né de ces études ne ferait jamais de la constitution britannique l'objet réel de sa réflexion ? Répondre par la positive serait conclure bien rapidement du poids de l'héritage de cette « utopie anglaise ». Ce serait aussi trahir l'esprit des travaux de droit comparé postérieurs qui, à l'image de ceux d'Émile Boutmy⁷, placent au cœur de leur étude la question constitutionnelle britannique. Ce dernier, dans *Études de droit constitutionnel*, se saisit pleinement de cet objet, le transcrit, le représente, voit la qualité de son travail saluée par le juriste victorien Albert Venn Dicey⁸, et relève que cette constitution représente tout à la fois l'ante des constitutions modernes⁹ et la condition nécessaire à la compréhension positiviste du droit constitutionnel¹⁰. Loin de voiler définitivement le regard des publicistes français sur la constitution britannique, « l'utopie anglaise » de Montesquieu s'est quant à elle déplacée. Elle se concrétise dans les travaux des constitutionnalistes français et dessine en creux de la construction du constitutionnalisme à la française, la présence et la persistance d'un discours sur la constitution britannique.

3. Cette persistance n'empêche cependant pas le regard français, lorsque centré sur la définition formelle de la constitution¹¹, d'ignorer l'existence de la constitution britannique et

⁶ E. Durkheim, « Montesquieu, sa part dans la fondation des sciences politiques et de la science des sociétés », *Revue d'histoire politique et constitutionnelle*, 1937, p. 453, « On peut dire en toute vérité qu'il a créé le droit comparé » ; M. – C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Paris, Economica, 2^e éd., 2021, p. 40, « Sans aucun doute, Montesquieu (1689-1755) est-il le père de tous les constitutionnalistes comparatistes, mais il est aussi le père de tous les comparatistes français qui n'hésitent pas à se l'approprier. Personne ne songe à lui contester sa qualité de 'maître du droit comparé' ».

⁷ E. Boutmy, *Études de Droit Constitutionnel – France -Angleterre-États-Unis*, Paris, Plon, 1885.

⁸ A. V. Dicey, « Introduction », in. E. Boutmy, E. M. Dicey (trad.), *Studies in Constitutional Law*, Londres, MacMillan and Co, 1891, pp. v-viii.

⁹ E. Boutmy, *Études de Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1, « De toutes les constitutions libres, la Constitution anglaise est incontestablement la première par la date, l'importance et l'originalité. Elle s'est montrée avec tous ses grands traits quatre cents ans avant les autres. Elle a servi plus ou moins de modèle à toutes celles qui existent aujourd'hui ».

¹⁰ *Ibid*, pp. 1-2., « Elle contient la clef, elle recèle le vrai sens de plus d'une disposition que ses imitateurs n'ont pas toujours comprise ou qu'ils ont sciemment détournée de son premier objet. Une étude générale du droit constitutionnel positif ne peut pas être abordée avec la lumière, si l'on ne connaît pas à fond cet exemplaire capital ».

¹¹ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 22^e éd., 2020, M. Verpeaux, « Quelle constitution anglaise ? 1748-1848 », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD/ Librairie générale

plus largement d'un droit public au Royaume-Uni¹². Le regard français s'établit alors dans un paradoxe : hanté par les images de la constitution britannique, le constitutionnalisme français construit à l'égard de cette dernière un regard par éclipse. L'occultation de l'objet constitutionnel britannique s'il peut apparaître en miroir de l'« hiver du droit public »¹³ anglais, n'est pour autant que le produit d'une certaine perspective française. En ce sens, l'intérêt renouvelé des publicistes français pour le droit public britannique ne doit pas être compris comme le retour d'un objet qui aurait disparu. L'émergence dans le regard français de la constitution contemporaine britannique résulte principalement de changements de perspectives. Ainsi, tant la redécouverte du miroir du droit politique¹⁴ que l'étude des dynamiques récentes travaillant l'objet constitutionnel britannique¹⁵ rouvrent au regard français la perspective d'une (re)construction de la compréhension française du droit public au Royaume-Uni.

4. De ce rapide tableau s'esquisse un premier constat : le regard français sur le droit public britannique est pluriel et cette pluralité porte tout à la fois une dimension diachronique et une dimension synchronique. Or, dans son ombre apparaît une seconde observation : ce qui distingue ces différentes compréhensions du droit public britannique n'est pas l'existence ou non de l'objet observé, mais la perspective du regard depuis laquelle ce dernier est appréhendé. Tandis que l'objet, certes, évolue, mais demeure, le cadre théorique choisi pour saisir son image le rend tour à tour visible ou invisible à son observateur. À l'instar d'un miroir, le cadre théorique qui préconditionne le regard du comparatiste français sur le droit public britannique

de droit et de jurisprudence, 1992, pp.303-316, p. 303, « Mais il paraît *a priori* délicat de parler de la Constitution anglaise, alors que celle-ci n'existe pas formellement et qu'elle est souvent présentée comme un mythe ».

¹² R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, Précis, 12^e éd., 2016, p. 274, « La distinction la plus élémentaire est dans la famille romano-germanique la distinction du droit public et du droit privé. Cette distinction n'est pas faite traditionnellement dans le droit anglais, où, bien au contraire, on a pendant longtemps refusé de l'admettre, y voyant la manifestation que l'Etat et l'administration ne seraient pas soumis au droit ».

¹³ S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, CUP, 2015, p. 23, « Lions in winter: public law in the twentieth century. Why did public law, at the height of its powers as it entered the twentieth century, go into prolonged hibernation? What brought it back to life ? ».

¹⁴ D. Baranger, *Écrire la Constitution Non-écrite – Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2008 ; P. Avril, *Les conventions de la Constitutions. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997, C. Roynier, *Le Problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, 2020.

¹⁵ A. Antoine (dir.), *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, Paris, Société de législation comparée, 2015 ; A. Antoine, *Le Brexit. Une histoire anglaise*, Paris Dalloz, Coll. Le sens du droit, 2020 ; A. Antoine, A. Blick, G. Gadbin-George, E. Gibson-Morgan (dir.), *Constitutions sous pression : la France et le Royaume-Uni au temps du populisme et du Brexit*, Paris, Société de législation comparée, 2021 ; V. Barbé, « La prorogation du Parlement britannique et la décision de la Cour suprême du 24 septembre 2019 : dernière bataille des pouvoirs constitutionnels avant le Brexit ? », *Constitutions*, n° 3, 2019, p. 349 ; V. Barbé, « Le Parlement britannique et le Brexit : le blocage d'une sortie sans accord par la Chambre des communes », *Constitutions*, n° 2, 2019, p. 190.

n'en saisit qu'une image partielle et nécessairement déformée¹⁶. En effet, bien que « l'art du miroir crée une illusion d'ordre »¹⁷, comme le rappelle l'héroïne de Lord Tennyson dans le poème victorien *La Dame de Shalott*, il « n'est pas en lui-même la réalité, mais une perspective par laquelle voir la réalité »¹⁸.

5. Dans ce jeu d'ombres, de perspectives et de réflexion, une constante demeure cependant. Aucun regard ne semble saisir un objet qui pourrait être désigné sous le terme de « doctrine publiciste britannique ». Ce dernier est en effet réputé ne pas exister. Il n'y aurait pas au Royaume-Uni de groupes d'auteurs académiques structurés répondant à la définition française du terme « doctrine »¹⁹. Or, et cette fois, l'absence de l'objet dans les regards français ne semble pas être la seule résultante d'un problème de perspective. En effet, et y compris depuis le point de vue britannique la notion de « doctrine » au sens français fait défaut. Centré sur le juge et les *case laws*²⁰, le système juridique anglais « s'est développé progressivement », sans que la systématisation n'en soit « le point de départ, mais seulement, et éventuellement, le point d'arrivée »²¹. Dans ce contexte spécifique, « les auteurs juridiques ont traditionnellement occupé un rôle subordonné et leurs écrits n'ont jamais profité du statut offert aux écrits doctrinaux continentaux (...) »²². Bien que des auteurs classiques à l'instar de Sir Edward Coke

¹⁶ G. Frankenberg, « Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law », *Harvard International Law Journal*, Vol. 26, n°2, 1985, pp. 439-448, p. 443, « Comparison has to be self-reflective. The comparatist has to reflect upon herself as a subject of and to law. Instead of pretending to the posture of a neutral, objective, and disinterested observer, the comparatist has to regard herself as being involved: involved in an ongoing, particular social practice constituted and pervaded by law; involved in a given legal tradition (a peculiar story of law); involved in a specific mode of thinking and talking about law. Once the comparatist asks herself how she came to be what she is in terms of the law (...) and she came to think as a 'legal scholar' about her own law and the other laws the way she does, notions of normality and universality begin to blur. It becomes clearer then that any vision of the foreign law is derived from and shaped by domestic assumptions and bias ».

¹⁷ J. L. Hill, «Tennyson's 'The Lady of Shalott': the ambiguity of commitment», *The Centennial review*, vol. 12, n°4, 1968, pp.415-429, p.428.

¹⁸ D. M. Martin, « Romantic perspectivism in Tennyson's 'The Lady of Shalott' », *Victorian Poetry*, vol. 11, n°3, 1973, pp. 255-256, p. 255.

¹⁹ P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. La Méthode du droit, 2004, p. 11, « Mais la doctrine française n'a même pas d'homologue dans les pays de *common law*. La chose est acquise en droit anglais où le professeur s'efface derrière le juge ».

²⁰ J. Farrar, *Introduction to Legal Method*, Londres, Sweet and Maxwell, 1977, p. 111, «We have seen that the common law is largely the product of the judiciary»; R. David, J. E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An introduction to the Comparative Study of Law*, New York, The Free Press, 1978, p. 339, « English law, fashioned by the Courts of Westminster and the Court of Chancery, is not a judge-made law only by reason of its historical origins. Since the influence of the universities and of legal writing has been less in England than on the continent and since no complete re-shaping of the law has ever taken place through the technique of codification, English law has retained its original characteristics as much with respect to its sources, to be considered now, as in its structure. It is, typically, a judge-made law, a case law, and it is with a study of the place of judicial decisions that an examination of its sources properly begins ».

²¹ R. Sefton-Green, « Le regard d'une juriste du Common Law », in F. Audren, S. Barbou des Places, *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, coll. Contextes Culture du droit, 2018, pp. 61-73, p. 63.

²² J. Farrar, *Introduction to Legal Method*, op. cit., p. 111.

ou Sir William Blackstone se distinguent par l'importance et la reconnaissance de leur contribution à la construction du droit britannique, « la recherche juridique académique, et plus spécifiquement la recherche théorique et fondamentale, est continuellement dépréciée par la communauté juridique et y compris par les professeurs de droit, et ce alors qu'elle est une contribution essentielle à l'enseignement du droit, au monde professionnel, à la pratique et à l'évolution du droit et de la société »²³.

6. Ainsi et depuis une perspective française, tout semble se passer comme si, en dehors de rares écrits de *scholars*, reconnus ou non par le reste des acteurs du droit, le droit public britannique ne savait se penser lui-même. En d'autres termes, il n'y aurait pas de structuration clairement établie pour la construction d'un discours de connaissance sur le droit public britannique au même titre que dans le système français. Pour autant, la soudaine visibilité des auteurs académiques britanniques pour commenter, expliquer, analyser les évolutions contemporaines de la constitution britannique et dont le processus du Brexit représente un « âge d'or », interroge. Moment constitutionnel d'une intensité rare, tant de par l'étendue que l'intensité de ses effets sur les structures constitutionnelles britanniques²⁴, le Brexit apparaît cependant comme le point d'orgue d'un processus d'évolution constitutionnelle bien antérieur. Les réformes constitutionnelles qui ont émaillées l'articulation, à la fin des années quatre-vingt-dix et le début des années deux mille, entre une constitution britannique moderne à celle que le Professeur Vernon Bogdanor désigne sous le terme de « nouvelle constitution »²⁵, ont réécrit les équilibres institutionnels²⁶, territoriaux²⁷ mais aussi la structure libérale de la constitution britannique²⁸. Ces réformes ne sont pas pour autant les seules dynamiques à avoir rendue visible la complexité d'un objet jusqu'alors resté discret. L'intégration européenne²⁹, le renforcement du contrôle du juge sur les actes administratifs à travers le développement de la procédure du *judicial review*, sont autant d'éléments venus animer le droit public au Royaume-Uni. Dans le sillage de ce processus, le dynamisme et la complexité soudaine du droit positif a, à la fois

²³ W. Twining, *Blackstone's Tower. The English Law School*, Londres, Sweet and Maxwell, col. Hamlyn Lectures, 1994, p. 127.

²⁴ Bien au-delà de la seule question de la disparition du droit de l'Union Européenne comme source du droit britannique, le *Brexit* doit être compris comme un processus constitutionnel global ayant réécrit l'ensemble de la structure constitutionnelle britannique. Ni les rapports structurels entre le Parlement et le Gouvernement, le Parlement et les juges ou encore les juges et le Gouvernement n'en sont sortis indemnes. De même, les tensions dans la constitution territoriale, la place du peuple dans la structure constitutionnelle ou la question des droits et libertés ont été interrogées. En ce sens, voir, *infra*, par. 459 et suiv.

²⁵ V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Londres, Bloomsbury, 2009

²⁶ *Constitutional Reform Act 2005*

²⁷ *Scotland Act 1998; Northern Ireland Act 1998, Government of Wales Act 1998*

²⁸ *Human Rights Act 1998*

²⁹ *European Communities Act 1972*

offert, mais aussi impliqué pour les *scholars* un travail d'interprétation et d'articulation de ces évolutions avec les structures préexistantes du droit public britannique. La visibilité soudaine des auteurs sur le droit public britannique apparaît donc comme le marqueur et le miroir de l'intensité des évolutions du droit positif. Parallèlement, et alors que le droit public britannique est devenu une matière obligatoire dans le curriculum universitaire juridique, que les ouvrages de théorisation du droit public, mais aussi les évènements scientifiques permettant la rencontre entre les académiques spécialistes de droit public se sont multipliés, peut-il encore être affirmé que le droit public au Royaume-Uni ne connaîtrait pas de doctrine publiciste ?

7. C'est en se saisissant de cet apparent paradoxe entre un discours préétabli et consensuel sur l'absence de doctrine publiciste au Royaume-Uni et la réalité du développement de l'étude académique de l'objet britannique « droit public » que ce travail entend proposer une nouvelle perspective pour la connaissance et la (re)construction française du droit public britannique. Adoptant la perspective de l'épistémologie juridique³⁰, visant ainsi à produire une image des procédés de connaissance interne au droit public britannique, l'étude entend rendre visible les dynamiques s'y traçant pour mieux y saisir ce qui permettrait dès lors d'identifier les caractéristiques propres d'une possible doctrine publiciste britannique.

8. Mais pour que ce regard reste ce qu'il est, « une simple perspective par laquelle voir la réalité »³¹, encore faut-il rendre visible le miroir par lequel se construit sa réflexion. Aussi et afin de rendre ce dernier tangible il conviendra tout d'abord de préciser le cadre conceptuel qui définit les contours de cette réflexion (**Section 1**). En effet, « dans le domaine juridique, on peut soutenir qu'une épistémologie appropriée, en plus d'être liée à des fins de la recherche et à son conséquent niveau d'abstraction, doit dépendre en premier lieu de ce qu'est le droit, de sa nature, de son statut ontologique. Mais ce qu'est le droit dépend à son tour, d'une certaine manière, de comment nous représentons le droit, c'est-à-dire de quel concept du droit nous employons »³². Ce premier cerclage effectué, il conviendra de mettre en mouvement ce cadre conceptuel afin d'identifier précisément les contours de l'objet que se propose de représenter l'étude (**Section 2**). Pour ce faire et faisant sienne les réflexions et développements récents dans la pensée publiciste française autour de la notion de « doctrine », l'étude mettra en

³⁰ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2019, p. 16, « L'épistémologie du droit ne consiste pas à savoir ce qu'est le droit, mais à indiquer comment le connaître (du grec ancien *epistêmê* qui signifie connaissance ou science et logos, étude). Elle s'intéresse au droit comme sciences ».

³¹ D. M. Martin, « Romantic perspectivism in Tennyson's 'The Lady of Shalott' », *op. cit.*, p. 255.

³² P. Comanducci, « Epistémologie », in M. Troper, D. Chagnollaude (dir.), N. Jomeer (trad.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1*, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 11.

lumière en quoi ce dernier concept représente un outil épistémologique à même de dévoiler, observer et analyser les dynamiques profondes animant la construction d'un discours académique sur le droit public au Royaume-Uni. Enfin, et pour mieux saisir les limites et biais inhérents à la réflexion proposée, il conviendra d'en préciser le cadre méthodologique (**Section 3**) et ce afin de présenter l'ensemble des conditions permettant à cette étude de proposer un regard critique sur le droit public britannique et d'affirmer l'existence d'une doctrine publiciste britannique dont les caractéristiques propres la distinguent de la doctrine publiciste française.

Section 1. Le cadre conceptuel de l'étude : une certaine compréhension du droit, le droit comme discours de connaissance

9. « Le monde est ma représentation »³³. La citation de Schopenhauer placée en épigraphe de l'ouvrage de *Philosophie du Droit* du Professeur Alexandre Viala³⁴, sonne comme une douce mise en garde. Tout d'abord contre toute essentialisation de ce que serait le droit, car, si « tout ce qui existe, existe pour la pensée, c'est-à-dire, l'univers entier n'est objet qu'à l'égard d'un sujet, perception que par rapport à un esprit percevant, en un mot il est pure représentation »³⁵, alors toute connaissance du droit est toujours le résultat d'une subjectivité forte qu'il revient en partie d'élucider ou du moins de dévoiler afin de mieux rappeler la nature profonde d'une telle connaissance : la simple perspective d'un regard parmi tant d'autres. Ensuite, comme un rappel nécessaire, car si le monde n'est que « ma représentation », le monde du droit est celui d'une double représentation. En effet, en tant que construit, et contrairement aux objets naturels, le droit se présente lui-même comme une représentation normative, symbolique, sociale et culturelle d'un monde qui lui est extérieur. Ainsi, toute étude du droit est tout à la fois la réflexion de ce construit, mais aussi celle du monde représenté par ce dernier.

10. Aussi et dans ce jeu de réfractions multiples, définir la conception du droit reposant au cœur de cette étude est un présupposé nécessaire afin de rendre tangible la représentation construite par la thèse proposée. Sans ce premier travail de définition, la cohérence et la validité du raisonnement adopté ne peuvent être pleinement évaluées. Plaçant au cœur de sa représentation une définition du droit comme « discours sur le droit », l'étude se

³³ A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1966, p. 25.

³⁴ A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 5.

³⁵ A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, *op. cit.*, p. 25.

propose, après avoir rappelé les difficultés inhérentes à la constitution d'une science positive du droit (1.), de retenir une définition de la science du droit renouvelée à la lumière des évolutions de la philosophie des sciences, de l'épistémologie et de la sociologie des sciences (2.). Or, et en creux de ce travail liminaire, se dessine lentement la possibilité d'une première définition du terme de doctrine juridique (3.). Bien que partielle, cette définition offre cependant la potentialité d'une confirmation de l'hypothèse de recherche au cœur de cette étude, que seul le travail de définition de l'objet de la recherche permettra de valider.

1. Entre discours du droit et discours sur le droit, l'écueil de la notion de « science du droit »

11. Le « droit » est un terme polysémique qui vise tout à la fois un objet précis et la connaissance de cet objet³⁶. Il est dans le premier cas « un ensemble spécifique de normes »³⁷, « un discours prescriptif »³⁸, produit d'« une activité de la volonté qui sollicite la mise en œuvre de la raison pratique »³⁹. Dans le second, il visera les « discours sur le droit »⁴⁰, en d'autres termes « la science du droit, c'est-à-dire [...] la discipline académique qui a pour objets ces ensembles normatifs auxquels renvoie la première définition et qui n'implique, au contraire, que le déploiement d'une activité de connaissance »⁴¹. Mais et si dans le sillage de cette seconde acception du terme « droit » semble s'esquisser une première fois l'activité même de la doctrine juridique, y émerge aussi une première difficulté conceptuelle manifestée dans la littérature juridique par la multiplicité des écrits visant à répondre à la question suivante : existe-t-il seulement un objet pouvant être désigné sous le terme de « science du droit » ?

12. L'écueil soulevé par cette interrogation est alimenté par des dynamiques distinctes, mais complémentaires pour toute tentative de description du procédé de connaissance sur le droit. La première de ces dynamiques tient à la définition même que les juristes retiennent de la « science ». Si le Professeur Paul Amselek relève que « le terme de

³⁶ A. Viala, *Philosophie du droit, op.cit.*, p. 16, « C'est que le mot 'droit' revêt deux significations différentes qui renvoient respectivement à deux registres étrangers l'un à l'autre : l'un est inhérent à l'univers de l'action et de la volonté au service desquels est mobilisée ce qu'Emmanuel Kant appelle la raison pratique tandis que l'autre appartient au monde de la science et de la connaissance au sein duquel, pour rester dans le vocabulaire du philosophe de Koenisberg, c'est la raison théorique qui est à l'œuvre ».

³⁷ V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du Droit et des Sciences du Droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du Droit, 2^e éd., 2016, p. 14.

³⁸ M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 32.

³⁹ A. Viala, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 16.

⁴⁰ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op.cit., p. 16.

⁴¹ A. Viala, *Philosophie du Droit, op. cit.*, p. 16.

‘science’ est un terme polysémique, à la fois dangereux et commode, qui permet d’abriter bien des confusions »⁴², le positivisme juridique a entendu faire sienne la « base cartésienne »⁴³ au cœur de la conception moderne de la science pour mieux l’appliquer au droit. Cette dernière consiste en la possibilité d’ « une représentation et une connaissance entièrement rationnelles, organisées intelligiblement selon un principe mécanique de causalité plus efficiente que finale, qui établissent des rapports nécessaires entre ses éléments constitutifs, décomposables et recomposables logiquement, selon une loi de non-contradiction, de conformité ou de compatibilité, susceptibles de se constituer en un certain ordre et finalement réductibles à l’unité »⁴⁴. La rationalité de cette connaissance repose sur la distinction nécessaire entre d’une part l’objet de connaissance et le sujet faisant acte de connaissance, ou en d’autres termes entre l’objet de la science et la science elle-même. La médiation entre ces deux extranéités est alors assurée par le respect d’une méthode neutre visant à la construction d’une connaissance objective conçue comme Vérité⁴⁵.

13. Dès lors et lorsque appliquée au champ juridique, la science positive « comme toute science est incapable d’émettre des prescriptions. Elle se borne donc à énoncer des propositions, appelées ‘propositions de droit’, qui décrivent des normes ayant une existence objective, indépendante de la science du droit, tandis que le droit est formé de ces normes »⁴⁶. Présentée comme purement descriptive⁴⁷, la « science positive » du droit se comporte ainsi en miroir des sciences de la nature et comme si le droit n’était finalement qu’un objet de connaissance comme les autres⁴⁸. Or, se dessine dans le mimétisme de cette scientificité une seconde difficulté identifiée et décrite par nombre d’auteurs : la nature du droit, parce qu’elle-même discursive, rend « la distinction entre la science et son objet [...] singulièrement délicate par cela seul que l’une comme l’autre prend respectivement une forme presque identique »⁴⁹. Plus encore, en adoptant le modèle des sciences de la nature par opposition à celui des sciences humaines qui ne se « contentent pas simplement d’observer leurs propres objets, mais bien de les constituer en fonction de leurs référents particuliers, à partir d’une réalité qui leur est

⁴² P. Amselek, « Propos introductif », in P. Amselek (dir.) *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 8.

⁴³ E. Picard, « ‘Science du droit’ ou ‘doctrine juridique’ », in J.-B. Auby, J.-M. Auby, J.-J. Bienvenu (dir.), *L’unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 119-171, p. 124.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ J. Boulad-Ayoub, « Descartes et le fondement de la vérité », in R. Nadeau (dir.), *Philosophie de la connaissance*, Montréal, PUM, Vrin, 2016, pp. 109-136.

⁴⁶ M. Troper, *La Philosophie du Droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je, 2003, p. 33.

⁴⁷ P. Amselek, « Propos introductif », *op. cit.*, p. 10.

⁴⁸ E. Picard, « ‘Science du droit’ ou ‘doctrine juridique’ », *op. cit.*, p. 125.

⁴⁹ A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 17.

effectivement extérieure, mais en partie seulement car elles y mêlent une vision et une compréhension du monde qu'elles reflètent »⁵⁰, la « science positive » du droit semble devoir « s'auto-mutuer »⁵¹ pour mieux respecter sa propre exigence de neutralité axiologique⁵². Mais cette dernière lui échappe pourtant et conduit le Professeur Paul Amselek à relever qu'« en fin de compte, l'image que nous renvoie la dogmatique juridique n'est nullement celle d'une entreprise scientifique (...) »⁵³. Si cette conclusion rouvre la question de la nature du discours sur le droit, au-delà de sa description comme « métadiscours »⁵⁴, l'impossibilité d'une « science positive » telle que précédemment décrite signifie-t-elle pour autant qu'il ne peut y avoir de science du droit ?

2. Le renouveau des conceptions contemporaines de la science comme voie médiane pour saisir la scientificité du discours sur le droit.

14. Tout dans la controverse autour de l'existence d'une « science du droit », semble laisser à penser que la définition même de la « science » serait un point fixe, à jamais figé dans une compréhension cartésienne de la scientificité⁵⁵. Pourtant, il convient de souligner que tout au contraire, et par vagues successives tant dans le champ de la philosophie de la connaissance, de l'épistémologie ou encore de la sociologie des sciences, la notion même de science s'est trouvée renouvelée. Or, et dans cette approche contemporaine des critères de scientificités, résident les outils conceptuels à même de nourrir la compréhension du droit comme discours de connaissance et de ce discours de connaissance comme le produit de l'activité doctrinale⁵⁶.

15. Dans le champ de la philosophie de la connaissance, le développement, à partir des années soixante-dix, des écoles dites post-structuralistes, post-modernistes ou encore post-positivistes, est venu porter définitivement atteinte à une conception d'une science objective, guidée par la possibilité d'une neutralité axiologique. Inscrit à la suite de la pensée d'auteurs aussi divers que Michel Foucault, Jacques Derrida, Gilles Deleuze ou encore Jacques Lacan, ce

⁵⁰ E. Picard, « 'Sciences du droit' ou 'doctrine juridique' », *op. cit.*, p. 128.

⁵¹ *Ibid.*, p. 129.

⁵² Voir la controverse entre D. Lochak et M. Troper, D. Lochak, M. Troper, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, pp. 293-325.

⁵³ P. Amselek, « Propos introductif », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du Droit et des Sciences du Droit*, *op. cit.*, p. 16

⁵⁵ Il conviendra néanmoins de relever que si le Pr. Etienne Picard souligne le constructivisme des sciences sociales, de son côté P. Amselek relève les limites du discours du positivisme scientifique mises en lumière par l'épistémologie de T. S. Kuhn et Karl Popper. Voir en ce sens, E. Picard, « 'Sciences du droit' ou 'doctrine juridique' », *op. cit.*, p. 126 ; P. Amselek, « Propos introductif », *op. cit.*, p. 10.

⁵⁶ P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du Droit, 2004, p. 4.

renouveau de la pensée sur la science se propose de dévoiler le rapport entre pouvoir et savoir construit au cœur même de la connaissance dite scientifique⁵⁷. Déplaçant le discours scientifique d'un régime de Vérité qui conditionne la validité des propositions émises sur un objet à la seule confrontation au réel, vers un régime de véridiction⁵⁸, où la validité des propositions émises sur un objet se voit conditionner par une « police discursive »⁵⁹ imposée depuis l'intérieur de la discipline scientifique et non depuis la réalité objective de l'objet étudié⁶⁰, cette compréhension de la science place le sujet connaissant au cœur de son objet de recherche. Ce sont les contingences qui s'imposent à ce dernier, que ces contingences proviennent du discours disciplinaire de la science elle-même, ou de la position occupée par l'observant dans la structure sociale, qui guident les structures du discours de connaissance et non plus les seules questions méthodologiques. La science ne peut dès lors plus être descriptive. Le savoir scientifique, devenu enjeu et produit de pouvoir n'est dès lors plus que la résultante contextuelle d'un enchevêtrement de représentations conscientes ou non qui conditionnent la perspective et le discours de connaissance sur l'objet. La scientificité ne réside plus dans la description du réel, mais dans la conformité au régime de véridiction de la discipline scientifique⁶¹.

16. Si l'apport de cette nouvelle conception de la science reste discret dans le champ de la science du droit français, il est au contraire largement intégré outre-Atlantique au discours de connaissance sur le droit. L'héritage de cette pensée renouvelée sur la science y donne naissance à de nouvelles dynamiques dans le champ notamment des *Critical Legal Studies*⁶² qui, dans leur forme originale, avaient déjà, et par le recours à la théorie marxiste⁶³, déconstruit les grands dogmes de la science positive du droit⁶⁴. Mais la philosophie des sciences n'est pas la seule discipline académique à avoir opéré une reconceptualisation du savoir scientifique. Dès les années soixante, l'épistémologie positiviste jusqu'alors majoritaire semble devoir être remise en cause dans le champ des sciences de la nature. Tout d'abord, la construction d'un

⁵⁷ B. H. Bix, *Jurisprudence : Theory and Context*, Londres, Sweet and Maxwell, 7e éd., 2015, p. 287.

⁵⁸ M. Foucault, *Subjectivité et Vérité. Cours au collège de France. 1980-1981*, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, pp. 237-242.

⁵⁹ M. Foucault, *L'Ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, nrf, 1971, p. 13.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ M. Foucault, *Subjectivité et Vérité, op. cit.*, p. 241.

⁶² H. B. Bix, «Modern Critical Perspectives», in. H. B. Bix, *Jurisprudence (...), op. cit.*, pp. 237-257.

⁶³ On relèvera néanmoins en France et dans le cadre de l'utilisation de la théorie marxiste l'existence du courant « critique du droit ». M. Miaille, « La critique du droit », *Droit et Société*, n°20-21, 1992, pp. 73-87 ; M. Kaluszynski, « Accompagner l'Etat ou le contester ? Le mouvement 'Critique du droit en France'. Des juristes en rébellion », *Criminocorpus*, 29 septembre 2014, disponible à : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/2831>

⁶⁴ R. Unger, « The Critical Legal Studies Movement », *Harvard Law Review*, Vol. 96, n°3, 1983, pp. 561-675.

cadre théorique plus large sous la forme de l'alternance des cycles de « sciences normales »⁶⁵ et de « révolutions scientifiques »⁶⁶ placée au cœur de l'épistémologie historique proposée par Thomas S. Kuhn permet de remettre en perspective l'épistémologie positiviste. Simple paradigme majoritaire lors d'une période dite « normale » de la science, ce dernier est appelé à être dépassé et remplacé ultérieurement.

17. Or, un tel dépassement est réalisé, notamment, par le développement de l'épistémologie poppérienne⁶⁷. Le principe de falsification proposé par Karl Popper déplace le critère de la scientificité d'un principe de « validation empirique »⁶⁸, vers une construction de la connaissance qui ne réside plus dans l'hypothèse d'une connaissance vraie au niveau individuel, mais qui acquiert désormais son statut de connaissance scientifique par consensus au sein de la communauté des chercheurs⁶⁹. Ainsi, et tant que la proposition faite sur l'objet ne peut être démontrée comme fausse, cette dernière conserve son statut de connaissance scientifique⁷⁰. Ce faisant, c'est à une conception finie et localisée de la science, perçue comme vraie qu'au regard d'un contexte et d'un temps donné, que se voit substituer la science cartésienne. Plus encore, avec la reconnaissance des épistémologies constructivistes et à la suite notamment des écrits de Jean Piaget⁷¹, la connaissance scientifique apparaît comme rattachée aux valeurs reconnues par le sujet connaissant⁷² et comme le produit de la représentation de ce dernier⁷³. En d'autres termes, la connaissance scientifique est construite par le sujet et ses

⁶⁵ T. S. Kuhn, *La structure des Révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, coll. Champs sciences, 2008, p. 29, « Dans cet essai, le terme science normale désigne la recherche solidement fondée sur un ou plusieurs accomplissements scientifiques passés, accomplissements que tel groupe scientifique considère comme suffisant pour fournir le point de départ d'autres travaux ».

⁶⁶ *Ibid.*, p. 131, « Le passage au nouveau paradigme est une révolution scientifique ».

⁶⁷ K. Popper, *La connaissance objective*, Paris, Flammarion, coll. Champs essais, 1998.

⁶⁸ J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, p. 10, « (...) l'épistémologie poppérienne, qui dégrade sans doute un peu le statut de la connaissance vraie, mais qui sauvegarde le statut d'une connaissance scientifique, en substituant la falsifiabilité à la vérifiabilité empirique comme critère de démarcation ».

⁶⁹ K. Popper, *La connaissance objective*, *op. cit.*, pp. 147 et suiv.

⁷⁰ J. -L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, *op. cit.*, p. 10.

⁷¹ J. Piaget (dir.), *Logique et connaissance scientifique*, Paris, Gallimard, NRF, Encyclopédie de la Pléiade, 1967, p. 6, « nous pourrions donc définir l'épistémologie, en première approximation, comme l'étude de la constitution des connaissances valables (...) ».

⁷² J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, *op. cit.*, pp. 67-70.

⁷³ *Ibid.* ; A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015, pp. 79-130, p. 84, « Les épistémologies constructivistes – animées elles aussi par une diversité de courants – reposent sur le postulat selon lequel non seulement la connaissance scientifique, en tant que résultat, présente un caractère socialement construit et artificiel, mais également que « le réel connaissable peut être construit par ses observateurs qui sont dès lors ses constructeurs » ; il n'y a pas de données s'imposant à l'observateur ».

valeurs⁷⁴. Dès lors, toute vérité objective comme critère de la connaissance scientifique disparaît.

18. Enfin, pour clôturer ce panorama disciplinaire de la redéfinition de la notion de « science », il convient de relever que dans le champ de la sociologie des sciences, le développement des *Sciences studies* a, à son tour, égratigné durablement la conception positive et cartésienne de la connaissance scientifique. Constatant que « la science est ainsi abordée comme une institution — et plus seulement comme un savoir [, qu'e]lle est abordée comme un ensemble de pratiques et de faire (...) et plus seulement comme un ensemble conceptuel »⁷⁵, les *Sciences studies* postulent la centralité de l'étude des controverses scientifiques afin de mieux mettre en lumière les « contextes et cadres situés de validation dans lesquels »⁷⁶ les savoirs émergent. Elles « repose[nt] sur l'idée que les deux univers se développent et se redéfinissent simultanément »⁷⁷. Dès lors, abandonnant une vision idéalisée de la science et de la raison, les *Sciences studies* affirment que « l'omniprésence du phénomène de débat et de controverse sur la frontière des savoirs »⁷⁸ traduit un état normal de la science. Dans ce contexte, les scientifiques ne sont pas vus comme « de pures rationalités à l'œuvre »⁷⁹, tributaire de leurs contextes institutionnels et sociaux, ils cherchent cependant à « unifier leurs propositions »⁸⁰.

19. Que retirer dès lors et pour l'étude de la science du droit de l'ensemble de ces regards contemporains sur la notion de « science » ? De la diversité disciplinaire semble émerger deux dynamiques principales. Tout d'abord et au niveau du sujet connaissant, la prémisse cartésienne de la science positive du droit est invalidée. L'objet de connaissance n'est plus compris comme distinct et extérieur au sujet. Il est au contraire le résultat de la construction du sujet, qui retrouvant la place centrale de l'activité scientifique, voit sa perspective conditionnée tout à la fois par les structures discursives rattachées à la discipline qui constitue le cadre de sa réflexion, mais également par ce qui au-delà de son identité de chercheur rattaché à un cadre disciplinaire le constitue comme individu. Depuis cette perspective, le sujet connaissant ne peut construire une vérité neutre et objective sur l'objet de connaissance. Il émet à propos de ce dernier des opinions de connaissances qui ne pourront acquérir leur statut de connaissance scientifique que dans un processus social de discussion, de critique, de validation

⁷⁴ J. -M. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, op. cit., p. 68.

⁷⁵ D. Pestre, *Introduction aux Science Studies*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2006, p. 3.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 25.

et ultimement de falsification auprès des autres membres de la communauté de chercheurs. Ainsi, et sur un second plan, il n'existe pas de vérité sur l'objet étudié au niveau individuel, seulement des perspectives concurrentes qui peuvent obtenir au travers de la formation d'un consensus de la part de la communauté des chercheurs le statut de vérité scientifique. Cette dernière ne devant néanmoins être prise pour vraie que dans le contexte historique et institutionnel de sa construction.

20. C'est en se fondant sur cette dernière définition du terme de « science » que l'étude se propose de saisir le droit, non pas comme un ensemble de normes ou comme discours du droit, mais bien comme un discours sur ces normes ou un discours sur le droit. En faisant ce choix, il s'agit de pouvoir analyser tout à la fois le rapport construit entre le discours du droit public britannique et le discours sur ce même droit public produit par les auteurs académiques, mais, aussi, d'analyser les structures et caractéristiques internes du discours sur le droit public au Royaume-Uni. Or, et en adoptant une telle définition de la science juridique, émerge la possibilité d'une première définition partielle de la notion de doctrine juridique.

3. L'utilisation du paradigme renouvelé de la science pour définir la science du droit, proposition d'un cadre d'analyse de la doctrine juridique comme discours de connaissance sur le droit.

21. La tension observée dans la notion de « science du droit » s'enracine dans l'imposition d'une définition stricte et localisée du phénomène scientifique au processus de connaissance sur le droit. Cette tension mise en lumière par le Professeur Etienne Picard dans son article « 'Science du droit' ou 'doctrine juridique' »⁸¹, conduit ce dernier à conclure, face au constat de la faillite du projet d'une science positive du droit que « la doctrine du droit s'avère indépassable »⁸². Cette dernière est définie par l'auteur par sa dimension fonctionnelle, en effet, la doctrine juridique est envisagée tout au long de l'article comme « essentiellement constituée de ceux qui ont une opinion sur le droit et qui l'enseignent »⁸³. Plus précisément elle « entend se situer dans le droit et à intervenir en droit. Elle a une conception à certains égards intéressée de la connaissance du droit : elle entend le connaître et le révéler en lui-même, dans un but en définitive opératoire, efficient, qui concerne le droit lui-même ». Cette définition,

⁸¹ E. Picard, « 'Science du droit' ou 'doctrine juridique' », *op. cit.* ; de même, voir J. Chevallier, « Doctrine juridique et Science juridique », *Droit et société*, n°50, vol. 1, 2002, pp. 103-120.

⁸² *Ibid.*, p. 136.

⁸³ *Ibid.*, p. 122.

opposée à une conception positive de la science ne peut faire entrer l'activité doctrinale dans le champ de la science du droit. Mais, lorsque la perspective sur ce qui compose la scientificité d'un discours se voit modifiée afin d'intégrer dans son regard les évolutions de la philosophie des sciences, de l'épistémologie constructiviste et de la sociologie des sciences, la définition proposée par le Professeur Etienne Picard pour la notion de doctrine ne se situe plus en marge du phénomène scientifique. Tout au contraire, il en devient le cœur. En effet, l'opinion développée par les auteurs de doctrine devient cette opinion de connaissance qui par un processus social marqué par la discussion comme la controverse, la falsification ; permet à une opinion de s'incarner dans une connaissance scientifique valable, consensuelle et institutionnalisée. L'institutionnalisation du discours doctrinal apparaît alors comme le marqueur de la réussite d'une opinion doctrinale individuelle et son inscription définitive dans le champ de la science juridique.

22. Or, par ce processus se dessine la possibilité d'une épistémologie du discours de la doctrine juridique qui peut s'assumer, à l'instar de celles proposées par les Professeurs Renaud Baumert⁸⁴, Albane Geslin⁸⁵ ou encore par le Professeur Alexandre Viala⁸⁶ et qui ne cherche pas ou plus à justifier son existence dans la recherche d'un critère de scientificité positive dépassée⁸⁷. C'est ainsi en s'inscrivant dans le renouveau des dynamiques de l'épistémologie juridique que cette thèse trouve le cadre conceptuel à même de construire son hypothèse de recherche. Faisant le choix de la science comme processus social et incrémental, cette recherche doctorale place la doctrine au cœur de la science du droit et se propose d'adopter une perspective épistémologique pour mieux apprécier les dynamiques identitaires historiques et contemporaines de la doctrine publiciste britannique. Mais, encore faut-il pour pouvoir apprécier l'existence et l'identité d'un discours doctrinal étranger pouvoir en démontrer l'existence. Aussi et afin de convaincre le lecteur de l'existence de l'objet de ce travail de thèse, il convient dès à présent de délaissier la présentation du cadre conceptuel de l'étude pour mieux engager une réflexion concrète sur la définition de l'objet observé.

⁸⁴ R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2009 ; R. Baumert, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *Jus politicum*, n°24, 2020, pp. 209-230.

⁸⁵ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*

⁸⁶ A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*

⁸⁷ C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, Précis Droit Privé, 1^{ère} éd., 2002, pp. 6-8.

Section 2. L'objet de l'étude, construction d'une conception française de la doctrine publiciste britannique

23. La familiarité entretenue par les juristes français avec la notion de « doctrine » pourrait laisser à penser que la définition de ce terme relève d'une certaine évidence et est reconnue par tous. Elle en masque en réalité toute la complexité et la charge polysémique. En dehors du droit l'usage de ce terme ne semble pas recouvrir la réalité désignée dans la langue juridique. Au sein même du droit français, le terme « doctrine » ne peut prétendre à l'univocité que pourrait lui donner une définition qui serait normative dès lors qu'il n'appartient pas à la langue du droit positif. En effet, la notion ne se trouve pas définie dans une norme juridique. Si le terme doctrine appartient au champ juridique ce n'est donc que de par son usage dans le champ de la connaissance sur le droit, via une forme de convention scientifique. « Doctrine » y désigne tout à la fois et comme déjà souligné « l'opinion des auteurs qui écrivent dans le domaine du droit »⁸⁸, mais aussi, et dans une dimension institutionnelle cette fois, une « collectivité d'auteurs »⁸⁹, « une communauté d'interprètes »⁹⁰ détenant à la fois une connaissance sur le droit et étant chargé de sa transmission par l'enseignement⁹¹. Elle se caractériserait ainsi par l'exercice d'un « pouvoir doctrinal »,⁹² mais serait avant tout l'héritière d'une histoire et d'une culture juridique, se plaçant dans la droite succession des jurisconsultes romains⁹³. La multiplicité des points de fuite offerte par cette première esquisse d'une définition du terme « doctrine » dévoile toute l'étendue de l'objet de recherche,⁹⁴ mais appelle aussi une nouvelle mise en garde. En effet, si la notion a fait l'objet d'une telle diversité d'approches, elle

⁸⁸ S. Guinchard, T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 26^e éd., 2018, p. 390.

⁸⁹ P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, op. cit., pp. 6-7 « Toute les définitions communément admises tournent autour de l'idée que la doctrine est un ensemble d'auteurs ou mieux l'ensemble des auteurs, c'est-à-dire en somme une collectivité. Et cette idée, qu'aucun juriste ne conteste, trouve son origine chez des auteurs qui font partie de la doctrine. Autrement dit, la doctrine affirme elle-même son existence et se définit comme collectivité (...) ».

⁹⁰ B. Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2020, p. 3.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n°50, vol. 1, 2002, pp. 103-116, p. 116, « la science juridique doit prendre en compte la production doctrinale en tant qu'élément constitutif de l'ordre juridique ; elle doit aussi s'attacher à étudier la doctrine elle-même, d'un point de vue sociologique, en analysant la configuration du champ doctrinal (conditions d'accès à l'autorité doctrinale, stratification du champ doctrinal, relations avec la jurisprudence...) ainsi qu'en cherchant à prendre la mesure du « pouvoir doctrinal ». Ce pouvoir pourra être évalué, d'un point de vue sociologique, par le recours aux trois concepts fondamentaux, et étroitement liés, de rôle, fonction et position : par « rôle », on entendra les conditions d'exercice de l'activité doctrinale ; en s'intéressant à la « fonction », on s'interrogera sur la contribution que la doctrine apporte au fonctionnement du système juridique ; enfin, l'analyse de la « position » conduira à mettre en évidence la situation des juristes dans la stratification sociale et les ressources qu'ils peuvent mobiliser ».

⁹³ P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, op. cit., p. 19 et suiv.

⁹⁴ B. Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République*, op. cit., p. 3.

semble aussi ne pas emporter exactement le même sens en droit privé et droit public, où cette dernière est l'objet d'un intérêt renouvelé⁹⁵.

24. À cette difficulté sémantique identifiée du seul côté français, doit être ajoutée une indétermination tout aussi grande du côté britannique. Lorsqu'employé en droit, le terme anglais de « *doctrine* » semble tout à la fois viser certains corpus de normes clairement identifiés et articulés comme dans le cas des expressions de « *doctrine of double effect* »⁹⁶ ou « *doctrine of incorporation* »⁹⁷, mais aussi servir à qualifier un certain type de recherche et d'enseignement du droit. En effet, le concept de « *doctrinal scholarship* » longtemps considéré comme au cœur de l'identité du discours académique⁹⁸ sur le droit britannique, parfois désigné sous le terme de *Black letters law*⁹⁹, s'applique à « la tentative de n'expliquer le droit que par le seul recours aux preuves internes à ce dernier tel qu'offerts par les jugements et les lois »¹⁰⁰. Ainsi, l'étude « doctrinale » du droit telle que comprise depuis une perspective britannique ne viserait que les travaux positivistes et ce qui depuis une perspective française serait désigné sous le terme de « dogmatique juridique »¹⁰¹.

25. Dans cette indétermination lexicale, comment dès lors poser les conditions minimales d'une définition permettant de confirmer ou infirmer l'existence dans le droit britannique d'un objet qui pourrait être désigné sous le terme de « doctrine publiciste » ? L'étude propose de suspendre un instant le sens spécialisé du terme de doctrine juridique pour revenir sur l'étymologie même du terme de « doctrine » (*I.*). Ce faisant, elle permettra de mettre

⁹⁵ *Ibid.*, p. 2 « Pourtant, la science juridique connaît depuis quelques temps un regain d'intérêt pour l'étude de la doctrine et de son histoire. Que ce soit en droit privé, en droit public ou en droit européen, la 'doctrine juridique' (...) est devenue un sujet d'étude ».

⁹⁶ J. Law, E. A. Martin, « doctrine of double effect », in : J. Law, E. A. Martin (dir.), *A dictionary of Law*, Londres, Oxford University Press, 7e ed., 2009, <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199551248.001.0001/acref-9780199551248?btog=chap&hide=true&jumpTo=doc&page=128&pageSize=10&skipEditions=true&sort=titlesort&source=%2F10.1093%2Facref%2F9780199551248.001.0001%2F9780199551248>, consulté le 12 septembre 2021.

⁹⁷ J. Law, E. A. Martin, « Doctrine of incorporation », *ibid.*

⁹⁸ D. W. Vick, « Interdisciplinarity and the Discipline of Law », *Journal of Law and Society*, vol. 31, n°2, 2004, pp. 163-193.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 163.

¹⁰⁰ A. Bradney, « Law as a Parasitic Discipline », *Journal of Law and Society*, vol. 25, n°1, 1998, pp. 71-84, p. 71

¹⁰¹ M. Troper, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 60, « C'est surtout dans les pays de droit écrit, où l'on minimise le rôle des juges dans la création du droit, que l'activité des juristes est appelée « dogmatique juridique ». Cette activité vise à organiser et systématiser le droit de manière à déterminer, à partir des textes exprimant des règles générales, quels sont les cas auxquels ces règles s'appliquent et, à propos d'un cas donné, quelles sont les règles applicables. Si elle est appelée « dogmatique », c'est qu'elle présuppose l'adhésion à un certain nombre d'idées, qui ne sont pas mises en cause : que le législateur est rationnel ; que les énoncés ont un sens ; que ce sens peut être découvert ; que le système est complet, c'est-à-dire ou bien que le droit positif ne comporte pas de lacunes ou de contradictions, ou que celles-ci peuvent être éliminées au moyen de certaines méthodes ; enfin, qu'on peut, par un raisonnement logique, connaître la norme applicable à n'importe quel cas particulier ».

en lumière l'existence d'un complexe conceptuel entre deux notions d'apparence proche : doctrine et discipline. De ce point de départ, l'étude démontrera l'existence d'une discipline droit public au Royaume-Uni et l'espace laissé en creux par cette dernière pour l'existence d'une doctrine publiciste au Royaume-Uni (2.). Réintégrant alors la spécialisation de la notion juridique de « doctrine » dans son regard sur l'objet ainsi dévoilé, l'étude cherchera à faire sienne la conception publiciste de la doctrine juridique afin d'en faire un outil d'analyse épistémologique permettant d'étudier le discours académique sur le droit public britannique comme discours doctrinal (3.). De ce premier travail de construction de la notion de « doctrine publiciste britannique » se dégagera un certain nombre d'éléments permettant déjà d'illustrer l'identité propre et originale de la doctrine publiciste britannique.

1. La doctrine comme « doctrina » ou la dimension active de la connaissance

26. S'interrogeant sur le rapport entre savoir juridique et modèle disciplinaire¹⁰², le Professeur Ségolène Barbou des Places et Frédéric Audren, directeur de recherche au CNRS, relèvent que dans leur origine latine, les notions de doctrines et de disciplines sont intimement liées¹⁰³. « *Doctrina* se rattache à *docere*, *disciplina* à *discere*, la racine est la même »¹⁰⁴. En ce sens, Henri-Irénée Marrou, multiplie les exemples latins et médiévaux de l'utilisation alternative des deux termes¹⁰⁵. En effet, ces derniers sont tous deux compris, et dans un sens large, comme signifiant à la fois « enseignement »,¹⁰⁶ mais aussi « la matière enseignée »¹⁰⁷. Pourtant et bien malgré cette apparente synonymie, *doctrina* et *disciplina* sont aussi appelées à se distinguer sans pour autant cesser de se compléter. Si les deux notions se rattachent bien à l'enseignement, elles ne représentent pas un même versant de cette dernière activité. *Doctrina*, doit ainsi se comprendre comme « la connaissance acquise par l'étude »¹⁰⁸, le « travail intellectuel appliqué à un objet donné »¹⁰⁹. Elle emporte une dimension dynamique et active¹¹⁰

¹⁰² S. Barbou des Places, F. Audren, « Eloge de la discipline – Le savoir juridique face au modèle disciplinaire », in F. Audren, S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, Contextes Culture du droit, 2018, pp. 3-33.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰⁴ H.-I. Marrou, « *Doctrina* et *disciplina* dans les langues des Pères de l'Église », *Arch. Lat. Med. Aev.*, vol. 9, 1934, pp. 5-25, p. 5.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ S. Barbou des Places, F. Audren, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁹ H.-I. Marrou, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁰ *Ibid.*

qui en fait un savoir construit à un niveau individuel, une connaissance « acquise par l'effort du sujet »¹¹¹.

27. Dans cette dimension spécifique de processus actif de connaissance, *doctrina* s'oppose à *disciplina* qui occupe le versant opposé de la connaissance. Processus passif, *disciplina* vise au contraire à désigner « quelque chose de plus pédagogique que *doctrina* : de la notion d'enseignement, il retient souvent moins l'élément connaissance que la méthode, les préceptes, la règle que le maître impose à l'élève »¹¹². En d'autres termes, le savoir est ici non plus acquis, mais inculqué, et derrière cette distinction se joue un changement de position pour le sujet connaissant. Il est ici envisagé comme un élément passif, socialisé à un savoir qui lui est extérieur et lui préexiste. Mais pour qu'il y ait un savoir à inculquer, cela signifie en amont la construction ou l'acquisition de ce même savoir par un autre sujet enseignant. Et dans ce jeu d'articulation entre *doctrina* et *disciplina*, qui habite jusqu'au sens contemporain et commun des termes doctrine et discipline, se forme un couple conceptuel dans lequel la discipline représente l'aboutissement de la connaissance construite de la doctrine par sa socialisation et son institutionnalisation.

28. La suspension temporaire du sens juridique du terme « doctrine » et le retour à l'étymologie de ce dernier permettent de réintégrer et de préciser l'articulation entre doctrine et discipline et d'envisager cette dernière comme une manifestation institutionnalisée de la première. Or, et si dans le cadre du droit public britannique il a déjà pu être souligné qu'il existe une pluralité d'auteurs sur le droit public britannique, de même il a été mis en lumière que ce qui manquerait à ces auteurs, tant dans le regard français que dans le regard anglais, pour « faire doctrine » serait une structure, une forme d'institutionnalisation de leurs échanges. Une institutionnalisation qui pourrait cependant être matérialisée dans l'existence d'une discipline « droit public » au Royaume-Uni. Dès lors, et afin de confirmer ou infirmer l'hypothèse de départ de ce travail de thèse, l'étude se propose maintenant de s'appuyer sur le couple conceptuel dégagé entre doctrine et discipline afin de démontrer en creux de l'existence de la seconde, l'espace nécessaire à la reconnaissance de la première. Il convient ainsi de poursuivre ces développements par une tentative d'identification de la discipline « droit public » au Royaume-Uni.

¹¹¹ *Ibid*, p. 10.

¹¹² *Ibid*.

2. L'identification d'une discipline britannique du « Droit public »

29. Le travail d'identification d'une discipline « Droit public » au Royaume-Uni implique d'établir au préalable les critères permettant d'attester ou non de l'existence d'un tel objet. Rejoignant un consensus relativement établi chez les auteurs français ayant recours à l'épistémologie juridique¹¹³, la notion de discipline ici utilisée s'appuiera sur les travaux de Thomas S. Kuhn dans *La structure des révolutions scientifiques*. L'existence de cette dernière se traduit par l'émergence de paradigmes spécifiques au discours sur l'objet étudié. Ces derniers représentent un ensemble de propositions sur l'objet, mais aussi de méthodes reconnues et partagées par l'ensemble de la communauté de chercheur. À cette première dimension doit être ajoutée une dimension sociale. En effet, l'émergence d'une discipline se caractérise au-delà de son discours et de sa méthode sur un objet spécifique, par la construction et la structuration d'un groupe de chercheur autour des paradigmes identifiés. Ce groupe se matérialise dans « la création de journaux spécialisés, la fondation de sociétés de spécialistes et la revendication d'une place spéciale dans l'ensemble des études »¹¹⁴. Doit-être enfin ajoutée une dernière dimension relative aux dynamiques de socialisation de ces paradigmes par le biais de l'enseignement. En effet, le « cadre institutionnel est d'autant plus important à percevoir qu'il conditionne, du fait des diverses structures et relations de pouvoir qui le constituent, non seulement la circulation du savoir, en son sein et vers l'extérieur, mais également la formation des futurs membres de la communauté »¹¹⁵. Ainsi, la discipline « se situe au point de rencontre entre deux exigences qui peuvent apparaître irréconciliables : les conditions de reproduction d'un corps de savoir à travers la fidélité d'un exercice d'une part ; l'exigence du progrès scientifique de l'autre »¹¹⁶.

30. Dans le cadre britannique, et parce que l'enseignement académique du droit n'y a jamais occupé la place historique qui a été celle du droit comme discipline universitaire dans la tradition continentale ou romano-germanique, l'observation d'un tel processus d'institutionnalisation de paradigmes propres au discours sur le droit public britannique suppose de s'arrêter quelques instants sur l'histoire même de l'institutionnalisation des discours sur le droit britannique. Cette étape nécessaire permettant d'apprécier au mieux la construction d'une

¹¹³ A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.* ; A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*, pp. 19-20; S. Barbou des Places, F. Audren, « Éloge de la discipline – Le savoir juridique face au modèle disciplinaire », *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁴ T. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁵ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁶ S. Barbou des Places, F. Audren, « Éloge de la discipline – Le savoir juridique face au modèle disciplinaire », *op. cit.*, p. 26.

discipline académique propre au Droit public outre-Manche. Le point de départ de cette rapide généalogie disciplinaire est le suivant : le juge de *common law* a tenu un rôle primordial pour le développement d'un discours sur le droit en Angleterre. En effet, les premiers discours sur le droit ont été le fait de juges comme Hubert Walter¹¹⁷, Henry de Bracton¹¹⁸, Sir Edward Coke¹¹⁹ ou encore William Blackstone¹²⁰. Ce dernier s'est particulièrement illustré par son souci de systématisation de la *common law* alors vu comme un ensemble dénué de logique¹²¹.

31. À la charnière entre objet et discours sur l'objet, la centralité du juge tant dans le discours dans le droit que dans celui sur le droit trouve une explication dans l'absence, jusqu'à la fin du XIX^e siècle d'un enseignement autre que professionnel du droit anglais et d'une culture de la science juridique. Jusqu'à la conquête Normande et la séparation faite entre la fonction juridique et la fonction ecclésiastique¹²², l'Église a détenu un monopole sur le droit et son enseignement¹²³. Les universités historiques, Oxford et Cambridge, toutes deux créées à la fin du XI^e siècle, étaient alors avant tout des lieux de formation du clergé avant de devenir ceux de la *nobility* puis de la *gentry*¹²⁴. Y étaient exclusivement enseignés le droit romain¹²⁵ et le droit canon. Lorsqu'écarté de la pratique et de la formation du discours de la *common law*, le clergé a alors abandonné toute création de discours sur la *common law* dans les universités, laissant alors la connaissance sur la *common law* anglaise se développer et être enseignée d'abord entre professionnels hors de toute institution, puis au travers des structures des *Inns of Courts*¹²⁶.

¹¹⁷ 1160-1205.

¹¹⁸ 1210-1268.

¹¹⁹ 1552-1634.

¹²⁰ 1723-1780.

¹²¹ W. Twining, *op. cit.*, p.25.

¹²² Rappelée dans la première clause de la Magna Carta, R. O'Sullivan, *op. cit.*, p. 7 «This separate organisation of temporal and spiritual courts, of the King's Courts and the Courts Christian, or (as they were called at a later time) the King's Ecclesiastical Courts of the Church of England, was confirmed by the first clause of Magna Carta : "We have granted to God, and by this our present Charter have confirmed for us and our heirs for ever, that the Church in England shall be free and shall have all its laws in their integrity and all its liberties unimpaired". The twofold jurisdiction and discipline of temporal and spiritual courts was a regular feature of English life down to 1857, and its memory lingers even in our own time ».

¹²³ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, OUP, 4e éd., 2000, p.159, « The emergence of a non-clerical literate profession in the thirteenth century necessitated an educational system independent of the Church ».

¹²⁴ La *nobility* désigne la noblesse titrée, là où la *gentry* vise une noblesse non-titrée, propriétaire terrienne.

¹²⁵ Il sera intéressant de relever que si l'Université d'Oxford ne possède pas de centre de recherche en droit public, en revanche, elle dispose toujours d'un centre de recherche exclusivement dédié au droit romain.

¹²⁶ Développées du XV^e au XVII^e siècles, les *Inns of Courts* ont été pour cette période les seuls espaces d'enseignement du droit de *common law*. La formation, d'abord fondée sur l'observation par les apprentis juristes des juges et *barristers* expérimentés, se structure au cours de la période Tudors autour d'examens de plaidoiries, de rédaction de *writs* et de lectures données sur des *statute laws*. Durant le XV^e siècle, un véritable échange entre les cours et les *Inns of Courts* est en place, ces dernières se basant sur le discours des juges pour leurs enseignements, et pouvant, en retour, parfois les influencer. Mais, cette dynamique s'essouffle cependant à partir du XVII^e et des Révolutions anglaises, laissant l'enseignement des *Inns of Courts* exsangue et uniquement centrée

32. Une première tentative pour faire entrer le droit positif britannique dans le champ de l'enseignement universitaire a lieu au tournant du XVIII^e siècle avec la création en 1758 au sein de l'Université d'Oxford, de la *Vinerian Chair*. Chaire de droit anglais, son premier titulaire est le juge William Blackstone dont le travail de systématisation de la *common law* dans ses *Commentaries on the Laws of England* devient un canon pour le travail académique. Mais passés ses enseignements, ses successeurs, eux-mêmes, juges ou professionnels du droit, n'investissent pas cette charge académique¹²⁷ qui tombe en désuétude jusqu'à la seconde moitié du XIX^e siècle et la nomination d'Albert Venn Dicey¹²⁸. Ni la création d'une chaire similaire à l'Université de Cambridge en 1800¹²⁹, ni d'une autre à l'*University College of London* ne réussissent davantage à ancrer l'enseignement du droit dans le milieu académique¹³⁰.

33. Dans un système de référence basé sur la rationalité et l'objectivité supposée du modèle des sciences exactes et hanté par la codification romaine, le développement sédimentaire de la *common law* est perçu comme stationnaire et chaotique¹³¹. L'absence d'un discours sur le droit reconnu comme suffisamment structurant et rationnel, mais aussi l'absence d'un discours sur la méthode de création de ce même discours fait du droit anglais une discipline qui ne peut être envisagée comme une science pour le milieu universitaire, et ce, alors même qu'elle avait été au XVI^e siècle le modèle de développement de ces mêmes sciences exactes sous la plume de Sir Francis Bacon¹³². Cette opinion sur le chaos de la *common law* et son apparente irrationalité ne s'arrête pas aux portes des universités et anime l'ensemble de la société anglaise, faisant ainsi écrire à Lord Alfred Tennyson en 1793 dans son poème *Aymlyn's Fields* « *Mastering the lawless science of our law,- that codeless myriad of precedent, that wilderness of single instances.* »

34. Pourtant, la seconde moitié du XIX^e siècle, héritière de la « croyance des Lumières en la possibilité par la réunion des méthodes du droit romain et des mathématiques

sur un apprentissage purement technique visant l'efficacité des futurs professionnels. L'absence de recherche et du développement d'un discours systémique sur le droit de *common law* marque ainsi la période allant des Révolutions anglaises à la seconde moitié du XVIII^e siècle.

¹²⁷ R. A. Cosgrove, *The Rule of Law – Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Etats-Unis, The University of North Carolina Press, p.45, « During the nineteenth century the position increasingly turned into a sinecure with the incumbents often non-resident in Oxford, failing to distinguish themselves in the world of legal scholarship, and otherwise not doing justice to their duties ».

¹²⁸ *Ibid.*, p. 46-47

¹²⁹ W. Twining, *op. cit.*, p. 24

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ W. Twining, *op. cit.*, p.25, « John Austin, who resigned his chair at UCL in despair, wrote: "Turning from the study of the English to the study of the Roman law, you escape from the empire of chaos and darkness, to a world which seems by comparison, the region of order and light" ».

¹³² Geoffrey Samuel, *op. cit.*, p.312.

de produire un droit à la fois impartial et universel »¹³³, voit se développer une méthode juridique positiviste avec les travaux d'auteurs comme John Austin¹³⁴, élève de Jeremy Bentham¹³⁵. L'apparition d'un discours de la méthode de la science du droit, laisse entrevoir la possibilité pour cette dernière de s'inscrire dans le scientisme de l'époque. Ce premier phénomène, ajouté à la nécessité de restructurer l'enseignement du droit anglais suite à la faillite des *Inns of Courts*, mais aussi à la crise du système des universités historiques *Oxbridge*, va permettre l'émergence d'une génération de *scholars* auteurs d'un discours académique qui sera un véritable discours sur le droit.

35. De ses racines historiques, l'enseignement du droit anglais garde une tension constante entre d'une part, un enseignement pratique destiné à la formation des praticiens et ne s'encombrant pas d'une recherche systématique et, d'autre part, la création d'un discours sur le droit visant à organiser et structurer la réalité de la *common law*¹³⁶. Systématisation vue comme condition à la possibilité d'un enseignement académique et sa reconnaissance au sein des universités¹³⁷. Ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale, avec la libéralisation de l'accès à l'université, l'impact des écrits de H. L. A. Hart amenant à la reconnaissance de la nécessité du développement de la théorie du droit, et l'exigence d'un diplôme universitaire pour accéder à la fonction d'avocat dans les années soixante-dix, comme recommandé par l'*Ormrod Committee*, que la conception de la place du droit à l'université et de l'importance d'une formation théorique va évoluer.

36. Avec elle, c'est la visibilité, la légitimité et la reconnaissance même d'un discours académique et donc d'une connaissance institutionnalisée sur le droit qui vont se trouver renforcées. Ce discours sur le droit, marqué par la figure de Blackstone et derrière lui l'héritage du droit romain, pose pour fonction aux écrits des *scholars*, comme condition de son émergence et de la disciplinarisation de son discours, d'organiser et systématiser le droit

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ 1790-1859.

¹³⁵ 1748-1832.

¹³⁶ W. Twining, *op. cit.*, pp.27-28, « *There are several plausible explanations for the invisibility of law: in contrast to Continental Europe and the United States, the subject was a late-comer to English universities and for a long time it had low prestige within the academy and in the eyes of the legal profession. Law schools have not so far been perceived as, or performed the role of, professional schools and for a long time law's credentials as a proper university subject were questioned by colleagues in science, social science and the humanities* ».

¹³⁷ D. W. Wick, *op. cit.*, p.179, « *Blackstone's commentaries was seen as the paradigm of useful legal research, and the greatest achievement to which a legal scholar could aspire would be the publication of a treatise which meticulously identified and evaluated the principle applicable in his or her carefully delineated subject of inquiry* ».

anglais¹³⁸. Dans ce contexte spécifique, et « jusqu'au XIX^e siècle et même au-delà, la doctrine anglaise a fièrement maintenu que contrairement au continent, l'Angleterre ne connaissait pas de droit public distinct ou de cours de droit public, la *common law* traditionnelle supposait que le droit soit indivisible en ce que le même corpus normatif était appliqué au gouvernement et ses agents comme aux citoyens privés. »¹³⁹. La notion de droit « droit public » apparaît d'abord comme un concept continental, extérieur au droit anglais et favorable au despotisme¹⁴⁰. Ce n'est d'ailleurs pas tant le concept « droit public » qui est alors regardé comme étranger que celui de « droit administratif ».

37. L'occurrence « *public law* » apparaît plus tardivement, au cours du XX^e siècle. Ce sont d'abord les concepts de « *Constitutional Law* » et « *Administrative law* » qui vont faire l'objet d'une définition dans la langue du droit anglais. Le professeur Keith Syrett relève à ce propos que le concept « droit public » est parfois désigné par l'ensemble « droit constitutionnel et droit administratif » sans que la différence de dénomination ne semble se révéler importante aux yeux de l'auteur¹⁴¹. Le concept « droit constitutionnel » est alors le premier à être formulé au sein du discours de connaissance sur le droit anglais. Ses caractères vont être définis par le Professeur Albert Venn Dicey, nommé à la *Vinerian Chair* de 1882 à 1909. C'est en effet le travail de ce dernier dans *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* qui va constituer le processus de systématisation des méthodes propres au discours de connaissance sur la constitution britannique, mais aussi sur des concepts et propositions qui structureront le dire sur le droit constitutionnel au Royaume-Uni. Albert Venn Dicey, dont le papier *Can English Law be Taught at the Universities*¹⁴² l'inscrit dans une génération de *scholars* qui vont défendre et concrétiser l'enseignement du droit dans le milieu académique, structure et organise

¹³⁸W. Twining, *op. cit.*, p. 135: « *The pioneers of English academic law in the late nineteenth century had to establish their professional legitimacy in the eyes of sceptical universities and a largely hostile profession by claiming a special body of expertise of which they had a monopoly. The jurist could systematise the chaotic common law through scientific exposition and analysis* ».

¹³⁹J. F. McEldowney, *Public Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 2nd édition, 1998, p. 213, « *Until the nineteenth century and even beyond English doctrine proudly maintained that, unlike the continent, England knew no separate public law or public-law courts; the traditional common law assumed that the law was indivisible in the sense that the same body of rules applied to the government and its agent as well as to private citizens* ».

¹⁴⁰Jeffrey Jowell, « *Administrative Law* », in. Vernon Bogdanor (dir.), *The British Constitution in the twentieth century*, Oxford, OUP, 2003, p. 375 « *Dicey did not try to conceal his antipathy to broadly defined regulatory powers. For him discretionary power was by its very nature "arbitrary" and had no place in a regime under the rule of law* ».

¹⁴¹K. Syrett, *The Foundations of Public Law – Principles and Problems of Power in the British Constitution*, Camberley, Palgrave, Macmillan education, 2nd édition, 2014, p. 3 « *The topic of this book, public law, is sometimes studied under the heading of "constitutional and administrative law". It is not especially important which title is used: classification tends to be a matter of academic preference rather than a reflection of any real distinction of substance in the subject matter* ».

¹⁴²A. V. Dicey, « *Can English Law be taught at the Universities?* », in. A. V. Dicey, J. W. F. Allison (dir.), *The Law of the Constitution*, Oxford, OUP, 2013, pp. 489-503.

le discours sur le droit constitutionnel autour de deux concepts principaux, le principe de souveraineté du Parlement¹⁴³ et le principe du *Rule of law*¹⁴⁴. Ces derniers principes composent le paradigme disciplinaire accepté ou considéré comme devant être dépassé par des générations de juristes britanniques que ces derniers soient juges ou académiques. De la construction de ce vocabulaire et de cette grammaire diceyenne comme langue commune de la connaissance sur le droit constitutionnel et qui finira par être étendu par les successeurs de Dicey à la reconnaissance du droit administratif, le professeur Denis Baranger relève qu' « il est difficile de faire mieux que de se débattre dans les filets qu'il a posé »¹⁴⁵.

38. À la charnière entre savoir et institutionnalisation, les travaux de Dicey offrent les premières traces d'une disciplinarisation du droit public britannique qui se voit totalement acquise par la création de revues spécialisées à l'instar de *Public Law*¹⁴⁶, de collections réservées chez les éditeurs juridiques aux questions de droit constitutionnel¹⁴⁷, de centres de recherches dédiées à la question du droit public britannique dans des universités aussi prestigieuses que Cambridge¹⁴⁸ ou l'Université d'Édimbourg¹⁴⁹, d'associations¹⁵⁰, de cycles de conférences¹⁵¹, etc. L'ensemble de ces éléments finissant d'attester de l'institutionnalisation d'un discours de connaissance sur le droit public britannique dans la concrétisation d'une discipline dont l'enseignement est devenu obligatoire pour poursuivre une formation de *barrister*.

39. Ainsi et de ces quelques éléments généalogiques visant à attester de l'existence de la discipline « droit public » au Royaume-Uni et d'un espace d'institutionnalisation des discours de connaissance sur le droit public britannique, est apparue en creux de cette dernière la possibilité d'une doctrine encore entendue dans un sens ordinaire et non juridique. Afin de pouvoir explorer et comprendre ce qui se joue dans cet espace encore inconnu, il revient

¹⁴³ A. V. Dicey, J. W. F. Allison, *The law of the Constitution*, op. cit., p. 27, « *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 of Parliament* ».

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 95 et suiv.

¹⁴⁵ D. Baranger, *Ecrire la constitution non-écrite*, op. cit., p. 188.

¹⁴⁶ Créé en 1956, la revue est dédiée au Droit public et est éditée par Sweet and Maxwell. Voir en ce sens : <https://www.sweetandmaxwell.co.uk/Product/Administrative-Law/Public-Law/Journal/30791427>

¹⁴⁷ A titre d'exemple : la collection *Constitutional Theory* chez Oxford University Press, <https://global.oup.com/academic/content/series/o/oxford-constitutional-theory-ocon/?cc=fr&lang=en&>

¹⁴⁸ *Centre for Public Law*, <https://www.cpl.law.cam.ac.uk/>

¹⁴⁹ *Edinburgh Centre for Constitutional Law*, <https://www.law.ed.ac.uk/research/research-centres-and-networks/edinburgh-centre-constitutional-law>

¹⁵⁰ *UK Constitutional Law Association*, <https://ukconstitutionallaw.org/>

¹⁵¹ *Public Law Conferences*, <https://publiclawconference.law.cam.ac.uk/>

maintenant de réintégrer dans la perspective de l'étude toute la dimension juridique du terme de « doctrine ».

3. La notion française de « doctrine publiciste » comme outil d'analyse des discours sur le droit public au Royaume-Uni et de leurs représentations

40. Le retour de la notion juridique de doctrine dans la perspective proposée par ce travail fait à nouveau émerger le paradoxe pris pour point de départ dans cette étude : il n'existerait pas, au Royaume-Uni, de doctrine juridique comme généralement entendue au sens français, à savoir, une communauté d'auteurs écrivant sur un même objet juridique, regroupé et structuré autour d'un même paradigme de recherche. Si le détour par le couple conceptuel doctrine/discipline met à mal ce constat comment, dans la langue juridique française, réussir à résoudre la tension existante entre le refus de l'utilisation du terme de « doctrine » pour caractériser les auteurs académiques sur le droit public britannique et leur pratique disciplinaire, d'une part, et la réalité du dynamisme et du renouvellement des discours académiques britanniques sur le droit public, d'autre part ?

41. La tension semble pouvoir être résolue en deux temps. Premièrement, en relevant que ce rejet touche à la compréhension et à la représentation, depuis une perspective française, de la tradition juridique dans laquelle s'inscrivent les auteurs britanniques sur le droit public. En effet, et si le terme de « doctrine », sous réserve de variations nationales, se voit reconnu par les auteurs français pour d'autres systèmes juridiques s'inscrivant dans la tradition romano-germanique¹⁵², la tradition de *Common law* empêcherait par essence la constitution d'une telle catégorie juridique dans les systèmes juridiques qui lui sont rattachés¹⁵³. Le rôle central qui y est assumé par le juge et les modes d'écritures des différentes *common law* nationales conduiraient à ne faire des auteurs sur le droit que des commentateurs des décisions des juges et non pas des « faiseurs de systèmes »¹⁵⁴, des théoriciens venant créer autant qu'expliquer le droit positif.

¹⁵² C. Jamin, P. Jestaz, *La doctrine, op. cit.*, p. 3, « De même un équivalent de 'la doctrine' existe dans différents pays d'Europe occidentale et continentale : Allemagne, Italie, Espagne, etc. Mais il suffit de franchir le *channel* pour que l'équivalent ne se retrouve pas ou plus ou sous une forme très atténuée (...) ».

¹⁵³ *Ibid.*, p. 11, « Mais la doctrine française n'a même pas son homologue dans les pays de *common law*. La chose est acquise en droit anglais où le professeur s'efface derrière le juge ».

¹⁵⁴ J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Dalloz*, chronique XXIII, 1951, pp. 99-102.

42. Cette représentation française est alimentée du côté britannique par la connotation négative construite autour de la notion de « *doctrinal studies* »¹⁵⁵. Cette dernière notion, apparue dans les années soixante-dix alors qu'émergeaient au Royaume-Uni des approches critiques et sociologiques du droit insistant sur l'interdépendance des normes juridiques et des normes sociales, politique, économique, etc., a été construite et renforcée pour désigner et critiquer une certaine conception et pratique de la recherche et de l'enseignement sur le droit, jugée dépassée¹⁵⁶. Le développement des *socio-legal studies* au Royaume-Uni et leur valorisation depuis les années quatre-vingt-dix¹⁵⁷ ont conduit ses dernières à légitimer leur programme de recherche par une vive critique des auteurs classiques réduits sous le terme de « *Black letter laws* »¹⁵⁸ ou de « *doctrinal style* » à de simples répétiteurs de la *common law*, incapables de rendre compte de la complexité de la réalité sociale et de l'interdépendance normative dans laquelle s'inscrivent les mécanismes juridiques¹⁵⁹. Si l'approche des *socio-legal studies* qui favorise le recours à l'interdisciplinarité semble aujourd'hui constituer autour d'elle une forme de consensus sur le rôle et la nature de la recherche et de l'enseignement en droit¹⁶⁰, la notion de « *doctrine* » qu'elle est venue construire pour critiquer et décrédibiliser le paradigme classique, caricature et déforme en partie l'apport des auteurs relevant de ce dernier. Or, cette conception britannique de la doctrine, tout comme la représentation française de la place et du rôle des auteurs académiques dans les systèmes juridiques relevant de la tradition de *Common law*, conduit à nier les spécificités du droit public au Royaume-Uni.

43. En effet, et bien que discutable, même lorsque rapporté au seul droit privé britannique, le constat de l'absence de doctrine juridique au Royaume-Uni tant dans le regard français qu'anglais s'est d'abord construit depuis le droit privé, participant dès lors de l'invisibilisation de l'originalité du droit public au Royaume-Uni. Ce tropisme privatiste s'explique en partie dans l'affirmation longtemps faite par les Britanniques de l'absence au Royaume-Uni d'un droit public autonome du droit privé¹⁶¹ comme observé en France, autour de la *Summa Divisio* qui structure le système juridique français¹⁶². Pour autant, tant la

¹⁵⁵ W. Twining, *The Blackstone's Tower: English Law school*, op. cit., p. 136.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ F. Cownie, *Legal Academics: Cultures and identities*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 49-54.

¹⁵⁸ W. Twining, *The Blackstone's Tower: The English Law School*, op. cit., p. 123.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ S. Halliday, « The Role of Empirical Research in the Study of UK Public Law », in C. Hunter, *Integrating Socio Legal Studies into the Law Curriculum*, Londres, MacMillan, 2012, p. 3.

¹⁶¹ C. Harlow, « La distinction public/privé dans le système juridique anglais », *Politique et Management Public*, vol. 5, n°1, 1987, pp. 199-215.

¹⁶² X. Bioy, « L'identité disciplinaire du droit public. L'ipse et l'idem du droit public... », in X. Bioy (dir.), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, pp. 13-38.

construction d'un discours sur le droit public que les conditions de cette construction amènent à rappeler qu'il existe bel et bien un droit public au Royaume-Uni et que ce dernier a longtemps échappé à la prééminence du juge de *common law*. Le droit constitutionnel, grâce aux travaux d'auteurs comme Blackstone¹⁶³, Dicey¹⁶⁴, ou encore Jennings¹⁶⁵, puis le droit administratif grâce à l'apport de *scholars* comme Robson¹⁶⁶, Jennings¹⁶⁷ ou Wade¹⁶⁸, ont pu être constitués comme des objets juridiques, comme des disciplines juridiques par les auteurs académiques avant que ces derniers ne soient clairement identifiés dans la pratique judiciaire.

44. Sans le travail de systématisation et de rationalisation de ces auteurs, les corpus de règles pourtant déjà présents dans le droit positif n'auraient pu être dégagés et identifiés. Sans ce travail des auteurs sur le droit public britannique et sa socialisation par son enseignement auprès des futurs juges et avocats il n'aurait pas été possible d'élaborer les principes et structures aujourd'hui au cœur du droit public britannique. Ainsi et avant de devenir un objet juridique représenté et pensé par le juge, le droit public britannique est d'abord né et a grandi sous le regard et la narration des auteurs académiques. Ce simple rappel permet de faire échapper le droit public britannique à la simplification excessive que renferme l'idée de la prééminence du juge sur la formation du droit dans les systèmes de *Common law*. De même, il autorise à voir au-delà des différences affirmées entre systèmes de tradition de *Common law* et systèmes de tradition romano-germanique, des dynamiques similaires dans la constitution du droit public comme discipline. En effet, le rôle assumé par les *scholars* britanniques dans la naissance du droit public au Royaume-Uni fait écho au rôle joué par la doctrine française dans la construction du droit administratif en France¹⁶⁹. Droit dont la nature jurisprudentielle, loin de signifier l'effacement de la doctrine universitaire au profit du juge, a longtemps constitué un modèle, pour le droit public, de co-écriture du droit¹⁷⁰.

¹⁶³ W. Blackstone, *Commentaries On the Law of England*, Oxford, OUP, 1765.

¹⁶⁴ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*

¹⁶⁵ I. Jennings, *The Law and the Constitution*, Londres, London University Press, 1933.

¹⁶⁶ W. Robson, *Justice and Administrative Law*, Londres, Stevens, 2e éd., 1947.

¹⁶⁷ I. Jennings, *The Law and the Constitution*, *op. cit.*

¹⁶⁸ H. R. W. Wade, *Administrative Law*, Oxford, OUP, Clarendon Law Series, 1961.

¹⁶⁹ L. Mannori, « Une histoire de la doctrine en droit administratif », in. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, Paris, LexisNexis Litec, coll. Débats et colloques, 2010, pp. 13- 24.

¹⁷⁰ M. Deguegue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 41-57, p. 42, « (...) 'la jurisprudence est née sur les genoux de la doctrine' car, sans la doctrine pour traduire la jurisprudence, la mettre en perspective et lui donner une cohérence interne, la masse des arrêts serait restée inerte et improductive et n'aurait pas pu constituer un droit autonome ». ; Il convient en effet de relever à la suite des Professeurs Etienne Picard et Jacques Chevallier que la doctrine, n'étant pas extérieure au droit contrairement à une certaine définition de la science juridique, se caractérise par son impact sur le discours du droit et notamment sur le discours du juge. Voir en ce sens, E. Picard, « 'Science du droit' ou 'doctrine juridique' », *op. cit.*, p. 139 ; J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*, p. 105, « La doctrine juridique

45. Ces premiers éléments soulignés, il convient, deuxièmement, de mettre en évidence un second écueil devant mener au constat du refus de recourir à la catégorie de « doctrine juridique » dans le contexte britannique : celui de la localisation de la définition française du terme « doctrine ». En effet, et au-delà d'un regard français trop centré sur les caractéristiques du droit privé britannique pour ne pas voir le mouvement doctrinal au cœur du droit public au Royaume-Uni, la localisation de la définition juridique française la plus souvent employée du terme « doctrine » révèle la prééminence d'un point de vue privatiste qui ne semble pas pouvoir épouser la réalité du discours doctrinal tel que construit par les publicistes français¹⁷¹.

46. Alors que la notion de « doctrine » apparaît comme un objet d'étude de plus en plus présent au cœur du travail des publicistes¹⁷², les travaux de définitions proposés par ces derniers font apparaître une différence dans la nature de la doctrine publiciste face aux approches proposées par les privatistes français¹⁷³. Là où les derniers tendent à mettre en avant le caractère unitaire et homogène de la doctrine¹⁷⁴, le travail proposé par les publicistes met au contraire l'accent sur la pluralité et la diversité des positions doctrinales observées dans le champ des droits administratif et constitutionnel¹⁷⁵. Ainsi, à la polysémie du terme « doctrine » qui tend à la fois à désigner tant le savoir construit par les auteurs juridiques sur un objet particulier que le pouvoir reconnu à ce discours sur le droit par les autres acteurs juridiques¹⁷⁶, s'ajoute un jeu d'échelle, mais aussi de nature des auteurs du discours. Soit académique, soit

est partie prenante au processus de production du droit : elle ne se place pas en position d'extériorité par rapport au droit mais entend 'se situer dans le droit' et 'intervenir en droit'. La connaissance du droit qu'elle permet est une connaissance 'intéressée' : il s'agit d'apporter une contribution, de toute première importance, au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions. Ce faisant, la doctrine fait œuvre dogmatique et contribue à la production de la normativité juridique ».

¹⁷¹ M. -C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comapré(s)*, op. cit., p. 251.

¹⁷² B. Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République*, op. cit., p. 3.

¹⁷³ M. -C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) Comapré(s)*, op. cit., p. 251-252.

¹⁷⁴ *Ibid.*, « La doctrine, lorsqu'on l'évoque, vise un tout homogène. Les privatistes avancent même qu'il n'y a aucune exagération à parler d'une école française' en raison d'une manière de faire propre à la doctrine nationale ». Néanmoins, cette vision de l'homogénéité de la doctrine privatiste n'est pas acceptée de tous et a pu faire l'objet de controverse au sein même de la doctrine privatiste. Voir en ce sens, C. Jamin, P. Jestaz, « L'entité doctrinale française », *Recueil Dalloz*, 1997, pp. 167-177 ; L. Aynès, P. -Y. Gautier, F. Terré, « Antithèse de l'entité », *Recueil Dalloz*, 1997, pp. 229-234 ; P. Jestaz, « Genèse du champ doctrinal », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 19-24 ; P.-Y. Gautier, « Doctrines du passé et de l'avenir », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 1044-1047 ; P. Morvan, « La notion de doctrine », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 2421 ; C. Jamin, « L'histoire doctrinale est-elle un sport de combat ? », *Clio Themis*, n°14, 2018, pp.1-7.

¹⁷⁵ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, op. cit., p. 251, « Néanmoins la doctrine n'est pas qu'une simple question de style ; elle est aussi une manière de concevoir une matière. A n'en pas douter, en droit constitutionnel, le contexte doctrinal est loin d'être unifié (...) A la différence de la doctrine privatiste, la 'doctrine constitutionnaliste' a toujours été plus 'universitaire' que juridique ».

¹⁷⁶ E. Millard, « Ce que 'doctrine' veut dire », in. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, op. cit., pp. 3-12, p. 7.

organique¹⁷⁷, la doctrine peut ainsi être envisagée à l'échelon individuel¹⁷⁸ et se voit alors dispersée en une pluralité de positions distinctes. Mais, elle peut aussi désigner un consensus local autour d'une position individuelle identifiée à laquelle d'autres auteurs se rattachent en une filiation intellectuelle permettant la structuration d'« écoles » doctrinales¹⁷⁹.

47. Mais ces niveaux ne sont pas les seuls. La doctrine juridique telle que définie par les publicistes français englobe d'autres strates d'intégration du discours et peut ainsi qualifier un consensus plus étendu, mais aussi moins profond dans des structures relevant cette fois de « courants doctrinaux »¹⁸⁰, pouvant ainsi recouvrir plusieurs écoles doctrinales et enfin, à l'échelon d'appartenance le plus large, « doctrine » peut être assimilé à la notion proposée par R. Baumert de « matrice doctrinale globale »¹⁸¹ permettant de rendre compte du consensus minimal commun à la majorité des positions doctrinales individuelles et permettant de caractériser la doctrine comme une communauté scientifique au sens large¹⁸². En somme le point où doctrine et discipline se lient pleinement. Ce jeu d'échelle permet de rendre compte de la pluralité et du dynamisme qui animent la doctrine publiciste. En effet, chaque niveau de définition permet de mettre en lumière de nouvelles dynamiques, de nouveaux processus d'intégration ou de dispersion des interprétations possibles du droit positif et le jeu d'échelle entre ces différents niveaux semble à même de rendre visible à la fois la complexité du champ doctrinal en droit public, mais aussi les tensions, les ruptures, les reconfigurations de cet objet juridique original. Loin de l'image homogène et statique de la définition privatiste, la doctrine telle que définie depuis la perspective des publicistes français se révèle plurielle, dynamique et capable d'une multitude de niveaux de structurations.

48. Cependant, lorsque retournée vers le cas britannique, là où le caractère unitaire de la définition de doctrine ne permet pas de décrire la réalité et la complexité d'un champ doctrinal publiciste éclaté et peu structuré, la définition proposée par le travail des publicistes français, soulignant le caractère hétérogène de la doctrine, permet au contraire de saisir la

¹⁷⁷ M. Deguegue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », *op. cit.*

¹⁷⁸ R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, *op. cit.*, pp. 530-531.

¹⁷⁹ S. Gilbert, « Les écoles doctrinales », in. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 89-123 ; J. Chevallier, « La fin des écoles ? », *Revue du droit public*, n°3, 1997, pp. 679-700, p. 679

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 94-95, « Le concept d'« école » renvoie à un type d'organisation dans lequel on distingue un maître et ses disciples. Proche de ce concept, celui de courant doctrinal ou de mouvement doctrinal traduit l'existence de postures doctrinales diverses, voire opposées, sans que l'on puisse identifier une relation de maître à disciples ».

¹⁸¹ R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, *op. cit.*, p. 534, « En qualifiant l'ensemble des positions doctrinales de « matrice doctrinale globale » nous voulons simplement indiquer que la dynamique des idées individuelles a des incidences « macro-doctrinales » En d'autres termes, le déplacement d'un consensus doctrinal résulte, entre autre choses, de la dynamique des doctrines individuelles ».

¹⁸² *Ibid.*

richesse des positionnements théoriques qui composent la communauté des auteurs sur le droit public au Royaume-Uni. Plus que structure, la définition publiciste de la doctrine s’y dévoile dynamique. Or, c’est dans la captation de ce mouvement et non pas dans sa réduction à un instantané que semble pouvoir être observée la réalité de la doctrine britannique. En effet, depuis les années quatre-vingt-dix, la multiplication des programmes doctrinaux proposés pour interpréter et faire sens du droit public au Royaume-Uni donne le sentiment d’une explosion du champ doctrinal au risque de la dispersion de la discipline même du droit public britannique¹⁸³. Le « tournant théorique »¹⁸⁴ qui l’accompagne souligne ainsi non pas l’absence de doctrine au Royaume-Uni, mais davantage une « crise doctrinale »¹⁸⁵ par la remise en cause du consensus qui avait jusqu’alors amené l’interprétation du droit positif proposé par le modèle construit par Albert Venn Dicey et ses successeurs – modèle qui sera ici désigné sous le terme de modèle orthodoxe - à s’imposer à la fois comme matrice disciplinaire et comme « matrice doctrinale globale ».

49. De plus, il convient de souligner que cette communauté, si elle ne dispose pas d’une autorité en apparence aussi établie que celle dont bénéficie la doctrine française grâce à la notion de corps¹⁸⁶ qui la structure et la constitue¹⁸⁷, voit néanmoins son pouvoir d’interprétation, même si non authentique¹⁸⁸, être de plus en plus reconnu et utilisé par les producteurs du discours du droit. Les citations d’auteurs académiques par les juges¹⁸⁹, le recours à l’expertise des auteurs universitaires pour la préparation de réformes législatives¹⁹⁰, la

¹⁸³ T. S. Tschorne, *The theoretical turn in British public law scholarship*, thèse de doctorat sous la direction du Pr. M. Loughlin soutenue à la *London School of Economics* en septembre 2016, disponible à : <http://etheses.lse.ac.uk/3441/>, p. 10 et suiv.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, *op. cit.*, p. 534, « Schématiquement, on peut considérer que la doctrine juridique d’un pays connaît des périodes de ‘normalité’, durant lesquelles la matrice doctrinale globale est assez homogène, et des périodes de ‘crise’ où la matrice est très hétérogène. Ce qui caractérise la situation normale, c’est donc l’important degré de consensus qui règne au sein du milieu doctrinal. (...) la crise doctrinale se signale au contraire par l’éclatement de la doctrine en un grand nombre d’écoles ou par l’exacerbation des questions qui les divisent ».

¹⁸⁶ E. Millard, « Ce que ‘doctrine’ veut dire », in. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 3-12, p. 7.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ B. Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁹ A titre d’exemple, la citation des travaux du professeur P. Craig dans les arrêts *Black*, *R (on the application of) v Secretary of State for Justice* [2017] UKSC 81, *Pham v Secretary of State for the Home Department, Privacy International* [2015] UKSC 19, *R (on the application of) v Investigatory Powers Tribunal & Ors* [2019] UKSC 22 ou encore *Assange v The Swedish Prosecution Authority (Rev 1)* [2012] UKSC 22.

¹⁹⁰ A titre d’exemple : les professeurs John Bell, Paul Craig et Alison Young ont été auditionnés par le *Select Committee on the Constitution* de la *House of Lords* le 1^{er} février 2017, voir en ce sens *House of Lords*, « Corrected oral evidence : The Legislative Process », 1^{er} février 2017, disponible à : <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/constitution-committee/legislative-process/oral/46640.html> ; de même, et de manière plus récente, le professeur M. Elliott a été auditionné par le *Constitution Committee* le 23 septembre 2020, voir en ce sens *House of Lords*, « United

multiplication des observatoires où l'expertise des *scholars* en droit public est recherchée¹⁹¹ donnent une visibilité et une reconnaissance nouvelle à ces derniers. Les auteurs académiques sur le droit public apparaissent ainsi comme prenant part, indirectement, à l'écriture du droit positif et deviennent pleinement des observateurs internes du système juridique et non pas externes à ce dernier. Or, cette position apparaît pour les auteurs français comme l'une des caractéristiques majeures de la doctrine juridique¹⁹².

50. Ainsi, une fois les difficultés autour de la compréhension de la notion de doctrine signalées et écartées à la fois en droit britannique et en droit français, il apparaît que la définition proposée par les publicistes français, que ces derniers soient administrativistes ou constitutionnalistes, en ce qu'elle permet la prise en compte d'un pluralisme dans les interprétations données à l'objet mais aussi dans la nature et les dynamiques des discours doctrinaux, laisse apparaître et entrevoir des caractéristiques similaires du côté britannique. Le constat de l'absence de doctrine publiciste au Royaume-Uni peut donc et doit être réévalué. Il existe bien une communauté d'auteurs britanniques sur le droit public, produisant un discours de connaissance sur les normes de droit constitutionnel et de droit administratif au Royaume-Uni. Mais, des points de ressemblances et des points de dissonances entre les deux communautés d'auteurs apparaissent. Or, si les points de ressemblances semblent autoriser à parler de « doctrine publiciste britannique », cette dernière se démarque de la doctrine publiciste française sur un certain nombre de points qui permettent d'envisager une identité propre à la doctrine publiciste britannique.

51. Si tout l'objet de cette étude est de déployer une analyse visant à déterminer, à la fois dans une dimension diachronique, mais aussi dans une dimension synchronique, les caractéristiques propres de la doctrine publiciste britannique, et ce afin de pouvoir construire pleinement cette dernière notion dans le regard français, une dernière étape semble nécessaire afin de parfaire la présentation de la perspective adoptée par cette étude. Ainsi et afin de conclure ces propos introductifs, il convient d'envisager le cadre méthodologique de cette thèse qui conditionnant le miroir par lequel se construit son regard en porte aussi les limites.

kingdom internal Market Bill », 23 septembre 2020, disponible à : <https://parliamentlive.tv/Event/Index/3ddda0b2-61ec-4725-b34c-98918c04637c> ; de même, le professeur A. Young a été auditionnée le 18 novembre 2020 par le *Constitution Committee* de la *House of Lords*, voir en ce sens *House of Lords*, « Constitutional implications of covid-19 », 18 novembre 2020, disponible à : <https://parliamentlive.tv/event/index/31a7c44f-7ae7-44d1-9c56-02478479c860>

¹⁹¹ A titre d'exemple : le *think tank*, *Policy Exchanges*, <https://policyexchange.org.uk/>

¹⁹² E. Picard, « 'Science du droit' ou 'doctrine juridique' », *op. cit.*, p. 139.

Section 3. Le cadre méthodologique de l'étude : conditions et limites de la construction d'un regard critique pour l'analyse de la notion de doctrine publiciste britannique

52. Après avoir exposé ce qui, dans cette étude, sert de point de départ, de localisation au regard et d'objet sur lequel poser ce dernier, reste encore à dévoiler les propriétés du miroir par lequel le jeu de réflexion inhérent à la comparaison se construit comme discours de connaissance sur la doctrine publiciste britannique. Si, et comme le rappelle le Professeur Marie-Claire Ponthoreau, « une comparaison se fabrique. Elle dépend en pratique de la question soulevée qui, elle-même, dépend de l'objectif poursuivi par celui qui compare. (...) La comparaison des droits ne produit pas de normes juridiques (à moins qu'elle ne soit pratiquée par le juge). Elle produit en revanche différentes lectures du droit »¹⁹³, différents regards sur le droit.

53. Mais la conscience de la pluralité des perspectives produite par la multiplicité des questions de recherches posées et la diversité des objectifs poursuivis par les comparatistes, ne suffit pas à saisir la complexité intrinsèque de la comparaison. Même réduit à une perspective unique, le regard de comparaison est porteur d'une vision plurielle. En effet et comme souligné par le professeur Igor Stramignoni¹⁹⁴, empruntant la formule à l'un des protagonistes des *Lettres Persanes*, « Nous ne jugeons jamais des choses que par un retour secret que nous faisons sur nous-même »¹⁹⁵. Dès lors, « tout regard clair et éloquent sur l'Autre ne saurait plus être simplement envisagé qu'en tant que départ vers la connaissance de l'Autre, mais aussi comme retour de la connaissance de l'Autre, c'est-à-dire en tant qu'ouverture vers l'Autre et, alors même qu'on se trouve au cœur, au centre, de toute vision de l'Autre, comme regard de retour, comme un regard qui se tourne vers ceux-là mêmes qui regardent et qui en regardant connaissent »¹⁹⁶. Suivant cette perspective, la comparaison juridique comme construction d'un regard de connaissance sur le droit, apparaît dès lors comme un regard nécessairement dual, produit de la réfraction d'« un miroir-dans-un miroir »¹⁹⁷. L'image qui s'y dessine étant d'abord

¹⁹³ M. C. Ponthoreau, Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s), *op. cit.*, p. 69.

¹⁹⁴ I. Stramignoni, « Le regard de la comparaison : Nietzsche, Heidegger, Derrida », In. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, pp. 147-178.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 147.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 154.

¹⁹⁷ D. M. Martin, « Romantic perspectivism in Tennyson's *The Lady of Shalott* », *op. cit.*, p. 255.

celle produite par le miroir réfléchissant le droit-autre avant de devenir, par retour, l'image que le droit-autre renvoie de lui-même au regard du comparatiste.

54. Comment dès lors rendre compte de toute la complexité de cette opération de réfraction dans la réfraction, des perspectives tronquées et déformées alors que réside toujours dans cet « art du miroir » le risque de « créer une illusion d'ordre, d'intemporalité et d'éternité »¹⁹⁸, comment ne pas sacrifier la dynamique, la vie propre de l'objet dans la construction de son image ? En d'autres termes et revenant à la réalité de l'objet représenté par cette étude - le discours de connaissance sur le droit public britannique construit par la doctrine publiciste au Royaume-Uni - l'enjeu de la construction méthodologique est de savoir proposer un miroir à même de rendre compte des dynamiques d'un objet mouvant et vivant, mais aussi de ce que ce dernier peut, par une mise-en-abîme nécessaire, renvoyer au discours de connaissance sur le droit public français. Afin de saisir au mieux l'image en mouvement du discours doctrinal publiciste au Royaume-Uni, la comparaison au cœur de cette étude oscille entre deux mouvements. Tout d'abord, celui d'un regard sur l'autre, qui en construisant un discours sur une doctrine étrangère, c'est-à-dire en créant un discours sur un discours sur un discours, ou un « méta-méta-discours »¹⁹⁹, implique le recours aux outils d'une épistémologie du droit à la fois critique et constructiviste (1.). Ce regard sur l'autre ne saurait néanmoins être décrit sans que ne soit pris en compte les limites inhérentes à ce dernier. En effet, si le discours sur le droit public britannique est observé comme un discours localisé, limité, possédé par la culture qui le possède, il convient de relever qu'il ne peut en aller autrement du discours comparatif construit sur le discours de la doctrine publiciste britannique. Le regard proposé par cette étude sur la doctrine publiciste britannique porte ainsi des limites internes qu'il convient de souligner pour restituer au mieux en quoi il ne représente qu'une perspective finie (2.). Enfin et ce premier mouvement observé, il s'agira de décrire le mouvement du « regard de retour »,²⁰⁰ car c'est dans la description de ce mouvement complet entre flux et reflux que se tisse pleinement l'opération de comparaison (3.). Ainsi et au final, le droit comparé n'est jamais que l'histoire d'un aller et d'un retour.

¹⁹⁸ J. L. Hill, « Tennyson's 'The Lady of Shalott': the ambiguity of commitment », *op. cit.*, p. 428.

¹⁹⁹ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie juridique pour la recherche en droit », *op. cit.*, p. 86.

²⁰⁰ I. Stramigoni, « Le regard de la comparaison : Nietzsche, Heidegger, Derrida », *op. cit.*, p. 154.

1. Un regard sur l'autre, la construction d'une comparaison doctrinale « profonde » fondée sur une épistémologie juridique critique

55. L'histoire de la comparaison juridique est traversée de part en part par une même tension : celle de la dialectique entre le droit-autre et le droit-propre, entre l'Autre et le Soi²⁰¹. Longtemps, et sans réflexion sur sa propre méthodologie²⁰², la comparaison juridique s'est perdue dans le jeu d'ombre et de lumières résultant des miroirs qu'elle avait elle-même construit pour penser le droit-autre²⁰³. Recherchant l'Autre dans l'image du Soi ou ne sachant trouver dans l'Autre que ce que portait déjà le droit-propre, le droit comparé s'est construit comme amputé de sa propre réflexivité, affirmant atteindre la Vérité d'un droit-autre qu'il ne parvenait pas à saisir, limité par des conceptions et des représentations du droit nécessairement enracinées et limitées par une perspective localisée, le plus souvent au niveau national. Dans ce contexte, le prisme du positivisme juridique, nourrissant une comparaison limitée aux seules normes juridiques²⁰⁴ a pu donner le sentiment, l'illusion, de la possibilité d'une rencontre pleine et entière avec le droit-autre. Or, « la compréhension du droit implique bien plus que la seule lecture des lois ou des décisions de justice »²⁰⁵ et, en ce sens, l'apport du nouveau méthodologique du droit comparé amené par le développement des comparaisons contextuelles, culturelles²⁰⁶ ou encore critiques²⁰⁷ sont venus rendre au miroir du droit comparé sa pleine fonction : non pas une représentation fidèle de l'autre, mais une interface, un espace de traduction permettant dans le recours à la rencontre avec l'Autre de mieux saisir l'identité du droit propre. Dans ce jeu narratif et dialectique, l'autre apparaît soudain comme entier dans son altérité : à la fois hors des cadres conceptuels du droit propre, mais aussi toujours insaisissable, car nécessairement compris par la médiation de représentations qui, inhérentes au regard posé

²⁰¹ P. Legrand, « Au lieu de soi », In. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits résolument*, op. cit., pp. 11-37, p. 21, « Mais, par-delà cette insistance du soi (qui va souvent jusqu'à recourir à l'altérité comme une consolidation de soi-même), l'autre échappe à la maîtrise par le soi. Puisque l'autre ne se donne à voir que depuis sa singularité irréductible, il y a cette dimension de l'autre qui, radicale inscrutabilité, dépasse tout entendement possible par le soi, qui ne se laisse tout simplement par réduire à la mêmeté, c'est-à-dire au déjà-connu ou au déjà-éprouvé ; il y a l'inappropriabilité de l'appropriation. L'autre se dérobe toujours – ce qui fait d'ailleurs reste autre, au contraire de ce qu'il adviendrait si le soi pouvait tout déchiffrer de l'autre (il pourrait alors dire : l'autre, c'est moi) ».

²⁰² A. Peters, H. Schwenke, « Comparative law beyond Post-modernism », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n°4, pp. 800-834, pp. 803-810.

²⁰³ M. -C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., pp. 42-44.

²⁰⁴ M. Van Hoecke, M. Warrington, « Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n°3, pp. 495-536, p. 496.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ L. M. Friedman, « Some thoughts on Comparative Legal Cultures », In. D. S. Clark (dir.), *Comparative and Private International Law: Essays in honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlin, Duncker and Humblot, 1990, p. 50, « A living body of law is not a collection of doctrines, rules, terms and phrases. It is not a dictionary but a culture; and it has to be approached as such ».

²⁰⁷ G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, New York, Elgar Publishing, 2019.

sur lui, lui sont étrangères. Dans ce constat soudain d'une irréductible différence, comment comparer sans tomber dans le relativisme appelant à nier la possibilité même de la comparaison ?

56. La comparaison est-elle, à l'image de la *Dame de Shallot* qui, enfermée dans une tour, ne peut saisir le monde en dehors de la réflexion d'un miroir sous peine de voir s'abattre sur elle une malédiction fatale, condamnée à rester prisonnière de ses propres limites ? « Superficielle »²⁰⁸, elle est rendue possible en limitant le regard à une étude de normes, mais la fidélité de son résultat à la réalité et complexité d'un ordre juridique étranger, nécessairement inscrit dans un contexte culturel qui le dépasse²⁰⁹, demeure, elle, incertaine. *A contrario*, lorsque s'enfonçant dans l'étude contextuelle, culturelle et critique, la comparaison se fait profonde et archéologique²¹⁰, à la recherche des artefacts²¹¹ qui hantent les représentations des deux droits, la traversée des rives du droit-propre à celles du droit-autre semble impossible. La comparaison ne serait dès lors plus que re-présentation²¹² et non rencontre. Incapable de saisir une vérité du droit-autre, elle ne serait plus qu'une perspective déformée du système étranger.

57. Soucieuse et nourrie par ces perspectives critiques, avec lesquelles elle partage un cadre conceptuel proche, fondée sur une vision constructiviste et localisée du savoir, la comparaison proposée au cœur de cette étude ne prétend pas trouver une solution à cette tension,

²⁰⁸ M. Van Hoecke, M. Warrington, « Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine », *op. cit.*, p. 509.

²⁰⁹ J. Bell, « De la culture », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, Les voies du droit, 2009, pp. 247-278, p. 263, « Le droit n'est qu'un aspect de la vie sociale », M. Van Hoecke, M. Warrington, « Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine (...) », *op. cit.*, p. 498, « Law and legal practices are one aspect of the culture to which they belong. 'Legal culture' are part of more general cultures. Understanding law implies a knowledge and an understanding of the social practice of its legal community ».

²¹⁰ P. Legrand, « Foreign Law in the third space », *Juridikum*, vol. 1, 2012, pp. 32-43, p. 35, « Rather, the differend acts as an interpellation in advance of any concern, appropriation, construction, and deployment by a comparatist as he undertakes to conduct his archeological probing and unconcealment of the foreign laws under examination (the governing precept being that 'the way of access to the present necessarily takes the form of an archeology') ».

²¹¹ P. Legrand, « Foreign Law: Understanding understanding », *Journal of Comparative Law*, vol. 6, 2011, pp. 67-177, p. 118.

²¹² *Ibid.*, p. 141, « *The comparatist is engaged in a re-presentation, which means that he is presenting anew — or re-presenting — what has already been presented once in the judicial decisions, textbooks, law reviews, and other texts he has considered. The singular meaning of foreign law on which the comparatist will eventually settle (not, then, 'the' meaning of foreign law) does not exist as such in the law-texts, but is generated through the specific interpretive strategy of invention he has elected to deploy. What is re-presented as 'the law' is, in effect, arising from an incessant movement of differencing. The law's 'identity' manifests itself out of the assemblage of the different texts being read and interpreted by the comparatist; it is the outcome of an exercise in knowledge production extending over a certain time and being pursued so as to include a process of open-ended tracing* »; P. Legrand, « Foreign Law in the third space », *op. cit.*, p. 35, « *To be sure, such work of excavation, elicitation, and rendition intervenes performatively in the sense that the comparatist, as he targets his alertness towards the differend between laws — and, correlatively, towards the singularity of each law — as he enters the fray qua enabler of meaning purporting to bring the foreign laws into meaningful existence, as he registers specific captures and framings of those laws, always already enacts his 'own' re-presentation* ».

mais entend la garder au creux de son regard pour mieux rester consciente des limites de sa propre perspective. Néanmoins et au regard tant de la nature que de l'originalité de l'objet de l'analyse, le choix fait par ce travail est d'arpenter et de poursuivre une voie médiane entre une approche purement normative de la comparaison et une approche culturelle qui tendrait au relativisme. Cette voie n'est pas nouvelle, elle a déjà été avancée et explorée par le professeur Mark Van Hoecke au travers de la notion de « *deep level comparison* ». Le professeur de la *Queen Mary University of London*, se propose de résoudre la difficulté entre la superficialité de certains types de comparaison et l'impossibilité de cette dernière par la construction d'une comparaison dite « profonde ».

58. Adoptant une perspective culturelle, Mark Van Hoecke relève qu'au cœur même de la culture juridique « différents niveaux doivent être distingués »²¹³. Si de manière assez évidente, un premier niveau de cette culture juridique est composé par un système de normes juridiques, ce niveau n'en représente que la partie « superficielle » et visible. À côté de ce dernier, « une idéologie commune et des convictions morales communes forment le niveau profond qui, éventuellement, finit par dominer les autres niveaux »²¹⁴. Or, au cœur de ce niveau profond, M. Van Hoecke identifie un objet spécifique : la doctrine juridique. En effet, « un système juridique complet contient davantage que du droit écrit (et/ou coutumier) et des décisions de justice. Il inclut aussi une *doctrine juridique*. La doctrine juridique forme une part essentielle de tout système juridique complet. Elle permet le développement du cadre conceptuel de l'ordre juridique et de sa méthodologie juridique »²¹⁵. Mais, et parce que « la doctrine ne se contente pas de décrire et reconstruire une certaine réalité juridique, mais que davantage, elle joue aussi et à un certain degré un rôle dans la construction continue du système juridique lui-même, autant qu'elle représente un certain type de culture juridique, qu'elle continue une tradition juridique »²¹⁶, quels outils pourraient être à même de construire une analyse d'un discours doctrinal étranger et ainsi de saisir ce niveau profond d'une culture juridique autre ?

59. La réponse est à trouver dans la nature même du discours doctrinal. Discours de connaissance sur le droit, ce dernier appelle le recours à l'épistémologie juridique. Cette utilisation de l'épistémologie s'impose en ce que, comme rappelé par le Professeur Albane Geslin, citant Gilles Gaston-Granger, « l'épistémologie a pour objet de mettre en lumière la

²¹³ M. Van Hoecke, M. Warrington, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine (...) », *op. cit.*, p. 519.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*, p. 522.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 523.

signification de l'œuvre scientifique. (...) La tâche propre de l'épistémologie est donc herméneutique et historico-critique ; elle consiste à faire apparaître des organisations de concepts, qu'elles soient achevées ou imparfaites, des difficultés ou obstacles, ou incohérences, des ouvertures, des points 'sensibles' »²¹⁷ dans les discours de connaissance. Néanmoins, et comme il a déjà pu être souligné, il n'existe pas une épistémologie, mais des épistémologies²¹⁸. Or, et par soucis de cohérence tant avec le cadre conceptuel précédemment présenté qu'avec le souci d'une comparaison « profonde », l'épistémologie descriptive et rationnelle dans lequel s'inscrit le positivisme ne peut être retenue. Tout au contraire le choix fait pour cette étude sera celui d'une épistémologie constructiviste, entendue comme « repos[ant] sur le postulat selon lequel non seulement la connaissance scientifique, en tant que résultat, présente un caractère socialement construit et artificiel »²¹⁹. En ce sens, l'approche épistémologique retenue semble faire écho à l'épistémologie critique proposée par le Professeur Alexandre Viala²²⁰. Le mouvement de balancier entre d'une part une « généalogie » des concepts et des structures de la pensée sur le droit²²¹ et d'autre part un effort de construction réflexif de l'objet étudié²²² servira de dynamique à l'étude proposée de la doctrine publiciste britannique.

60. Ainsi, tout à la fois étude diachronique et synchronique, la méthode de comparaison proposée pour la construction de cette étude sur la notion de doctrine publiciste britannique vise à réenraciner les discours doctrinaux présentés à la fois dans leur contexte doctrinal et épistémologique propre, mais aussi et plus largement dans leur contexte culturel par l'utilisation d'une épistémologie juridique critique, par essence constructiviste. Ce faisant le regard de cette étude apparaît comme doublement critique. Une première fois dans son approche de la comparaison juridique, une seconde fois dans sa compréhension de l'épistémologie juridique. Néanmoins, ce regard critique ne peut être totalement saisi sans que ne soient exposés ses propres biais et limites.

2. Un regard sur l'Autre, limites inhérentes à la construction d'une comparaison doctrinale comme regard critique

²¹⁷ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*, p. 82.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*, p. 84.

²²⁰ A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 147-148.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

61. « Face au réel, ce qu'on croit savoir clairement offusque ce qu'on devrait savoir. Quand il se présente à la culture scientifique, l'esprit n'est jamais jeune. Il est même très vieux, car il a l'âge de ses préjugés. Accéder à la science, c'est spirituellement rajeunir, c'est accepter une mutation brusque qui doit contredire un passé. »²²³. Si le propos de Gaston Bachelard relève d'une réflexion générale sur la connaissance scientifique, il trouve dans l'exemple du droit comparé une illustration vive. Le comparatiste ne se présente jamais jeune au droit étranger. Il est toujours préconditionné par sa propre culture juridique et ne vient dès lors au droit-autre que par la médiation d'une perspective qui limite nécessairement son rapport à cet autre situé hors de son droit. Faut-il dès lors se résoudre aux limites de son propre perspectivisme ? S'il semble impossible de se défaire de ce dernier, un tel processus supposerait non seulement de se défaire de sa culture juridique, mais plus largement de la culture nationale dans laquelle s'inscrit cette dernière, la construction d'un espace de compréhension minimale semble néanmoins possible. Il suppose cependant d'accepter tout à la fois les limites de son propre regard sur l'objet d'étude, mais aussi un degré important de défamiliarisation et d'incertitudes pour tenter, autant faire ce peut, de partir à la rencontre du droit-autre.

62. Dans ce voyage hors du droit-propre, la première limite est linguistique. Si chaque langue et chaque structure linguistique sont les contenants d'une vision du monde, il convient tout d'abord de souligner qu'en l'absence d'une combinaison entre bilinguisme et biculturalisme, le droit-autre échappera toujours en partie à son observateur étranger. Mais, au-delà de cette première limite, aussi évidente soit-elle, c'est la culture juridique d'origine qui s'impose comme le conditionnement majeur du regard de comparaison. Or et si l'expression doctrinale se trouve principale dans des écrits, comment s'assurer que ce qui est lu ou vu dans les écrits doctrinaux étrangers n'est pas simplement la projection du droit-propre dans le droit-autre ? Il n'existe aucune certitude que le tropisme du soi disparaisse suffisamment, mais, et pour éviter les biais trop importants dans le regard de comparaison, la confrontation de ce dernier avec le regard du droit-autre semble offrir une première solution.

²²³ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2011, p. 16.

63. Ainsi, la multiplication des séjours de recherche dans les Universités d'Oxford²²⁴ et de Cambridge²²⁵, la participation à divers colloques²²⁶, les rencontres et échanges avec des professeurs britanniques,²²⁷ mais aussi le suivi de cours de théorie constitutionnelle²²⁸ et de *Jurisprudence*²²⁹ lors d'un semestre passé au sein de *l'Institute of European and Comparative Law de l'Université* (IECL) d'Oxford, ont joué comme des éléments de défamiliarisation de la pensée et de socialisation, certes limitée, à une culture juridique autre qui à défaut d'effacer tous les biais du regard proposé dans cette étude, en auront atténué certains. Agissant comme un correctif, partiel, mais nécessaire, les lieux de ces séjours, les personnalités rencontrées ont assurément et en retour participé à l'orientation du regard de comparaison au cœur de cette étude. Ils auront ainsi et très certainement développé une sensibilité particulière aux auteurs rattachés à la fois aux Universités d'Oxford et de Cambridge, mais aussi de la *London School of Economics (LSE)*. Pourrait dès lors, et à la suite de ce constat, être relevé un tropisme spécifique interdisant à cette étude d'être une analyse exhaustive des auteurs britanniques sur le droit public. En réalité et au vu de la multiplicité de ces derniers, l'étude n'aurait jamais pu prétendre, en dehors même de ce tropisme, à l'exhaustivité. Néanmoins et dans le déplacement d'un premier biais vers un second se dessine un implacable rappel : celui de la relativité du regard porté par cette étude sur son objet. Ainsi et loin de prétendre, individuellement, à une vérité quelconque sur la doctrine publiciste britannique, cette étude est une opinion de connaissance qui, de par la discussion et les questions qu'elle saura ou pourra soulever construira le statut de sa propre scientificité. Elle est ainsi un regard critique ouvrant une réflexion sur la nature et l'identité de la doctrine publiciste britannique.

²²⁴ Trois séjours de recherche entre 2016 et 2019, à la Maison Française d'Oxford d'abord entre juillet 2016 et septembre 2016, au sein de *l'Institute of European and Comparative Law* de la *Law Faculty* ensuite de septembre 2017 à décembre 2017, et de nouveau à la Maison Française d'Oxford d'août 2019 à septembre 2019.

²²⁵ Un séjour de recherche en 2018 entre août et septembre au sein du *Centre for Public Law* sous la direction du Pr David Feldman.

²²⁶ Notamment aux *Society of Legal Scholars Conference* de 2016 et *Public Law Conference* de 2016.

²²⁷ Avec le Pr N. Barber en octobre 2017, le Pr A.W. Bradley en octobre, novembre et décembre 2017, le Pr M. Loughlin en décembre 2017 et mars 2021, le Pr P. Craig en décembre 2017 et octobre 2019, le Pr A. Young en septembre 2018 et septembre 2019, le Pr D. Feldman en août et septembre 2018, le Pr T. R. S. Allan en septembre 2018, le Dr J. W. F. Allison en septembre 2018.

²²⁸ Cours des Pr N. Barber, P. Yowell, A. Perry et R. Ekins.

²²⁹ Cours des Pr. T. Honoré et J. Gardner.

3. Un regard de retour, apports et intérêts de la construction d'un regard français sur la doctrine publiciste britannique

64. L'apport du « regard de retour » porté par l'étude de la doctrine publiciste britannique est au moins double. Tout d'abord, elle semble à même de construire une compréhension plus précise du droit public britannique en dévoilant les caractéristiques de ses structures conceptuelles profondes. Mettant à jour des lames de fond qu'une lecture normative ne permet pas toujours de rendre perceptibles, elle rend visibles des dynamiques qui seraient passées autrement inaperçues. En ce sens, l'émergence d'une doctrine organique au sein de la Cour Suprême du Royaume-Uni et le rôle joué par cette dernière dans la structuration contemporaine de la doctrine académique britannique offrent un exemple qui sera pleinement détaillé dans les pages qui vont suivre²³⁰. De manière symétrique, la construction d'échanges entre le juge et la doctrine académique autour de notions comme celles de souveraineté du Parlement²³¹ ou de *common law constitutional rights*²³² participe d'un dialogue qui coconstruit le droit positif. Si ce travail de co-construction passe, du côté de la doctrine académique, par un travail d'interprétation²³³, de construction de représentations²³⁴ qui seront par la suite utilisée par les praticiens, il conduit nécessairement au constat suivant : « le travail doctrinal contribue bel et bien à la production du droit : mieux encore, il est indispensable pour que la norme juridique puisse obtenir son plein effet, symbolique et pratique »²³⁵. Dès lors, toute compréhension précise du droit positif suppose en miroir une compréhension du cadre doctrinal par lequel il est conditionné et qu'il conditionne en retour. Ainsi, « le regard de retour » sur la doctrine publiciste britannique, en mettant en lumière les conditions spécifiques de la dialectique entre doctrine publiciste britannique et droit positif au Royaume-Uni, permet au regard français de préciser sa compréhension du phénomène doctrinal en observant une structure doctrinale originale qui remplit pourtant des fonctions similaires à celles de la doctrine publiciste française.

65. Mais, et au-delà de ce premier apport à la connaissance sur le droit public britannique, l'étude des discours doctrinaux au Royaume-Uni, de leurs caractéristiques, de leur structuration, même faible, et de leurs dynamiques avec leur objet – le droit positif - laisse apparaître en trame des controverses, des débats autour de notions qui ne sont pas inconnues du

²³⁰ Voir, *infra*, par. 845 et suiv.

²³¹ Voir, *infra*, par. 863.

²³² Voir, *infra*, par. 863-870.

²³³ J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*, p. 106.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*, p. 109.

droit public français et de sa doctrine. Ainsi et tout au long de l'étude, les questions britanniques autour du pouvoir et de la légitimité des juges, d'une prééminence de l'Exécutif, de la nature de la souveraineté, mais aussi et dans le champ du discours sur le droit, des méthodes pour saisir l'objet droit public, des frontières de la discipline juridique, de la nature de son lien avec le monde politique, offrent autant d'étapes et de moment clef pour un regard réflexif interrogeant en miroir des thématiques similaires au cœur du droit public français.

66. Enfin, la proposition d'étude doctrinale présentée ici vise aussi à mettre au cœur du regard doctrinal français la question de l'épistémologie juridique. En construisant des outils pour saisir les mouvements spécifiques du discours doctrinal britannique, cette étude cherche à proposer, non pas une théorie de l'épistémologie juridique, mais bien une mise en pratique de cette dernière afin de mettre en lumière ce que l'étude de la connaissance sur le droit a à apporter à la connaissance du droit. Dans un contexte de remise en cause de la connaissance scientifique et de dépassement de la vérité, le marqueur d'une connaissance scientifique réside tout spécifiquement dans sa capacité à évaluer, de manière critique, ses propres modes de connaissances. En dehors de cette dialectique, elle ne peut être porteuse que d'une scientificité faible et en crise.

67. Le paradoxe soulevé par la démultiplication des discours sur le droit public britannique au Royaume-Uni et l'affirmation tant française qu'anglaise de l'absence de doctrine publiciste outre-Manche a laissé un espace permettant tout à la fois de repenser et redéfinir la notion de doctrine comme discours de connaissance sur le droit et la scientificité attachée à ce dernier. En intégrant dans sa conception de la science l'apport critique des discours contemporains sur la connaissance, l'étude a fait le choix de délaissé un principe de validation empirique comme critère de scientificité pour se centrer sur les logiques internes du discours doctrinal et les mécanismes de véridiction s'y déployant. En opérant ce déplacement, la conception retenue de la doctrine n'apparaît plus comme un tout homogène caractérisé par une structure relativement stable. Tout au contraire, la doctrine s'y dévoile comme un processus dynamique, évolutif et social.

68. Depuis cette perspective, l'identité doctrinale se comprend dans un double mouvement. Elle est tout à la fois le résultat d'une histoire disciplinaire où la succession de « programmes doctrinaux majoritaires », marque l'alternance de périodes dites « normales », où la doctrine, dans son ensemble, apparaît comme plutôt homogène, et de périodes dites de « crises » où la multiplication des doctrines individuelles, tend à affaiblir le consensus formé autour de l'identité disciplinaire et, ce, jusqu'à la formation d'un nouveau paradigme

majoritaire. Dans ces évolutions, la dimension sociale de la doctrine comme activité de connaissance semble pouvoir être saisie. Mais, et parce que l'identité ne peut s'apprécier qu'en termes historiques, l'étude d'un discours doctrinal appelle aussi à en déterminer les dynamiques contemporaines afin d'en saisir les schémas de véridiction. En d'autres termes, il convient de dévoiler ce qui dans un paradigme doctrinal permet à un instant donné de discriminer entre les propositions sur l'objet d'étude reconnue comme vraie et celles écartées car considérées comme n'étant pas valide. Il s'agit ainsi d'apprécier l'économie même du discours doctrinal pour mieux en comprendre les structures.

69. Ce cadre d'analyse dégagé, il convient de le retourner vers l'objet précédemment défini, la doctrine publiciste britannique. Or, cette dernière, comprise comme discours de connaissance est apparue comme ayant émergé au travers du processus de disciplinarisation du droit constitutionnel réalisé par la reconnaissance et la socialisation de la doctrine individuelle du professeur victorien Albert Venn Dicey. Le modèle proposé par ce dernier pour saisir et dire le droit constitutionnel britannique offre le point de départ à une tradition doctrinale généralement désignée sous le terme de « doctrine orthodoxe » ou « modèle orthodoxe » du droit public britannique. L'existence même de ce modèle et sa reproduction tout au long du XX^e siècle traduit la formation d'un consensus suffisant entre les auteurs sur le droit public britannique autour des concepts définis par Albert Venn Dicey comme constituant l'identité de leur discipline. Deux piliers émergent alors pour faire sens du droit public au Royaume-Uni : le principe de souveraineté du Parlement et le *Rule of Law*. Ces concepts au cœur de l'identité disciplinaire du droit public britannique d'abord construit pour le seul droit constitutionnel ont fait preuve d'une plasticité suffisante pour intégrer dans leur système de véridiction la reconnaissance du droit administratif. Pour autant, le tournant de l'eupéanisation et le développement des contentieux administratifs et constitutionnels ont eu tendance à créer et accentuer un écart entre le discours doctrinal orthodoxe et la réalité empirique du droit public britannique. Si cette mise à distance n'a pas semblé pendant une longue période mettre à mal le consensus autour du modèle orthodoxe sur le droit public britannique c'est en partie parce que ce dernier intègre dans son principe de véridiction autre chose qu'une simple dimension descriptive. Porteurs d'une fonction identitaire et idéologique, le discours doctrinal orthodoxe a ainsi pu maintenir au-delà de son incapacité à rendre compte du réel son statut de programme doctrinal majoritaire (**PARTIE I**)

70. Néanmoins, ce statut est aujourd'hui très largement remis en question. La crise doctrinale traversée par le discours sur le droit public britannique se traduit par la

démultiplication des doctrines individuelles et des programmes doctrinaux proposés afin de rendre compte du droit public britannique et de la complexité de ses dynamiques contemporaines. Perdu entre *Legal constitutionalism*, *political constitutionalism*, *common law constitutionalism*, approches républicaines, morales, descriptives, prescriptives, la doctrine publiciste britannique semble de plus en plus morcelée sans que n'émerge un consensus suffisamment stable autour d'un paradigme renouvelé pour assurer la formation d'une doctrine globale qui pourrait consolider l'identité disciplinaire du droit public britannique contemporain. Dans ce paysage doctrinal extrêmement complexe, des structures faibles tendent à se dessiner néanmoins dans la constitution de nouveaux courants doctrinaux. Ces dernières composent pour partie l'identité contemporaines de la doctrine publiciste britannique. Mais, cette identité contemporaine reste surtout marquée par l'émergence d'un nouvel acteur doctrinal, la doctrine organique de la *Supreme Court*, qui, de par le pouvoir normatif qu'elle détient participe, en citant certains auteurs ou en confirmant les théories des autres, d'un processus externe d'organisation et de structuration de la doctrine publiciste britannique. Or, et dans cette nouvelle structuration de la doctrine publiciste contemporaine, ce sont de nouveaux objets, de nouveaux concepts d'étude qui se dessinent et permettent de (re)construire la compréhension française du discours de connaissance britannique sur son propre droit public et par réfraction de mettre en lumière au cœur même du discours français sur le droit public des objets renouvelés (**PARTIE II**).

PREMIERE PARTIE

LA CONSTRUCTION DE L'IDENTITE DE LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE DANS LE MODELE ORTHODOXE

71. Il est communément accepté que la représentation classique du droit public britannique²³⁶ refléterait de moins en moins la réalité contemporaine du système juridique au Royaume-Uni. Le constat n'est pas nouveau. Il est cependant partagé par un nombre grandissant d'auteurs britanniques et plus largement par les auteurs anglo-saxons. Il se retrouve également relayé par certains observateurs français qui tendent à en souligner le caractère « mythologique »²³⁷. Fruit de la narration développée au XIX^e siècle par le courant politique *Whig* pour rendre compte de la transition entre une ancienne constitution et une constitution moderne²³⁸, un ensemble de mythes constitutionnels brouilleraient la lecture du droit public britannique contemporain. Cette « conscience fausse »²³⁹ de la réalité constitutionnelle britannique et le système de représentation qu'elle implique, sont regardés depuis la France comme devant être

²³⁶ Le rejet d'un discours sur le droit administratif amène à ce que le phénomène de modélisation du droit public britannique autour de concepts identitaires permettant la structuration d'une catégorie soit d'abord pensé par le seul prisme du droit constitutionnel avant d'être élargi à d'autres objets pour devenir une modélisation du droit public au sens large.

²³⁷ A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique*, LGDJ, Systèmes cours, p. 18 « *La mythologie de la constitution anglaise reflète de moins en moins la réalité contemporaine.* » S'agit-il ici d'une mythologie française de la constitution britannique ou bien d'une mythologie britannique de sa propre constitution ? Les développements suivants et la présentation des mythes de la constitution britannique aux pages 20 à 25 semblent bien aller dans le sens de la deuxième proposition.

²³⁸ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, Léviathan, 2008, p. 14, « Dans la manière de parler du gouvernement de l'Angleterre entre la fin de la Renaissance et les grandes crises constitutionnelles du XVII^e siècle, on trouve une même conception du pouvoir politique et de ses rapports avec le droit. Cette conception possède des traits la distinguant de la modernité qui, pour ce qui concerne les questions que je me pose ici, s'implante entre la crise de l'exclusion (1678-1681) et le début du XVIII^e siècle. Raisonner en ces termes vise à se donner les moyens d'éviter l'emploi anachronique du terme de 'constitution', et de toutes les idées qui l'accompagnent, notamment celles liées au cadre de pensée de la 'séparation des pouvoirs'. C'est à partir d'une description de ce schéma ancien que l'on pourra ensuite comprendre l'idée, à bien des égards problématique, d'« Ancienne constitution ».

²³⁹ J. Lenoble, F. Ost, *Droit, mythe, raison – Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 1980, p.7.

écartés par la mise en place d'un nouveau système de rationalisation. Une « conscience vraie » proposant une nouvelle compréhension de l'objet constitutionnel grâce au travail de redécouverte de l'histoire du droit public anglais et, plus largement, britannique, mais aussi par l'observation du droit positif au Royaume-Uni.

72. Une telle approche semble dès lors créer une distinction entre un discours politique de la constitution et un discours juridique pensé comme scientifique²⁴⁰. Si la lecture retenue des observations françaises s'avère exacte, deux remarques s'imposent. Premièrement, la vision française implique que le développement d'un discours scientifique sur la constitution et, plus largement, sur le droit public britannique suffit pour mettre à distance la mythologie constitutionnelle britannique. Or, la scientification du discours sur la constitution ne semble pas se voir reconnaître un tel effet dans les écrits contemporains des *scholars* britanniques. Au contraire, il est régulièrement fait démonstration, à la suite du courant doctrinal fonctionnaliste²⁴¹, que, loin d'être affranchie de tout mythe, la représentation orthodoxe²⁴² du droit public britannique s'enracinerait, à la suite de l'œuvre principale d'Albert Venn Dicey, *The Law of the Constitution*²⁴³, dans une idéologie libérale²⁴⁴

73. Pensée comme le résultat de la scientification du discours doctrinal et la saisie par ce dernier de l'objet « constitution », *The Law of the Constitution* construit l'objet « constitutionnel » dans le champ juridique en tant que l'ensemble des propositions juridiques relatives à la constitution britannique et acceptées comme vraies. Avec ce travail, Dicey donne corps à l'idée même de « droit constitutionnel britannique »²⁴⁵. Une telle création suppose la délimitation

²⁴⁰ A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique, op. cit.*, p. 17, D. Baranger, *Ecrire la constitution non-écrite, op. cit.*, pp. 138-151 ; il n'est ni clair chez A. Antoine, ni chez D. Baranger que le modèle proposé par Dicey, et reconnu comme une approche scientifique et moderne du droit constitutionnel britannique, ne soit remis en cause dans son épistémologie et la construction de sa scientificité.

²⁴¹ Courant doctrinal proposant une lecture sociale du droit public britannique, né au début du XX^e siècle au sein de la *London School of Economics*. Pour une présentation précise du courant doctrinal fonctionnaliste, voir, *infra*, p. 535-557, voir aussi : M. Loughlin, « The Functionalist style in public law », *University of Toronto Law Journal*, Vol 55, n°3, 2005, pp. 361-404.

²⁴² La terminologie retenue sera « orthodoxe » et non classique. Le terme se retrouve chez les auteurs anglais contemporains, mais renvoie aussi à l'idée d'idéologie que nous semble souligner la relégation présumée d'un univers mythique par la constitution d'un discours scientifique. Voir en ce sens, J. Lenoble, F. Ost, *op. cit.*, p. 7.

²⁴³ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan and Co, 3^e édition, 1889, 439 p.

²⁴⁴ Pour une critique du libéralisme diceyen, voir notamment, I. Jennings, *The Law and the Constitution*, Londres, London University Press, 2nd édition, 1938, 322 p. ; L'école fonctionnaliste elle-même s'inscrit dans un projet politique en proposant une lecture sociale et socialiste du droit public britannique, voir en ce sens M. Loughlin, « The Functionalist Style in Public Law », *University of Toronto Law Journal*, University of Toronto Press, Vol.55, n. 3, été 2005, pp. 361-403.

²⁴⁵ Le propos n'est pas d'affirmer l'absence de droit constitutionnel en Angleterre avant l'ouvrage de Dicey, au contraire. Il s'agit ici de souligner l'absence de construction d'un discours identitaire au soutien de la constitution d'un concept « droit constitutionnel » permettant la création de cette catégorie avant la fin du XIX^e siècle dans le discours sur le droit. Le terme même de « catégorie » employé pour parler du droit public fait d'ailleurs encore

préalable du discours juridique relatif au droit constitutionnel. Pour ce faire, l'identité de l'objet du discours doit être déterminée. C'est ce que fait Dicey lorsqu'il identifie les composantes principales du droit constitutionnel britannique qui sont autant de traits identitaires permettant l'articulation des propositions admises comme vraies sur l'objet. Sur cette base apparaît un concept « droit constitutionnel » qui autorise la construction de la catégorie « droit constitutionnel » et, de par son élargissement, la catégorie même du droit public. Il ne suffit toutefois pas de déterminer l'identité de l'objet pour l'inscrire dans un discours à la fois scientifique et juridique. Les propositions relatives au « droit constitutionnel » doivent répondre à des instruments conceptuels qui participent de la « police du discours » et clôturent la catégorie en tant qu'élément du discours juridique. Cette construction suppose la détermination d'une méthode à suivre pour saisir l'objet dans le champ juridique et constituer la catégorie du discours juridique au sein de laquelle l'ensemble des propositions juridiquement vraies sur l'objet pourront s'intégrer. C'est cette clôture que Dicey effectue en inscrivant son travail dans une épistémologie positiviste et une démarche analytique. Néanmoins, et malgré l'aspiration positiviste à un savoir objectif, le choix de la méthode demeure pour partie téléologique²⁴⁶. Dans le cas diceyen, cette dernière construit son rapport à la réalité dans une dimension idéologique : celle du libéralisme *Whig* qui s'incarne juridiquement dans un constitutionnalisme de droit privé. Ainsi, la scientification du discours n'expurge pas la mythologie. Elle l'habille différemment, mais les « mythes » y demeurent et hantent les structures du système proposé.

74. Pour autant, et bien qu'une partie des *scholars* ait tout à fait conscience de l'orientation de ce modèle et avec lui de la catégorie « droit public », le modèle diceyen et la conceptualisation qu'il propose sont largement intégrés dans le discours orthodoxe contemporain sur le droit public britannique. C'est d'ailleurs par l'intermédiaire de ces mêmes structures²⁴⁷ que les observateurs français saisissent le droit public britannique. Par la médiation des traits et principes identitaires dégagés par Dicey, s'appréhendent et se pensent les évolutions contemporaines du droit positif alors même que la difficulté de ces traits et principes à saisir ces évolutions permettent de constater la crise du modèle orthodoxe. Une crise qui ne se révèle

débat parmi les *scholars*. L'apport de Dicey est ainsi d'avoir en premier créé un discours sur le droit public, d'abord seulement par la création d'une catégorie droit constitutionnel, puis par l'élargissement du discours à d'autres objets, dont le droit administratif. Cependant, avant même ce travail doctrinal, il existait déjà des régimes juridiques aujourd'hui reconnus comme relevant du droit public. Ces derniers ne se trouvaient pas rapprochés les uns des autres sous un concept plus large qui serait celui du droit public. Tout particulièrement parce qu'il n'y avait pas encore eu de discours d'autonomisation de certains procédés de droit public par rapport à d'autres disciplines comme l'histoire institutionnelle ou la science politique.

²⁴⁶ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, 2^e édition, Méthodes du droit, Dalloz, 2016, 440 p., p. 9.

²⁴⁷ A. Antoine, *op. cit.*, structures auxquelles ce superpose néanmoins les schèmes cognitifs du système français.

pas externe au modèle, mais bien interne à celui-ci. Or, si cette crise accompagne les évolutions du droit positif et se nourrit des nouvelles découvertes en histoire du droit, elle entraîne aussi au sein du monde académique britannique une réflexion sur la nature du droit public et des structures de précompréhension de ce droit. Cette réflexion se matérialise par un « tournant théorique »²⁴⁸ qui questionne les méthodes pour saisir le droit positif, mais aussi les méthodes utilisées pour retranscrire et utiliser l'histoire du droit²⁴⁹. Dès lors qu'est accepté qu'il n'y a pas de connaissance médiate de l'objet « droit public », tous les outils mobilisés pour le saisir se voient interrogés, ce qui intègre alors l'ensemble des structures cognitives qui en permettent la connaissance. Cette interrogation semble d'autant plus nécessaire au regard de la permanence et de l'apparente résilience des concepts orthodoxes et suppose d'analyser cette continuité pour mieux éclairer les crises du modèle.

75. Deuxièmement, et à la suite des remarques précédentes, il semble émerger de cette confrontation rapide d'une vision française du modèle orthodoxe de droit public au Royaume-Uni à la conscience britannique de ce même modèle deux rapports distincts au discours juridique scientifique et à la question de la « vérité » juridique. Les interrogations britanniques sur l'ouverture du système de précompréhension juridique et des mythes qui en hantent les structures doivent-elles être regardées comme une spécificité britannique liée aux schèmes cognitifs portés par les systèmes de *Common law* ? Ou, au contraire, revient-il de considérer que les *scholars* travailleraient à dépasser un obstacle épistémologique porté par le modèle orthodoxe et que les évolutions contemporaines du droit public britannique auraient révélé ? En ce cas, doit-on considérer qu'un obstacle similaire peut être porté par le discours sur le droit public en France ; obstacle qui se trouverait plus aisément révélé en droit britannique par les schèmes cognitifs de *Common law* ?

76. Malgré les interrogations soulevées face à la crise que le modèle orthodoxe du droit public britannique semble aujourd'hui traverser, il convient de relever que ce dernier constitue encore le cadre conceptuel de référence pour dire et penser le droit public au Royaume-Uni. C'est dans ce modèle que la doctrine publiciste trouve les structures profondes de son identité discursive. Aussi, et afin de saisir au mieux ce qui caractérise cette dernière, la première partie de l'étude se propose de questionner le rapport construit par le modèle orthodoxe à son objet le « droit

²⁴⁸ T. Poole, « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *OJLS*, Vol. 3, N. 3, 2003, pp. 435-454, pp. 435-436, plus spécifiquement, pp. 435-436, voir aussi, S. Tschorne Venegas, *The Theoretical turn in British public law scholarship*, Martin Loughlin (dir.), Thèse de doctorat, philosophie, London School of Economics, 2016, 219 p.; voir, *infra*, par. 649 et suiv.

²⁴⁹ J. W. F. Allison, « History to Understand, and History to Reform English Public Law », *Cambridge Law Journal*, 2013, pp. 526-557.

public ». Il s'agira de souligner comment ce rapport constitue une première clef de lecture de l'identité de la doctrine publiciste britannique (**TITRE 1**) avant que ne soient envisagés, dans un second temps, les obstacles internes au modèle empêchant ce dernier de n'être qu'une représentation descriptive du droit public britannique (**TITRE 2**).

Titre I – Le Droit Public, Objet Complexe du Discours Doctrinal Britannique

77. À la suite de la catégorie « droit constitutionnel » construite par Dicey, le modèle orthodoxe du droit public britannique reconnaît deux traits principaux à l'identité du concept « droit public » et à la catégorie qui en découle : le principe de Souveraineté du Parlement et le principe du *Rule of Law*. Ces deux principes se décomposent chacun en différents mécanismes qui forment la structure conceptuelle par laquelle le modèle orthodoxe saisit et construit son rapport au droit positif. Cette structure doit être regardée comme située. Ses deux principes traduisent la réalité historique d'un système de droit compris comme unitaire, libéral, marqué par l'héritage coutumier, assurant la protection des libertés individuelles par le seul droit privé et apparaissant comme à la fois le résultat et le promoteur de l'Empire britannique²⁵⁰. Derrière eux se trouvent identifiées deux institutions principales – le parlement et les cours de *common law*²⁵¹ – dont la hiérarchisation en faveur du premier traduit le modèle de démocratie représentative auto-correctrice défendu par Dicey²⁵² à la fin du XIX^e siècle.

78. À l'enracinement historique de la représentation, s'ajoute un enracinement de la méthode de représentation et de la police du discours qui produit le modèle. Sur le plan épistémologique, le modèle orthodoxe est lui-même situé. En effet, si le recours à la méthode positiviste et à une démarche analytique fonde sur le plan épistémologique le modèle, il implique aussi un certain discours sur le droit qui passe notamment par la détermination des sources de l'objet « droit public » britannique. Pour que le droit public soit positif, il revient d'en déterminer les sources médiates qui fondent sa validité normative. Là où les constitutions volontaristes instituent et structurent les sources du droit positif dans un discours dont peut se saisir directement le discours sur le droit, la nature non écrite du droit constitutionnel britannique et la centralité de la méthode de *common law* dans le droit administratif étirent le discours même du droit dans une forme narrative et argumentative. Une telle narration présuppose pour toute représentation de ce droit sous forme de catégories une traduction en termes de modèle où l'identification des sources conditionne la fermeture du système à un

²⁵⁰ N. Walker, « Beyond the unitary conception of the United Kingdom Constitution? », *PL*, août 2000, pp. 384-404, p. 384.

²⁵¹ Le pouvoir exécutif reposant dans la Couronne n'est pas identifié dans la structure et apparaît dès lors comme un impensé.

²⁵² P. Craig, « Dicey : unitary, self-correcting democracy and public law », *LQR*, n. 106, Janvier 1990, pp. 105-143.

extérieur perçu et pensé comme non juridique. Le discours sur les sources du droit public apparaît comme inhérent au modèle orthodoxe pour assurer la transition d'un droit positif perçu comme horizontal dans un système de représentation que le positivisme comprend dans sa verticalité. La question de la détermination des sources se retrouve ainsi dans la plupart des *textbooks*²⁵³, alors même que l'étude de ces sources et leur détermination devient un enjeu pour la critique ou la légitimation de ce même modèle. Cet enjeu n'échappe pas à la démonstration de Dicey dans *The Law of the Constitution* dont les principes identitaires, s'ils sont porteurs d'une dimension matérielle, participent aussi d'un discours sur les sources permettant une verticalité aux structures que propose le modèle.

79. Face à cet enracinement du modèle, le renforcement de l'État administratif à partir des années soixante, l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés Européennes une décennie plus tard puis les politiques de *Devolution* et l'intégration de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) dans le système juridique britannique sous l'impulsion du gouvernement travailliste à la fin des années quatre-vingt-dix, ont profondément remodelé la nature de l'objet que le discours orthodoxe se propose de représenter. Confrontées à ces évolutions, la nature et la hiérarchie des sources posées par Dicey et retenues par le discours orthodoxe ne correspondent plus à la complexification des sources positives du droit public britannique. L'investissement du pouvoir public met à distance le modèle libéral de la fin du XIX^e siècle, la redistribution des pouvoirs vers les Nations et l'aspiration des compétences étatiques vers les institutions régionales fracturent la représentation unitaire du système et n'amènent pas à la raréfaction du discours du droit public comme le laisserait à entendre le constitutionnalisme de droit privé, mais, au contraire, à une intensification de ce discours ainsi qu'à l'intégration de nouvelles sources, parfois concurrentes. Pensé et représenté comme un simple duo institutionnel, le discours du droit positif devient un ensemble polyphonique, à défaut peut-être d'être symphonique. Les interprétations qui en sont données cristallisent l'évolution des rapports de pouvoirs entre les institutions identifiées au fondement de la structure du modèle orthodoxe alors qu'elles participent à l'émergence de nouveaux discours sur le droit public britannique et de nouveaux modèles de démocratie et de constitutionnalisme (CHAPITRE 1).

²⁵³ Si les sources du droit public y sont présentées dans les premiers chapitres, leur détermination n'y est pas en général présentée de manière réflexive et constitue une reprise non critique des sources identifiées par le modèle orthodoxe. Voir en ce sens : H. Barnett, *Constitutional and Administrative law*, Londres, Routledge, 12^e éd., 2017 ; A. W. Bradley, K. D. Ewing, C. J. S. Knight, *Constitutional and Administrative law*, Londres, Pearson, 17^e éd., 2018 ;

80. Pour autant le modèle ne se limite pas à organiser les sources du droit public britannique. La fonction matérielle de ses composantes, la Souveraineté du Parlement et le *Rule of Law*, est d'intégrer et encadrer l'ensemble des propositions juridiquement vraies sur l'objet droit public. Or, une fois confrontée à l'évolution de son objet, la catégorie droit public voit ses composantes étirées, déplacées, complétées par de nouvelles composantes, voire redéfinies afin de lui permettre d'absorber l'inconnu et la complexité nouvelle survenus dans le champ du droit positif. Cette résilience imposée à la structure du modèle orthodoxe du droit public britannique interroge à la fois sur la cohabitation entre ses composantes complexifiées et sur la pérennité même d'un modèle qui, s'il semble en permanence dépassé, se voit pourtant convoqué dans les crises contemporaines du droit public britannique²⁵⁴ (**CHAPITRE 2**).

²⁵⁴ *R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

CHAPITRE 1

LA COMPLEXIFICATION DES SOURCES DU DROIT PUBLIC ANGLAIS

81. Pour assurer la clôture de la catégorie et la stabilité du concept « droit public » dans le discours sur le droit britannique, la police du discours assurée par la méthode positiviste implique que ne seront admises comme vraies que les propositions produites par le droit positif sur l'objet « droit public ». Pour John Austin, dont le travail de *jurisprudence* sert de fondement théorique à la construction diceyenne²⁵⁵, le droit positif doit être défini comme le commandement d'un souverain²⁵⁶. Ne seront regardées comme des sources du droit positif que les normes produites directement ou indirectement par ce souverain²⁵⁷ et seul le discours produit par ces sources sera compris comme l'ensemble des propositions vraies sur le droit public britannique. Elles deviennent alors les sources du savoir du droit²⁵⁸. Le présupposé positiviste de l'approche austinienne amène à un regard nouveau sur les sources du droit. Jusqu'à Blackstone, elles étaient entendues comme l'origine même du droit et étaient classifiées entre droit écrit et non écrit. Une telle typologie, déjà présente chez Hale ou Hobbes, apparaît pour J. Austin comme une reprise non réflexive des catégories du droit romain qui ne traduit pas la réalité et l'ontologie du système de droit anglais²⁵⁹, où les sources du droit doivent être regardées comme s'organisant entre les *statutes*, normes produites directement par le souverain et la *common law*, norme « oblique », produite par délégation de pouvoirs du souverain à un autre organe.

82. Dicey retient cette dernière distinction pour désigner et organiser les sources juridiques de la constitution. Mais comme le rappelle le professeur Denis Baranger, et contrairement à

²⁵⁵ T. Guilluy, *Du « self-gouvernement » des Dominions à la dévolution – Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, D. Barnager (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris II Panthéon Assas, Editions Panthéon Assas, 2018, 460 p., p. 64.

²⁵⁶ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Murray, 1832, pp. xvi-xvii, « Every positive law or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme ».

²⁵⁷ Doit être relevée ici une divergence dans la désignation du souverain entre le modèle positiviste proposé par Austin et celui de Dicey. Austin ne distingue pas entre souveraineté politique et juridique et pour lui sont souverains, le monarque, les *Lords*, les *Commons* et leurs électeurs. Chez Dicey, une distinction est posée entre souveraineté politique et juridique. Le Parlement ne peut être que juridiquement souverain. Voir en ce sens, A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, P. Craig, « Dicey: unitary, self-correcting democracy and public law », *op. cit.*, pp. 107-108.

²⁵⁸ J. Austin, *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of positive law*, New York, Henry Holt and Company, 1875, 502 p., p. 254, « (...) sources of law are properly sources of the knowledge which is conversant about laws ».

²⁵⁹ J. Austin, *op. cit.*, pp. 264-265, voir en ce sens la critique de la catégorisation dressée par Emile Boutmy par D. Baranger, D. Baranger, *Ecrire la Constitution non-écrite*, *op. cit.*, pp. 147-150.

la *jurisprudence* austinienne, il n'isole pas pour autant les sources du droit constitutionnel. Au contraire, il les intègre dans leur rapport à un extérieur, à un en dehors du droit positif, où des sources pensées comme politiques sont mises en dialogue avec les sources qui produisent les normes juridiques constitutionnelles. Ce dialogue apparaît nécessaire à toute étude juridique de la constitution britannique qui, de par sa nature, ne s'épuise pas dans la somme de ses *statutes*, pas plus qu'elle ne s'épuise dans la somme des principes constitutionnels tirés de la *common law*²⁶⁰. Cette dialectique observée et reconnue par Dicey, aux frontières et relations floues entre droit et politique constitutionnels, imprègne le modèle orthodoxe qui ne peut dès lors prétendre à être un système totalement clôt. Le modèle retient alors la distinction entre normes constitutionnelles juridiques et normes constitutionnelles non-juridiques²⁶¹ qui se retrouvent exposées dans les *textbooks* de droit constitutionnel sans que pour autant ne soient toujours interrogés leurs rapports.

83. Néanmoins, ramenée à l'échelle du droit public, l'extension au droit administratif de cette distinction entre sources de normativité juridique et sources d'une normativité non juridique peut poser question. L'existence de normes non-juridiques administratives n'a, pendant longtemps, pas éveillé l'attention des auteurs et demeure un objet marginal²⁶². À travers le prisme contentieux, les *scholars* se sont concentrés sur le rapport entre normes directes et obliques qui cristallise la question de la séparation des pouvoirs entre le Parlement et les cours de *common law*, ramenant ainsi le discours administratif à un port connu. Cependant, le renforcement de l'action administrative et la reconnaissance puis le développement des études de droit administratif ont amené à l'identification de certaines pratiques administratives assurant, comme la pratique politique, un rôle normatif, certes, externe au droit positif, mais complétant ce dernier. Ces pratiques, qu'elles soient constitutionnelles ou administratives, deviennent alors un enjeu pour le modèle orthodoxe qui tout en cherchant à repousser ces objets au-delà des marges de la normativité juridique qui assure sa stabilité et sa cohérence, voit émerger en dehors de ses structures un discours proposant tout au contraire d'étendre l'empire du droit à ces formes nouvelles de normativités désignées sous le terme de « *soft law* ». Dans ce rapport à son extérieur se joue finalement la

²⁶⁰ J. Gardner, « Can be there a Written Constitution ? », In. L. Green, B. Leiter (eds.) *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Volume 1, Oxford, OUP, 2011, pp. 2-4.

²⁶¹ La distinction est celle posée par entre droit constitutionnel et conventions de la constitution, A. V. Dicey, *op. cit.*, p. 20, D. Baranger, *op. cit.*, pp. 150-151.

²⁶² A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative law*, Londres, Longman, 13^{ème} édition, p. 19, « *Many important rules of constitutional behaviour, which are observed by the Sovereign, the Prime Minister and other ministers, members of Parliament, judges and civil servants, are contained neither in Acts nor in judicial decisions* ».

capacité de clôture de la catégorie orthodoxe « droit public » et avec elle son intégrité et sa pérennité.

84. Ainsi et afin de rendre compte des tensions que les évolutions des sources du droit positif exercent sur le modèle orthodoxe du droit public britannique, ce premier chapitre propose de retenir la distinction posée par Dicey entre normes juridiques et normes non-juridiques de la constitution et de l'étendre à l'ensemble du droit public. L'image qui en résulte n'est pas celle classiquement donnée par les expositions orthodoxes des sources du droit public britannique²⁶³, mais semble permettre, en mettant en dialogue le cœur de la catégorie et ses marges, en partant de son intérieur pensé comme juridique vers son extérieur, de mieux saisir les pressions à la fois internes et externes subies par la catégorie orthodoxe « droit public » dans le discours juridique académique au Royaume-Uni. Dans un premier temps, les sources de pleine normativité juridique telles que pensées et organisées par le modèle orthodoxe seront confrontées aux évolutions du droit positif (*Section 1*) avant que ne soient interrogées les marges de ce qui définit le droit public dans le modèle orthodoxe afin de souligner l'effet des pressions exercées sur le modèle par les conceptualisations nouvelles de la *soft law* constitutionnelle et administrative (*Section 2*).

Section 1. Les sources de pleine normativité juridique

85. Sous les effets combinés de l'eupéanisation du droit, du renforcement de l'État administratif et de la *Devolution*, la nature même des deux sources de pleine normativité reconnues par Dicey et par le modèle orthodoxe se modifie et donne lieu à l'apparition de nouvelles sous-catégories. À cette complexification qui transforme dans le droit positif les principes dégagés par le modèle orthodoxe pour structurer l'identité de sa catégorie « droit public », l'addition de nouvelles sources vient étendre le champ même de cette catégorie et en redessine le périmètre (§1.).

²⁶³ La catégorie proposée par A. Antoine entre sources coutumières et sources non-coutumières, si elle nous semble utile pour saisir l'originalité de la constitution et de la construction des normes de droit public britannique pour les observateurs français en rapprochant deux sources dont les modes de production partagent des similarités, ne semble pas pour autant éclairer les interrogations britanniques sur les évolutions des sources de ce droit. La distinction semble masquer les tensions internes des discours doctrinaux au Royaume-Uni autour de la détermination des sources du droit public. A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique* ; *op. cit.*, pp. 49-69.

86. La modification de la nature des sources de pleine normativité reconnue par le modèle orthodoxe s'accompagne de l'évolution du rapport institué entre ces sources, conditionnées dans l'épistémologie austinienne par le présupposé de la désignation d'un souverain et la hiérarchie instituée entre normes directes et normes obliques. Si le modèle orthodoxe contemporain a effectué une transition théorique d'un positivisme classique vers un positivisme moderne, en préférant au présupposé du souverain celui de la règle de reconnaissance proposée par le modèle hartien²⁶⁴, le fondement ultime de la source de la normativité du système reste le même : les normes adoptées par le Parlement. Or, la redéfinition des rapports entre *statutes* et *common law* de par, notamment, l'intégration des droits européens vient mettre à mal cette hiérarchie et semble menacer cette dernière d'affaiblissement. Le principe formel de la souveraineté du Parlement qui fonctionne comme une clef de voûte pour assurer la stabilité des principes identitaires dégagés par le modèle orthodoxe pour structurer le concept « droit public » et sa catégorie se voit affaiblie, voire déplacé, interrogeant dès lors la viabilité du système et de sa clôture (§2).

§1. Les évolutions des sources de pleine normativité juridiques

87. Qu'il repose sur l'épistémologie austinienne reprise par Dicey ou sur la théorie des sources du droit britannique proposée par H. L. A. Hart, le modèle orthodoxe reconnaît une hiérarchie entre les *statutes* et la *common law* en faveur des premières. Cette hiérarchie des normes traduit une hiérarchie des institutions au cœur même de l'identité de la catégorie orthodoxe « droit public » et que matérialise le principe de souveraineté du Parlement compris dans sa simple dimension formelle. Le principe est cependant plus large qu'une règle d'organisation des sources du droit public britannique²⁶⁵. Il comporte à la fois une dimension formelle et une dimension matérielle qui appelle à une étude en tant que telle²⁶⁶.

²⁶⁴ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 263 pp. 64-110, la règle de reconnaissance au fondement de l'ordre juridique est une règle sociale qui peut évoluer et être reformulée, voir en ce sens : L. Greene, « Law, Rules and Convention », In. H. L. A. Hart, *op. cit.*, pp. xx-xxvii, pour des questionnements récents sur la redéfinition de la règle de reconnaissance dans le contexte du Brexit : A. Young, « R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union: Thriller or Vanilla? », *European Law Review*, n. 42, 2017, pp. 280, A. Hameed, « The rule of recognition and sources of law in Miller », *P. L.*, Janvier 2019, pp. 61-81.

²⁶⁵ Pour la décomposition du principe de Souveraineté du Parlement entre principe de validité et principes substantiels voir : K. Armstrong, « United Kingdom – Divided on Sovereignty? », In. N. Walker (eds.) *Sovereignty in Transition*, p. 328.

²⁶⁶ Pour une distinction entre principe formel et principe substantiel, voir J. W. F. Allison, « The Westminster Parliament's Formal Sovereignty in Britain and Europe from a Historical Perspective », *Legal Studies Research*

88. Le tropisme des *statutes* dans le modèle orthodoxe est aujourd'hui remis en question²⁶⁷. La multiplication des sources de droit écrit en droit positif et leur complexe mise en relation amène à délaisser la distinction proposée par Austin et retenue par Dicey entre *statutes* et *common law* pour lui préférer celle entre droit écrit et non-écrit, déjà présente dans les travaux d'exposition de l'ancienne constitution et de la constitution moderne d'Angleterre. Cette complexification des sources écrites, si elle participe de la remise en cause du pouvoir et de la place du Parlement dans l'architecture constitutionnelle britannique, met aussi à mal le discours le plus commun du constitutionnalisme britannique : un *legal constitutionalism* fondé sur le pouvoir souverain du Parlement (A.). Ce discours, ou plutôt cet ensemble de discours²⁶⁸, a remplacé le constitutionnalisme de droit privé proposé par Dicey après la reconnaissance d'un droit administratif britannique. S'il semble réactiver les structures du modèle orthodoxe et en réactualiser les principes, en insistant sur la centralité du Parlement²⁶⁹, il doit néanmoins faire face à l'émergence d'une approche concurrente du constitutionnalisme, le *common law constitutionalism*. Reposant sur les évolutions récentes de la *common law* dont la plasticité apparaît comme permettant une meilleure adaptation aux pressions exercées par l'intégration européenne et les transformations contemporaines du droit constitutionnel britannique, ce nouveau discours n'entend plus reconnaître les *statutes* comme au fondement des sources du droit public britannique, mais bien la *common law*, s'affranchissant par la même des cadres du modèle orthodoxe (B.)

A. Les sources écrites du droit public britannique

89. L'affirmation moderne des *statute laws*, marqueur de la Souveraineté du Parlement. La reconnaissance du droit écrit est un des marqueurs de l'émergence d'une

Paper Series, University of Cambridge, Paper n. 47, Juillet 2018, consulté le 4 janvier 2019 à : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3219162.

La distinction ne recoupe cependant pas celle ici retenue. L'auteur entend distinguer entre la dimension purement juridique retenue par Dicey par opposition à la dimension politique que porte aussi la notion et déjà évoquée en note 22. La distinction que nous proposons ici entend discriminer entre le principe de souveraineté entendu comme règle d'organisation des sources (principe formel) et les mécanismes qui permettent de justifier cette organisation des sources (principe matériel).

²⁶⁷ P. Graig, *op. cit.*, p. 106 « *Legislative omnipotence* ».

²⁶⁸ T. Poole, « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, p. 440, pour paraphraser T Poole à propos du *common law constitutionalism*, unité ne signifie pas uniformité et les divers discours rassemblés sous le terme de *political constitutionalism* sont extrêmement divers, mais ont pour point commun de reconnaître la volonté du Parlement comme étant au fondement de l'ordre juridique.

²⁶⁹ Un parallèle est ici certainement à faire avec les questionnements dans la doctrine française autour de la notion de droit politique, voir. P. Avril, « Penser le droit politique (suite) », *Jus Politicum*, « Actualités », consulté le 04 janvier 2019 à : <http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-suite-1268.html> , pp. 7-11.

constitution moderne au Royaume-Uni²⁷⁰. Elle apparaît comme le résultat de deux dynamiques qui bien que temporellement distinctes doivent être regardées comme intimement liées, car participant toutes deux à la construction d'un Parlement moderne et assurant la transition d'une constitution aristocratique vers une constitution démocratique²⁷¹. La première de ces dynamiques s'enracine dans la constitution d'Angleterre née de la Glorieuse Révolution. Elle permet l'émancipation du pouvoir législatif face au pouvoir royal et aux cours de *common law* et dessine à sa suite un principe de séparation souple des pouvoirs²⁷². Cette nouvelle structure institutionnelle ne suffit cependant pas à la reconnaissance des *statutes* comme source du droit principale de l'architecture constitutionnelle. Les normes adoptées par le Parlement anglais souffrent en effet d'un déficit de légitimité face à la centralité et l'enracinement des principes dégagés par les juges de *common law*²⁷³. Déficit que vont compenser les réformes successives du Parlement durant la période victorienne²⁷⁴ puis la période edwardienne²⁷⁵ en assurant à la fois une meilleure représentation des citoyens britanniques,²⁷⁶ mais aussi une plus grande qualité des textes normatifs produits par le Parlement et permettant de fait de sécuriser les effets de ces mêmes textes. La légitimation des *statutes* passe ainsi par la plus grande autonomie que cette catégorie de normes reconnaît aux citoyens britanniques. Contrairement à la *common law*, les *statutes* traduisent un modèle normatif issu de la délibération et porteur d'un degré nouveau de pluralisme démocratique²⁷⁷.

90. Face à ces modifications de la structure constitutionnelle britannique, Dicey envisage la nature des *statutes* comme permettant la rencontre entre la volonté politique du peuple et les

²⁷⁰ N. Duxbury, *Elements of legislation*, Cambridge University Press, 2013, 249 p., pp. 4-25.

²⁷¹ P. Craig, « Dicey : unitary, self-correcting democracy and public law », *op. cit.*, p. 110.

²⁷² N. Duxbury, *Elements of legislation*, *op. cit.*, pp. 16-21.

²⁷³ W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, *op. cit.*, p.17 « *That ancient collection of unwritten maxims and customs, which is called the common law, however compounded or from whatever foundations derived, had subsisted immemorially in the kingdom; and though somewhat altered and impaired by the violence of the times, had in great measure weathered the shock of the Norman Conquest* », voir aussi: Lord Reid, « The Judge as a Law Maker », *JSPTL*, N° 22, 1972, p.28 : « *If you think in months, want an instant solution for your problems and don't mind that It won't wear well, then go for legislation. If you think in decades, prefer orderly growth and believe in the old proverb more haste less speed, then stick to the common law.* », cite par N. Duxbury, *Elements of legislation*, *op. cit.*, p. 61, voir aussi *Morris v. C. W. Martin and Sons Ltd [1966] 1 QB 716 (CA)*, *Diplock LJ*, « *[T]hat is the beauty of the common law; it is a maze and not a motorway* », cité par N. Duxbury, *Elements of legislation*, *op. cit.*, p. 61, n. 17, *Idem.* p. 48, « *Its validity lies in the fact that it is a long standing* »; G. J. Postema, *op. cit.*, p. 155, « *(...) for common law anchors solidly in the past its normative demands on present actions and guidance for future actions* ».

²⁷⁴ *Reform Act 1832, Second Reform Act 1867, Third Reform Act 1884.*

²⁷⁵ *Parliament Act 1911.*

²⁷⁶ Passe par l'élargissement de la base électorale et une diminution des pouvoirs de la chambre non représentative qu'est la Chambre des Lords via le *Parliament Act* de 1911.

²⁷⁷ Pour une critique du manque de pluralisme de la *common law*, voir J. Waldron, « The dignity of Legislation », *Maryland Law Review*, Vol. 54, N°2, pp 633-665, p. 647, « *In Britain the (white English) men on the Clapham omnibus, that old touchstone of what is 'reasonable', must now be joined by other types of passengers.* ».

normes produites par le Parlement souverain. Cette concordance qui traduit le bon fonctionnement du régime représentatif doit demeurer. Dès lors, le Parlement doit être libre de modifier à tout moment l'ensemble des normes qu'il produit afin de permettre l'actualisation permanente du système normatif à la volonté des citoyens représentée par le Parlement. Cette actualisation garantit un système de démocratie représentative et unitaire qui justifie dans le champ théorique la démonstration positive à laquelle se livre Dicey pour soutenir le concept de souveraineté du Parlement. Mais, tout entier à cette démonstration, Dicey écarte de son travail de systématisation toute autre norme écrite. Son modèle, et derrière lui, le modèle orthodoxe, ne reconnaissent ainsi qu'un seul auteur au droit écrit, le Parlement et une seule norme de droit écrit, les *statutes*.

91. La multiplication interne des sources du droit écrit, une première remise en cause de la souveraineté du Parlement. L'homogénéité du droit écrit, ou plutôt la réduction de ce dernier aux seules *statutes*, ne peut résister à la fois à l'épreuve de la conceptualisation du droit administratif et à l'extension des structures pensées originellement pour le seul droit constitutionnel à l'horizon plus large du droit public. Écarté par le paradigme diceyen, la notion orthodoxe d'un droit administratif britannique développée au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale²⁷⁸ ramène avec elle dans le champ juridique un ensemble d'objets²⁷⁹ restés invisibles au regard des auteurs souscrivant au modèle de *The Law of the Constitution*²⁸⁰. Au titre de ces objets, émerge une nouvelle source de droit écrit : les *delegated legislations*²⁸¹.

92. Sous cette expression se trouve désignée une catégorie de normes adoptées par la Couronne par délégation de pouvoir du Parlement. Si la détermination des politiques publiques revient au Parlement, tant la complexité que la multiplication de normes à adopter pour permettre le bon fonctionnement d'un État moderne impliquent que ces dernières soient

²⁷⁸ Déjà présente chez les auteurs fonctionnalistes, mais véritable élan à la fin des années 40 avec la fin de l'immunité de la couronne et le *Crown Proceeding Act* de 1947.

²⁷⁹ Existence attestée de ce type de normes administratives sous les Tudors, développements au XIX^e avec les systèmes des *Boards*, mais écarté par Dicey. P. Craig, « Dicey : Unitary, Self-correcting Democracy and Public Law », *op. cit.*, p. 125.

²⁸⁰ Il convient de souligner un décalage entre le modèle développé par Dicey dans *The Law of the constitution* et la réalité d'une pensée diceyenne plus nuancée. Ce dernier reconnaît d'ailleurs en 1915 à la suite de l'arrêt *Arlidge* l'existence d'un droit administratif. Pour autant l'émergence du concept est freinée tant par l'apport et l'aura de *The Law of the Constitution* que la crainte d'un despotisme administratif. S'oppose deux approches distinctes de l'espace public et de son droit, une approche démocratique qui devrait faire obstacle à une approche technocratique de la Couronne, qui attise les craintes. Voir en ce sens : Lord Hewart of Bury, *The New Despotism*, Londres, Ernest Benn Ltd, 1929, 308 p.

²⁸¹ Sera ici retenue la dénomination générale de ces instruments. Il n'est pas question de discuter la différence entre les *statutory instruments* et autres types de *delegated legislation*, pour des éléments sur le débat, voir : P. Craig, *Administrative Law*, Sweet and Maxwell, 8th edition, Chapter 15, pp. 433-471, voir aussi, S. Pywell, « Something old, something new : busting some myths about statutory instruments and Brexit », *P. L.*, Issue 1, 2019.

complétées par des règles techniques plus précises qui en permettent l'application²⁸². Ce découpage entre détermination des politiques et mise en application permet d'assurer l'intégrité de la souveraineté du pouvoir législatif en lui soumettant les *delegated legislations*. Cette hiérarchie entre les sources de droit écrit du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif est assurée par un ensemble de mécanismes de contrôle exercé par le Parlement et par les cours de *common law* sur les *delegated legislations*²⁸³.

93. Pour autant, tant l'efficacité de ces contrôles que la multiplication d'un certain nombre d'instruments brouillant la frontière entre détermination et application des politiques interrogent ladite hiérarchie et menacent le principe de souveraineté du Parlement entendu dans sa dimension de source au fondement du système juridique. En effet, le développement de lois à la formulation vague, autorisant une interprétation plus importante au gouvernement, ou encore la multiplication des « *skeleton bills* » ou le recours aux clauses Henry VIII fragilisent la place des *statutes*. Les « *skeleton bills* », en ne déterminant qu'un cadre vague à la politique déléguée au gouvernement, autorisent ce dernier non plus à se limiter à la détermination des conditions d'application de la politique publique déléguée, mais bien de définir le contenu même des politiques²⁸⁴. Selon un autre mécanisme, les clauses Henry VIII, incluses par le Parlement dans ses lois, autorisent quant à elles le gouvernement à modifier ou abroger directement et avec un contrôle minimal des deux chambres, la loi adoptée. Cette dernière catégorie cristallise d'ailleurs d'autant plus l'attention et l'inquiétude des commentateurs que l'introduction d'une clause Henry VIII dans la *EU(withdrawal) Bill* adoptée en 2018 et organisant la transposition dans le droit britannique du droit européen intégré depuis 1972, investit le gouvernement d'un pouvoir normatif important dans le contexte de la sortie de l'Union Européenne et interroge quant à la l'équilibre des pouvoirs²⁸⁵.

²⁸² House of Lords, Select Committee on the constitution, « The Legislative process: The delegation of Powers », 16th Report of session 2017-19, 20 novembre 2018, p.2, « *Delegated powers are a necessary part of the legislative process. When used appropriately, they allow Parliament to focus on the important policy framework decisions in primary legislation, and to leave the detail of implementation to secondary legislation* ».

²⁸³ P. Craig, *Administrative Law*, Croydon, 8th edition, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 974 p., p. 433.

²⁸⁴ House of Lords, Select Committee on the Constitution, *op. cit.*, pp. 17-20, M. Elliott, S. Tierney, « House of Lords Constitution Committee Reports on delegated Powers », *Public Law for everyone*, consulté le 5 janvier 2019 à : <https://publiclawforeveryone.com/2018/11/19/house-of-lords-constitution-committee-reports-on-delegated-powers/>.

²⁸⁵ S. Tierney, « The Legislative supremacy of Government », Uk Constitutional Law Association, consulté le 5 janvier 2019 à : <https://ukconstitutionallaw.org/2018/07/03/stephen-tierney-the-legislative-supremacy-of-government/>, House of Lords Constitution Committee, « European Union (Withdrawal) Bill: Interim Report », 7 septembre 2017, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldconst/19/19.pdf>, pp. 3-4. M. Elliott, S. Tierney, « House of Lords Constitution Committee issues interim report on EU (Withdrawal) Bill », <https://publiclawforeveryone.com/2017/09/07/house-of-lords-constitution-committee-issues-interim-report-oneu-withdrawal-bill/>.

94. Bien que théoriquement intégrées par le modèle orthodoxe dans une structure reposant sur le principe de souveraineté du Parlement, les *delegated legislations* et leurs déclinaisons les plus extrêmes viennent à remettre en cause la pertinence du système de normes proposé par la catégorie orthodoxe du droit public. Plus exactement, la polarisation de ce modèle autour des seuls pouvoirs législatif et judiciaire supporte mal l'épreuve d'un réel marqué par le renforcement de l'exécutif et des normes adoptées par ce dernier. Un pouvoir Exécutif apparaissant alors comme un impensé resté dans l'ombre d'une structure à deux piliers.
95. Cependant, cette première catégorie de normes écrites et intégrées par le modèle orthodoxe, bien que formellement désignée comme inférieure aux *statutes* n'est pas la seule à venir fragiliser la règle de reconnaissance faisant des lois du Parlement la source de la validité juridique du système normatif britannique. Pensé pour un État unitaire, le modèle orthodoxe doit aussi sécuriser et pérenniser la place des *statutes* dans une hiérarchie des normes redessinée par les délégations de pouvoirs du Parlement de Westminster vers les parlements des Nations. À la découverte de sources écrites que le modèle orthodoxe dans sa version la plus proche de *The Law of the Constitution* avait pu masquer, s'ajoute ainsi la création de nouveaux auteurs du droit écrit issus cette fois du processus de *Devolution*²⁸⁶.
96. **L'intégration de sources écrites externes, nouvelle remise en cause de la souveraineté du Parlement.** Si la multiplication purement interne des sources du droit écrit place d'ores et déjà la centralité des *statutes* et de la souveraineté du Parlement sous pression, l'intégration des droits européens apparaît comme le facteur principal de la remise en cause contemporaine de la règle de reconnaissance orthodoxe. L'adoption de *l'European Communities Act (ECA)* en 1972 puis du *Human Rights Act (HRA)* en 1998 participe de cette tension. En effet, l'*ECA* et le *HRA* bien qu'ils soient tous deux des lois adoptées par le Parlement incorporent dans le droit britannique des normes exogènes porteuses de mécanismes et logiques propres s'articulant difficilement avec le principe de souveraineté du Parlement. Cette articulation appelle des évolutions en droit positif que le discours orthodoxe sur le droit public britannique cherche à intégrer sans vider de tout sens la notion de souveraineté du Parlement. Le cas de l'intégration du droit des communautés européennes puis de l'Union européenne est ici central.

²⁸⁶ N. Walker, « Beyond the unitary conception of the United Kingdom Constitution? », *op.cit.*

97. En effet, sous le canal de l'ECA, les principes d'effet direct²⁸⁷ et de primauté du droit²⁸⁸ de l'Union se sont vu reconnaître une force juridique dans le système britannique apparaissant dès lors comme des concurrents directs à la règle reconnaissant le Parlement comme source première du droit interne. Cette opposition entre les principes tirés du droit de l'Union et ceux tirés du droit britannique ont amené les juges à devoir préciser la relation entre les deux sources et leurs rapports hiérarchiques. En 1991, l'arrêt *Factortame (No 2)*²⁸⁹ amène les juges à écarter le *Merchant Shipping Act* adopté en 1988 par le Parlement face à une directive européenne antérieure. Les juges ne précisent alors pas l'articulation entre les deux sources au-delà du caractère particulier de l'ECA en vertu duquel la directive européenne trouve à s'appliquer en droit interne britannique. En 2002, la Cour Administrative de la *Queen's Bench Division* prolonge et précise l'apport de la jurisprudence *Factortame (No2)* avec l'arrêt *Thoburn v. Sunderland City Council*²⁹⁰. Elle y redessine une des composantes du principe matériel de souveraineté du Parlement afin de permettre une meilleure cohabitation de ce dernier avec la primauté du droit de l'Union²⁹¹. Pour autant, ce n'est qu'avec l'arrêt *Miller* de la Cour Suprême d'Angleterre et du Pays de Galles (UKSC) que les deux sources ont réellement trouvé un mécanisme d'articulation²⁹².

98. Afin de déterminer quelle autorité est compétente pour enclencher le processus de l'article 50 du TFUE, permettant à un État Membre de l'Union de notifier à la Commission sa volonté de retrait de l'organisation régionale, les juges de la UKSC ont été amenés à se prononcer sur la nature même du droit de l'Union et sur son rapport avec le droit interne. L'opinion majoritaire détermine ainsi que le droit de l'Union, bien qu'ayant été intégré dans le système britannique par une loi du Parlement, doit être regardé comme une source indépendante de ce dernier²⁹³. Cependant, cette autonomie du droit de l'UE ne doit pas être comprise comme ayant réécrit la règle de reconnaissance au fondement du système juridique britannique²⁹⁴. Le Parlement demeure souverain et à la source du système normatif britannique. L'articulation entre les deux propositions soutenues par les huit juges en faveur de l'opinion majoritaire n'est pas exempte de critiques et semble contradictoire. Alors même

²⁸⁷ European Communities Act [1972], Article 2 (1) et (2).

²⁸⁸ *Idem*.

²⁸⁹ *R v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. (No. 2)* [1991] 1 A.C. 603.

²⁹⁰ *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) ; [2003] Q. B. 151 (DC).

²⁹¹ Pour les développements sur la doctrine de l'*implied repeal*, voir, *infra*, par. 201.

²⁹² Pourra être relevé une certaine ironie à ce que le juge trouve enfin une ligne claire dans la décision relative à l'enclenchement du processus du Brexit.

²⁹³ *Miller* [2017] UKSC 5, Pt. 61 et suivant, plus particulièrement, pt. 65

²⁹⁴ *Ibid.*, Pt. 60 « *For that reason, we would not accept that the so-called fundamental rule of recognition (ie the fundamental rule by reference to which all other rules are validated) underlying UK laws has been varied by the 1972 Act or would be varied by its repeal* ».

qu'est fait référence à Dicey et à la définition la plus stricte de la souveraineté du Parlement par des citations de *The Law of the Constitution*, la reconnaissance du droit de l'UE comme source autonome porte atteinte à ce même principe. Il semble difficile dès lors de soutenir que la règle de reconnaissance n'a pas été modifiée.

99. Cette tension entre les deux propositions sur les sources du droit public britannique n'a pas échappé ni aux juges opposés à la décision ni aux commentateurs académiques. Tout l'enjeu pour la stabilité du modèle orthodoxe étant de pouvoir préserver la hiérarchie des normes en faveur des *statutes* qui fonde son modèle. En ce sens, deux lectures de l'arrêt *Miller* se sont démarquées. Une première lecture passant par les structures du modèle orthodoxe et favorable à une défense d'un principe strict de la souveraineté du Parlement soutient une approche dualiste du rapport entre les deux sources. Selon cette lecture le droit de l'UE n'a d'effet obligatoire dans le système britannique que par vertu de l'*ECA* et donc de la volonté du Parlement. L'*ECA* joue le rôle d'une « pipeline » entre l'ordre juridique britannique et l'ordre juridique européen sans laquelle le droit de l'UE ne pourrait créer des droits et obligations dans le système britannique. Le Parlement en adoptant l'*ECA* a voulu la création de ces droits et obligations et en est regardé comme la source réelle. Cette lecture, défendue dans une opinion dissidente par Lord Reed, se nourrit et trouve écho dans les travaux du professeur John Finnis et les analyses du professeur Mark Elliott²⁹⁵. Il s'agit ici de sauvegarder l'intégrité de la règle de reconnaissance et la souveraineté du Parlement. Pour les commentateurs défendant cette lecture stricte des rapports entre sources du système britannique, le raisonnement de l'opinion majoritaire dans l'affaire *Miller* se révèle donc invalide. Cette conclusion est d'autant plus simple à défendre qu'en l'absence de précédents ultérieurs pour confirmer et enraciner l'argumentation de la *UKSC*, cette dernière apparaît comme marginale et conjoncturelle. Sans même discuter le raisonnement de la cour, certains auteurs ont pu objecter que l'arrêt *Miller* ne crée pas en lui-même un précédent et ne pouvait de fait être regardé comme ayant remodelé l'ordre constitutionnel britannique²⁹⁶. Si ces discours permettent de sauvegarder la structure de la modélisation orthodoxe et assurent la souveraineté du Parlement comme principe au fondement de l'ordre juridique britannique, ces

²⁹⁵ M. Elliott, « Brexit, Sovereignty and the contemporary British constitution: Four perspectives on Miller », *Public law for everyone*, consulté le 04 décembre 2018, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2016/12/16/brexit-sovereignty-and-the-contemporary-british-constitution-four-perspectives/> , M. Elliott, H. J. Hooper, « Critical reflections on the High Court's judgement in R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union », *Public Law for Everyone*, consulté le 03 décembre 2018, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2016/11/07/critical-reflections-on-the-highcourts-judgment-in-r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/> ,

²⁹⁶ T. Poole, « Devolution to Legalism », *The Modern Law Review*, Vol. 80, N. 4, 2017, pp. 685-745

lectures peinent cependant à saisir la spécificité du droit de l'UE et de son effet sur le droit britannique que cherche tout au contraire à expliciter les juges de l'opinion majoritaire.

100. En ce sens, la lecture actualisée du modèle orthodoxe proposée par le professeur Thomas Poole, semble permettre une meilleure prise en compte des évolutions du droit positif britannique. Il y est affirmé, et au contraire des positions préalablement évoquées, que l'arrêt *Miller* marque bel et bien un tournant majeur dans l'ordre constitutionnel britannique. Utilisant les structures du modèle orthodoxe et des modifications du droit positif produites par l'arrêt *Factortame* (N° 2), son analyse réussit à réconcilier les deux propositions de l'opinion majoritaire en distinguant entre deux Parlements. Il y aurait ainsi dans le système britannique un Parlement constituant et un Parlement législateur. Ce dernier serait celui impacté et limité par les normes européennes autonomes, mais le premier, le Parlement constituant, demeurerait lui libre d'intégrer ou de faire cesser les effets du droit européen. À travers cette construction, Thomas Poole préserve la règle de reconnaissance en réservant le principe de souveraineté au seul Parlement constituant et non au Parlement législateur ordinaire. Cette distinction si elle semble pouvoir trouver ses racines dans l'arrêt *Thoburn*, participe plus efficacement du renouveau et du renforcement d'un *legal constitutionalism* que la lecture dualiste orthodoxe. En effet, si elle accepte la spécificité du droit de l'Union, et se soumet à un principe de réalité que la fiction orthodoxe du Parlement souverain peine à satisfaire, la lecture proposée par Thomas Poole permet dans un même temps de sauver la souveraineté du Parlement comme fondement de l'ordre constitutionnel britannique et empêche en cela le modèle orthodoxe de voir sa clef de voûte s'effondrer ou être redéfinie en faveur d'une autre source. Car c'est bien là la troisième grande lecture qui peut être donnée à l'arrêt *Miller*. Certains auteurs et commentateurs ont conclu à la redéfinition de la règle de reconnaissance au fondement du système constitutionnel britannique. Cette conclusion n'est cependant pas nouvelle. Elle, s'inscrit dans un spectre plus large et plus ancien de la contestation de la souveraineté du Parlement. Car, en effet, si la contestation et l'affaiblissement de la place du Parlement comme source fondamentale du système britannique résultent à la fois de l'apparition et de l'intégration de nouvelles sources du droit écrit qui sont autant de concurrents au pouvoir du Parlement et menacent en cela tant la structure que la pérennité du modèle orthodoxe, cette contestation découle aussi de la revalorisation des sources non-écrites face aux sources écrites.

B. Les sources non-écrites du droit public britannique

101. Le développement des sources non-écrites du droit public britannique. Il peut paraître étrange de clôturer un paragraphe réservé à l'étude des sources écrites du droit public britannique en affirmant la revalorisation des sources non-écrites alors même que la multiplication des auteurs du droit public britannique, l'inflation législative²⁹⁷ et le recours accru aux *delegated legislations*²⁹⁸ laissent émerger le constat suivant : l'époque contemporaine est le temps du droit écrit. Le droit coutumier reculerait au profit de ce dernier²⁹⁹. L'observation est quantitativement justifiée et a pu faire émerger dans l'horizon du droit constitutionnel la question d'une possible codification de la constitution britannique. Pour autant, le légalisme³⁰⁰ qui en découle ne doit pas faire occulter le dynamisme du droit non écrit dans le champ du droit public. Ce légalisme est le produit du modèle diceyen et de sa cristallisation au cœur du modèle orthodoxe,³⁰¹ et ce, bien que *The law of the Constitution* reconnaisse une seconde source à l'architecture constitutionnelle : la *common law*³⁰². Pensée par le prisme des *case laws*, elle est décrite comme un correctif au modèle de démocratie unitaire proposée par Dicey et assure la protection des libertés individuelles.

102. Pour autant, Dicey n'a recours à aucune *case law* au soutien de sa construction théorique³⁰³. De fait, dans la structure même de l'argumentation diceyenne, le droit non écrit ne tient qu'une place très secondaire et les démonstrations postérieures s'attacheront avant tout à démontrer que le juge reconnaît et respecte le principe de souveraineté du Parlement³⁰⁴. Sous ce seul angle constitutionnel et sous l'éclairage du modèle orthodoxe, la *common law* apparaît comme une source largement secondaire. Le rejet d'un droit spécifique à l'action de l'État et la centralité d'un juge pensé comme seul juge de droit privé semblent ôter au droit non-écrit toute potentialité en tant que source du droit public. Au même titre que la structure de *The law of the Constitution* avait pu masquer aux juristes britanniques l'existence d'un droit écrit autre que les *statutes*, ces mêmes structures ont masqué l'existence d'un droit non-

²⁹⁷ N. Duxbury, *Elements of legislation*, *op. cit.*, pp. 3-68.

²⁹⁸ House of Lords, Select Committee on the constitution, « The Legislative process: The delegation of Powers », 16th Report of session 2017-19, 20 novembre 2018, p.2

²⁹⁹ A. Antoine, *op. cit.*, pp. 25-27

³⁰⁰ S. Lakin, « Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The controlling Factor of Legality in the British Constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28., N. 4, 2008, pp. 709-734, plus précisément pp. 728 et suivant

³⁰¹ S. Lakin, *op. cit.*, pp. 709-710

³⁰² Un regard sur les débats des scholars britanniques fait en effet émerger un thème resté silencieux dans les études comparatives française : celui du *common law constitutionalism*

³⁰³ P. Craig, « Dicey: unitary, self-correcting democracy and public law », *op. cit.*, p. 105

³⁰⁴ *Vauxhall Estates Ltd v. Liverpool Corporation* [1932] 1 KB 733, *Ellen Street Estates v. Minister of Health* [1934] 1 KB 590

écrit autre que privé. C'est à nouveau dans le décloisonnement du modèle, dans son élargissement au droit administratif qu'apparaissent les premières analyses de la *common law* comme source réelle de droit public. Cette dernière s'entend alors de l'ensemble des règles coutumières, des *royal prerogatives*³⁰⁵ – pouvoirs discrétionnaires appartenant à la Couronne – et des *case laws*³⁰⁶. Produit du juge, les *case laws* constituent le cœur de la *common law*, sa catégorie principale, qui s'est pleinement saisie de la matière publique par la reconnaissance et le développement de la procédure de *judicial review*.

103. Annoncé dans la seconde moitié des années quarante par la fin de l'immunité de la Couronne³⁰⁷, le *judicial review* est la procédure par laquelle le juge va contrôler les *delegated legislations* adoptées par le gouvernement afin de mettre en œuvre les politiques publiques déterminées par le Parlement. Encore marqué au cours des années cinquante par une importante retenue de la part des juges³⁰⁸, ce contrôle va pleinement se développer à partir des années soixante³⁰⁹ et sa procédure se préciser dans les réformes successives des années soixante-dix³¹⁰. Un changement de paradigme s'effectue au cours de cette période entre une vision de la *common law* comme un simple instrument de conciliation des intérêts privés et publics vers la construction d'une *common law* de droit public assurant le respect par l'administration de la nature et de l'étendue de ses fonctions publiques. La *common law* est alors pensée comme un cadre à l'action publique. Ce changement d'approche dans le droit positif est une réponse au développement de l'État administratif. Il s'accompagne dans le champ académique d'une découverte ou plutôt d'une relecture par les scholars du rôle des *prerogatives writs* de l'ancienne constitution³¹¹. Pensés jusqu'alors sous le seul prisme des *case laws* de droit privé, le développement d'une approche ou d'une éthique publique de la *common law* fondée sur des principes comme ceux de « *fairness* »³¹², « *reasonableness* »³¹³, ou « *natural justice* »³¹⁴ autorise une relecture de ces mécanismes en tant qu'instrument de

³⁰⁵ S. de Smith, R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, England, Penguin Books, 8th edition, 705 p., p. 23, « *Beneath this general rubric are subsumed rules widely different in character from one another. (...) (b) The royal prerogatives is the gradually diminishing residuum of customary authority, privilege and immunity, recognized at common law as belonging to the Crown, and the Crown alone* ».

³⁰⁶ *Ibid.*, « (c) *Judicial decisions are also a significant source of constitution* ».

³⁰⁷ *Crown Proceeding Act 1947*.

³⁰⁸ S. a. De Smith, Lord Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, Londres, Sweet and Maxwell, 5e edition, 1995, 1130 p., p. 6-7, plus précisément p. 6, « *In the 1950's judicial self-restraint appeared to have won a decisive victory over judicial activism (...)* ».

³⁰⁹ *Ibid.* p. 8-10.

³¹⁰ *Idem.*, *Rule of the Supreme Court (Amendment N°. 3) 1977*.

³¹¹ S. a. De Smith, « *The prerogative writs* », *The Cambridge Law Journal*, Vol. 11, N. 1, 1951, pp. 40-56.

³¹² *Russel v. Duke of Norfolk* [1949] 1 All E. R. 109.

³¹³ *Associated Provincial Pictures House Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

³¹⁴ *Bagg's Case* (1615) 11 Co. Rep. 93b, *Dawkins v Antrobus* (1881) 17 ch. D. 615, *Fisher v. Keane* (1878) 11 Ch. D. 353.

limitation et de contrôle du pouvoir royal. Il semble ainsi aujourd'hui acquis, ou du moins défendu par certains auteurs, que l'Angleterre dispose, dès le XVII^e siècle d'un système de droit administratif moderne et efficace³¹⁵ auquel certains juges font aujourd'hui expressément référence³¹⁶. Le développement des études historiques de droit administratif britannique, si elles sont rendues possibles par l'adaptation du modèle orthodoxe à la réalité du droit administratif, participent aussi d'un processus de légitimation historique permettant de réinclure les principes du *judicial review* dans le système de justification propre à la *common law*.

104. L'intégration des sources non-écrites du droit public dans le modèle orthodoxe. La reconnaissance et le développement de la *common law* comme source du droit public mettent cependant sous pression le modèle orthodoxe. Si ce dernier et contrairement au modèle de *The Law of the Constitution* accepte et intègre le droit administratif afin de satisfaire épistémologiquement à sa fonction première qui est de représenter et expliciter la réalité du droit public, la construction d'un *judicial review* moderne ne va pas sans menacer le principe fondamental du modèle : la souveraineté du Parlement. En effet, et dès lors que les *delegated legislations* procèdent de délégations de pouvoir venant du Parlement et contenus expressément dans les *statutes* (ou *primary legislations*), contrôler leur respect par l'Administration suppose de la part des juges de déterminer l'étendue de ces délégations de pouvoir en interprétant la volonté du Parlement exprimée dans les *statutes*³¹⁷. Est ici atteint un nœud gordien de l'architecture constitutionnelle britannique. En effet, vient se jouer, dans la mise en relation entre *statutes* et *common law*, la hiérarchie entre les deux sources. Afin de sauvegarder la souveraineté du Parlement et la supériorité des *statutes* sur la volonté du juge et les *case laws* et réduire la tension induite par le *judicial review* sur les structures du modèle, les auteurs souscrivant au paradigme orthodoxe construisent une nouvelle doctrine, la doctrine de *l'ultra vires*.

105. Selon la théorie de *l'ultra vires*³¹⁸, le contrôle de la légalité des actes de l'administration effectué par le *judicial review* résulte pleinement de la volonté et de la volonté seule du Parlement³¹⁹. Tant le contrôle de l'étendue et du respect des compétences déléguées à

³¹⁵ P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law – Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, The Hamlyn's Lecture, 2015, 830 p., pp. 26-65

³¹⁶ J. Laws, *The Common Law Constitution*, Oxford, OUP, 2020.

³¹⁷ P. Craig, «Ultra vires and the Foundations of Judicial Review», *op. cit.*

³¹⁸ Le terme vient du droit privé où il désigne une procédure de droit des sociétés. *Ashbury Railway Carriage and Iron Company Ltd v. Riche*, (1875) L.R. 7 H.L. 653

³¹⁹ S. A de Smith, Lord Woolf, J. Jowell, *op. cit.*, p. XX

l'administration expressément définies par *statutes* que le respect par la même administration des principes de procédure équitables et de décision raisonnable sont le fruit de la volonté du Parlement, ce dernier ne pouvant souhaiter qu'un pouvoir délégué à l'administration s'exerce contre les principes fondamentaux précités. Toute la difficulté de cette construction théorique, bien que reprise par les juges, résulte dans l'absence d'une définition claire et précise du contrôle exercé sous le *judicial review*. Les principes précités de procédure équitable ou d'une décision raisonnable ne sont pas inscrits dans les *statutes*, mais dégagés par les juges de *common law* au fil des *case laws*. La théorie d'*ultra vires* suppose ainsi que l'ensemble des principes utilisés par les juges dans la procédure de *judicial review* afin d'apprécier la légalité des actes administratifs se trouvent déjà en puissance dans la volonté du Parlement et ne sont finalement que rendus visibles par les juges de *common law*. Le pouvoir exercé par les juges est dès lors un pouvoir dérivé qui a pour origine le Parlement et est consenti par lui. La *common law* de droit public se trouve inféodée à la volonté tacite du Parlement qui lui autorise le contrôle de la *delegated legislation*, mais ne lui reconnaît en aucun cas la possibilité de contrôler la volonté expresse du Parlement telle que formulée dans les *statutes*. En ce sens, l'*ultra vires* permet d'aménager les rapports entre *statutes* et *common law* de manière à préserver la supériorité des premières sur la seconde. La doctrine de l'*ultra vires* s'intègre et alimente les discours du *legal constitutionalism* fondés sur le modèle d'une démocratie représentative réalisée dans la souveraineté du Parlement et la supériorité des *statutes*.

106. Le développement des sources non écrite du droit public, facteur de développement de discours concurrents au modèle orthodoxe. Bien que reconnue par les juges, la doctrine se trouve cependant critiquée et contestée. Plus précisément, c'est l'origine du pouvoir des juges qui se voit remis en question. Émerge en opposition un ensemble de théories généralement désignées sous le terme de *common law constitutionalism*³²⁰ qui entendent reconnaître la *common law* comme seul fondement du pouvoir de contrôle des juges lors du *judicial review*. Les justifications pour ce fondement sont diverses. Le pouvoir de la *common law* est tantôt justifié par la nature spécifique de cette catégorie de normes juridiques³²¹, tantôt par sa longévité historique qui lui donne une légitimité à laquelle ne peut prétendre le Parlement³²². Dans les deux cas, le modèle orthodoxe ne parviendrait ni à saisir ni à

³²⁰ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, pp.20-26T. Poole, «Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism», *OJLS*, Vol. 23, N. 3, 2003, pp. 435-454, « Questioning common law constitutionalism», *Legal Studies*, Vol. 25, n. 1, mars 2005, pp. 142-163.

³²¹ *Ibid.*, T. Poole, *op. cit.*, pp. 440-441.

³²² P. Craig, « Public Law, Political Theory and Legal Theory », *PL*, 2000, p. 231.

représenter la nature de la *common law* et l'enfermerait dans une structure ne traduisant pas sa réalité. Si certains auteurs limitent la critique de la doctrine de l'*ultra vires* à la défense d'une *common law* autonome dans le cadre du *judicial review*³²³, d'autres prolongent et étirent le raisonnement de l'autonomie de la *common law* jusqu'à la construction d'un modèle constitutionnel concurrent au modèle orthodoxe.

107. Ce modèle concurrent se fonde et justifie sa construction sur l'exception de la « *common law* »³²⁴. Cet exceptionnalisme réside pour Sir John Laws dans la nature même de la *common law*. Cette dernière est alors définie comme un ensemble de raisonnements moraux assurant une meilleure protection de l'autonomie des individus et de leur liberté que les décisions politiques prises sur la base de la représentation au sein du Parlement et traduite dans les *statutes*. Cette dernière, inscrite dans une théorie de la Justice et une approche de la constitution pensée comme la recherche du gouvernement assurant la garantie de l'autonomie des individus apparaît comme la source première du système juridique britannique, car la seule à assurer pleinement cette autonomie individuelle³²⁵. Pour le professeur Trevor R. S. Allan, l'exceptionnalisme de la *common law* réside avant tout dans sa méthode qui assure par la collaboration et la dialectique entre les argumentations des parties, le respect de principes de procédures justes et équitables au fondement d'une production morale de normes juridiques traduisant les valeurs communes de la société³²⁶.

108. La dimension morale attachée par ces auteurs à la *common law*, qu'elle se trouve dans son essence ou dans son mode de production, en fait un lieu de décision juridique et politique supérieure à une procédure législative qui ne recouperait que des intérêts partisans et ne permettrait pas d'identifier de valeurs communes. Elle autorise dès lors le juge à contrôler non seulement les actes de l'administration pris par *delegated legislations* mais aussi les lois adoptées par le Parlement lui-même³²⁷. Le principe au fondement du modèle orthodoxe est écarté. Mais la remise en cause du modèle ne s'arrête pas à la structure de ce dernier. En effet, la moralité de la *common law* comme norme juridique est par nature étrangère et impossible

³²³ Sans nécessaire remise en cause de la souveraineté du Parlement, voir P. Craig, « Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review » *CLJ*, Vol. 57, n. 1, Mars 1998, pp. 63-90, P. Craig, *Administrative Law*, Croydon, 8th edition, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 974 p., pp. 21-23.

³²⁴ T. Poole, *op. cit.*, p. 439.

³²⁵ T. Poole, *op. cit.*, pp. 440-442.

³²⁶ T. R.S. Allan, « The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism », *LQR*, n° 115, 199, p.239, « *The common law articulates the content of the common good, according to the society's shared values and traditions. The judges are its authoritative exponents because their role is to express the collective understanding, by interpretation of the precedents, as a basis for the impartial determination of particular disputes* ».

³²⁷ J. Laws, « Law and Democracy », *P. L.*, 1995, p.84, « *a higher-order of law to which even Parliament is subject* ».

à saisir pour un modèle de règles juridiques fondé sur le positivisme. Les modes classiques de légitimation observés par la *common law* de droit privé et intégrés par le positivisme passent en second plan. La légitimité de la *common law* n'est plus réductible au seul enracinement historique du précédent. Elle découle d'un jugement moral effectué par les juges entre les différentes valeurs reconnues au fondement de la société³²⁸. Cette dimension échappe au modèle orthodoxe. Y compris la notion de texture ouverte proposée par H. L. A. Hart³²⁹ pour rendre compte des spécificités de la *common law* ne parvient pas, pour les auteurs relevant d'un *strong common law constitutionalism*, à rendre compte et intégrer les spécificités de la *common law* dans un modèle positiviste comme le modèle orthodoxe³³⁰. La police du discours permettant au modèle orthodoxe de refermer sa catégorie droit public en en définissant le champ des objets à intégrer dans le modèle se voit écartée. Le modèle qui lui est substitué semble dans sa vision la plus structurée brouiller les distinctions entre droit, moral et politique alors même qu'en droit positif la *common law* de droit public semble s'autonomiser des raisonnements appliqués à la *common law* de droit privé³³¹.

109. Plus précisément, dans le champ du droit positif, le développement du *common law constitutionalism* semble trouver un écho et un argument dans la reconnaissance et le développement par les juges d'une nouvelle catégorie de principes : les *constitutional rights*. Définies comme l'ensemble des valeurs fondamentales reconnues par le juge pour assurer l'encadrement des pouvoirs du gouvernement tels qu'exercés dans le cadre des *delegated legislations*, les *constitutional rights* trouveraient leurs racines dans l'arrêt *Re Boealer* de 1915. Leur conceptualisation et leur intégration dans la langue du droit public britannique sont quant à elles bien plus récentes et à chercher dans une série de quatre arrêts rendus par la UKSC et la *Court of Appeal* entre 2012³³² et 2014³³³. La nature des *constitutional rights* n'est cependant pas explicitée par le juge qui semble ainsi éviter d'entrer dans le débat opposant les partisans du *common law constitutionalism* aux partisans du *legal constitutionalism*. Pour ces premiers, les *constitutional rights* composent la substance de cette *common law* de droit public qu'ils placent au fondement de l'ordre constitutionnel britannique. Pour les seconds, les *constitutional rights* découlent de la volonté tacite du Parlement et ne sont donc pas des

³²⁸ T. Poole, *op. cit.*, p. 445.

³²⁹ H. L. A. Hart, *op. cit.*, pp. 124-136.

³³⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury Revelations, Bloomsbury, 1997, pp. 38-48, voir pour une application à la constitution britannique: T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 294 p.

³³¹ Voir, *infra*, par. 793.

³³² *R (on the application of Guardian News and Media Ltd) v. City of Westminster Magistrates' Court* [2012]. EWCA Civ 420, *R. (on the application of Osborn)* [2013] UKSC 61.

³³³ *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20 ; *A v. British Broadcasting Corp* [2014] UKSC 25.

créatures de la *common law*. Leur fondement juridique n'est guère plus précisé par les juges qui bien que se référant à l'ancienne constitution, n'inscrivent pas le recours aux *constitutional rights* dans un système classique de précédents. La grande diversité factuelle des *case laws* ayant retenu l'application des *constitutional rights*, le peu de fondements historiques écarte cette catégorie de principes de la logique traditionnelle de justification de la *common law*. La validation de ces principes passe par le recours à l'argument de droit comparé issu des autres systèmes de *common law* et par l'arbitrage entre les valeurs fondamentales en présence dans chaque espèce. Ce mode de justification semble rejoindre la méthode de décision morale décrite par les auteurs du *common law constitutionalism* et participe à nouveau des pressions exercées sur le modèle orthodoxe et le discours du *legal constitutionalism* qui en emprunte les structures.

110. Si le développement et la reconnaissance d'une *common law* de droit public participe à la remise en cause du principe formel de souveraineté du Parlement et la hiérarchie des normes qui en découle, les tensions exercées sur le modèle orthodoxe ne ressortent pas uniquement de cette modification de la *common law* et de ses approches, mais aussi de sa mise en relation avec les normes de droit écrit.

§2. Les dynamiques entre les sources de pleine normativité juridique

111. La structure proposée par le modèle orthodoxe pour organiser les normes de pleine normativité juridique du droit public britannique est soumise à de nombreuses pressions. La multiplication des sources de droit écrit diminue la centralité des *statutes* au sein même de cette catégorie. La hiérarchie entre droit écrit et droit non écrit se voit remise en question par la revalorisation dans le droit positif de la *common law* et par l'émergence de discours concurrents au *legal constitutionalism* qui avait jusqu'alors fait sien les principes du modèle orthodoxe. Mais cette tension structurelle ne s'exprime pas uniquement dans la redéfinition des sources du droit public britannique. Elle comporte aussi une dimension dynamique qui vient renforcer le stress exercé sur le principe formel de souveraineté du Parlement.

112. En effet, la hiérarchie des normes du droit public britannique ne s'exprime pas seulement dans l'architecture de ses sources, mais aussi dans les rapports instaurés et entretenus entre elles. Dans le cadre de ces rencontres entre normes écrites et non écrites, l'interprétation des lois par le juge de *common law* tient une place centrale. Les règles « modernes » d'interprétation bien que soumises à certaines évolutions se sont inscrites dans

le discours orthodoxe et ont assuré la préservation d'une hiérarchie des normes en faveur des *statutes* (A.), mais sous les évolutions de ces mêmes règles d'interprétation suite à l'intégration européenne, la place des *statutes* se voit redéfinie. Les juges ont ainsi été autorisés à pratiquer de nouveaux contrôles sur les *statutes*, et derrière eux sur la volonté du Parlement. Ces contrôles semblent difficilement absorbés le modèle orthodoxe. Or, se joue à nouveau ici la sauvegarde du principe formel de souveraineté du Parlement. Dès lors, la redéfinition des dynamiques entre droit écrit et droit non écrit participe à son tour de la remise en cause du principe formel de souveraineté du Parlement (B.).

A. La méthode moderne d'interprétation des lois

113. Les insuffisances de la règle d'interprétation littérale. Le recours à l'interprétation des *statutes* par le juge est lié au développement et à l'augmentation des recours de *judicial review*. Pour contrôler l'action du gouvernement, le juge doit en effet faire sens des délégations de pouvoir effectué par le Parlement vers la Couronne. Or, le légalisme au cœur du modèle orthodoxe suppose que les règles produites par le Parlement et tel qu'exprimé dans les mots des *statutes* soient respectées. Ce respect conditionne la supériorité hiérarchique des *statutes* sur les normes de droit non écrit. Si la structure du modèle diceyen, puis du modèle orthodoxe est d'abord une construction doctrinale, sa reprise et sa traduction dans le droit positif a amené à la construction d'une méthode d'interprétation stricte visant au respect par le juge des mots des *statutes*, et ce afin de respecter la hiérarchie des normes proposées par le modèle.

114. Désignée sous l'expression « *literal rule* »³³⁴ cette méthode suppose pour les juges d'« établir ce que les mots du texte de loi signifient et non ce que le législateur pensait que ces mots signifiaient »³³⁵. L'intention du Parlement n'est pas recherchée en tant que telle. Seule est retenue la signification commune des termes utilisés pour constituer formellement la règle de droit³³⁶, car et selon les mots de Lord Reid, « [l]e Parlement dans notre Constitution n'est

³³⁴ N. MacCormick, *op. cit.*, p. 204, autres expressions employées: « plain meaning », voir aussi D. Feldman, « Statutory interpretation and Constitutional Legislation », *Law Quarterly Review*, N. 130, Juillet 2014, p. 473-490, p. 480, « there are different approaches to interpreting statutes. They include "literal (or ordinary, or natural) meaning", "true meaning", (...) ».

³³⁵ N. Duxbury, *Elements of Legislation*, *op. cit.*, p. 129, « We know that statutory interpretation, certainly in English law, has traditionally been understood to be an exercise in establishing what statutory language means rather than what ».

³³⁶ *David v. Johnson* [1979] A. C. 316, Lord Justice Cumming-Brice, « An Act means what the words and phrases selected by the parliamentary draftsmen actually mean, and not what individual members of the two houses of Parliament think they mean ».

souverain qu'au regard de ce qu'il exprime dans les mots qu'il utilise pour les lois qu'il adopte »³³⁷.

115. Cependant, cette méthode d'interprétation des *statutes* n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés. La première tient à l'opération d'interprétation en elle-même, la seconde aux qualités du texte à interpréter. En effet, telle que formulée par les juges et par les *scholars*, la « *literal rule* » d'interprétation présuppose l'existence d'un sens commun, conventionnel, des termes utilisés par le législateur et qu'il reviendrait au juge de rechercher. Cette recherche n'implique cependant pas une définition universelle ou générale des termes de la loi, elle se fait toujours de manière contextuelle. Il s'agit pour le juge de dégager non pas le sens des mots de la règle de droit *in abstracto*, mais le sens qu'une personne raisonnable dégagerait pour ces mots dans le contexte d'un cas particulier³³⁸.

116. Or, y compris dans le cas de l'application à un cas particulier, l'existence d'un sens commun à toute personne raisonnable est remise en cause tant par le développement des théories de la connaissance du langage que par certaines écoles critiques du droit qui s'en inspirent³³⁹. Ainsi, le sens « normal » ou « évident » d'un mot varie selon l'appartenance de l'interprète à un groupe social déterminé et implique la reproduction des valeurs de ce groupe social. Dans le cas de l'interprétation des lois, la reconnaissance d'un sens particulier au mot interprété est le fruit du groupe social relativement homogène que forment les juges et qui contrairement aux membres du Parlement ne représentent pas l'ensemble du peuple britannique³⁴⁰ ni ne dispose, de prime abord, d'un mécanisme délibératif permettant de confronter plusieurs interprétations³⁴¹.

³³⁷ *Idem.*, pt. 638, Lord Diplock, « *Parliament under our constitution, is sovereign only in respect of what it expresses by the words used in the legislation it has passed* ».

³³⁸ N. Duxbury, *Elements of Legislation*, op. cit., p. 140 et suiv., B. H. Brian, *Jurisprudence: theory and context*, Londres, Sweet and Maxwell, 7e éd., 2015, p. 11; R. Dworkin, *Law's Empire*, op. cit., p. 325.

³³⁹ B. H. Bix, *Jurisprudence, theory and context*, op. cit., p. 166.

³⁴⁰ *Idem.*, J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Londres, Fontana, 4^e éd., 1991, p.19. « *When people like the members of the judiciary, broadly homogeneous in character, are faced with (...) political situations, they act in broadly similar ways (...) Behind these actions lies a unifying attitude of mind, a political position, which is primarily concerned to protect and conserve certain values and institutions* ».

³⁴¹ J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Londres, Fontana, 3^eme éd., 1985, p.199. « *They see governments come like water and go with the wind. They owe no loyalty to ministers, not even the temporary loyalty which civil servants owe. Judges are also lions under the throne but that seat is occupied in their eyes not by the Prime Minister but by the law and their conception of the public interest. It is to that law and to that conception that they owe allegiance. In that lies their strength and their weakness, their value and their threat* », pour une critique récente du manque de diversité au sein du pouvoir judiciaire voir l'interview de Rt Hon Baroness Hale, O. Bowcott, "White and male UK judiciary 'from another planet', says Lady Hale", *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/law/2019/jan/01/lady-hale-supreme-court-president-judges-diversity>.

Pour des développements sur la common law comme mécanisme délibératif dans le temps, voir : H. Bix, *Jurisprudence : Theory and context*, op. cit.

117. À cette première difficulté liée à la nature même de l'interprétation telle que proposée par la « *literal rule* », s'en ajoute une seconde : que faire du « sens commun » d'un mot si lorsqu'interprété conformément aux principes présentés plus tôt, il amène dans un cas particulier à une situation absurde, contraire à la raison ? Un palliatif a été construit à travers la « *golden rule* » qui offre au juge la possibilité d'interpréter le mot en recherchant un deuxième ou troisième sens dans « le réservoir de significations » que peut porter le terme en question. Il s'agit pour le juge d'éviter une situation que le Parlement n'aurait pu raisonnablement souhaiter. Le rôle du juge est ici central et en fait un interprète pleinement actif³⁴². Mais, au-delà même du pouvoir d'interprétation reconnu au juge pour écarter l'application absurde d'un terme pouvant se voir reconnaître un autre sens, le juge de *common law* peut aussi utiliser son pouvoir d'interprétation pour venir corriger une erreur présente dans le texte même de loi³⁴³. Cette exception représente une atteinte importante au principe de fidélité au texte législatif, mais s'effectue, comme le recours à la « *golden rule* », dans le respect de l'intention du législateur³⁴⁴. Il s'agit de poser une frontière claire entre législation et interprétation, entre le pouvoir du Parlement et le pouvoir des juges de *common law*³⁴⁵.

118. Le développement de l'interprétation volontariste des lois. La règle d'interprétation littérale est cependant en perte de vitesse face au développement du recours à la volonté du législateur. Présenté comme un changement de paradigme pour l'approche moderne de l'interprétation et consolidé en droit positif par l'arrêt *Pepper v. Hart* rendu en 1993 par l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords³⁴⁶ autorisant les juges à rechercher la volonté du législateur dans le *Hansard*³⁴⁷, le recours à l'intention du législateur n'est pourtant pas pleinement étranger aux méthodes d'interprétation des lois utilisées par le juge de *common*

³⁴² D. Feldman, « Statutory interpretation and Constitutional Legislation », *op. cit.*, p. 7 « *unlike the true (or natural) meaning, legislative intention and mischief approaches, it explicitly places responsibility on the interpreter to place limits on the acceptable outcomes of applying the legislation to particular sets of facts. It is not self-evident when a result is absurd. Interpreters must make a judgement in the light of their expectations of the legal system (including an interpretative presumption that legislation is not passed to achieve absurd and arbitrary results) and underpinning constitutional principles, bearing in mind the mischief at which the legislation is aimed, but ultimately relying on interpreters to decide when, exceptionally, an outcome is so odd or arbitrary as to be unacceptable in a society governed by the rule of law* ».

³⁴³ *Sutherland Publishing Co. Ltd. V. Caxton Publishing Co. Ltd* [1938] CA 201, *R v. Oakes* [1959] 2 QB 350

³⁴⁴ N. Duxbury, *Elements of Legislation*, *op. cit.*, p. 167

³⁴⁵ Distinction désignée sous le terme « the 'oil and water' approach », J. Beatson, « The role of statute in the development of common law doctrine », *Law Quarterly Review*, Vol. 117, Avril 2001, pp. 247-272, p.247 « *There are a number of reasons for this, all ultimately based on viewing statute and case law as two bodies of law flowing next to but save in one respect separately from each other in distinct streams: a relationship I have previously described as similar to that between oil and water* ».

³⁴⁶ *Pepper v Hart* [1993] AC 593.

³⁴⁷ Re transcription des débats parlementaires.

*law*³⁴⁸. Elle apparaît au contraire comme un marqueur de l'ancienne constitution³⁴⁹, où, se trouvaient confondues fonctions législatives et fonctions judiciaires³⁵⁰. Présenté par Blackstone dans ses *Commentaries*³⁵¹, le recours à l'intention du législateur est au centre de la règle d'interprétation désignée par l'expression « *mischief rule* »³⁵², venant pallier et compléter aux côtés de la « *golden rule* » les défaillances de la règle d'interprétation littérale et la recherche du sens littéral des mots utilisés dans les *statutes*³⁵³.

119. Ainsi, et si le recours à l'intention du législateur est ancré dans l'histoire de la *common law*, l'apport de l'arrêt *Hart v. Pepper* n'est pas tant dans la redécouverte de cette méthode que dans un changement de paradigme au profit de cette dernière. Le développement des *statutes*, l'enracinement dans les représentations du droit public britannique du principe de souveraineté parlementaire ont conduit à faire de la « *mischief rule* » ou de toute recherche de la volonté parlementaire, un élément secondaire de la méthode d'interprétation, une règle venant après celle d'interprétation littérale. Le champ d'application de la « *mischief rule* » s'en trouvait dès lors limité. En autorisant le recours au *Hansard* en matière d'interprétation, les juges de la *House of Lords* sont venus substituer à la « *literal rule* » la recherche de l'intention du législateur. Ce faisant c'est la relation entre le Parlement et les juges qui est redessinée. En libérant les juges de la fidélité au texte pour lui préférer une approche fondée sur l'intention, ces derniers se sont reconnus un pouvoir d'interprétation plus large leur permettant en fonction de l'intention identifiée d'élargir ou au contraire de resserrer la portée des mots utilisés par le Parlement.

120. La difficile identification de la « volonté du Parlement ». Si la règle d'interprétation littérale limitait en théorie le pouvoir créateur du juge, la reconnaissance de la recherche de l'intention du législateur semble au contraire élargir ce pouvoir. Selon Lord Diplock, cette recherche effectuée par le juge offre à ce dernier un véritable pouvoir normatif lui permettant

³⁴⁸ N. Duxbury, *Element of Legislation, op. cit.*, pp. 170 - 197

³⁴⁹ *Idem.* p. 181, *Eyston v. Studd* (1573) 2 Plowd. 459, 465, « *The law may be ressembled to a nut, which has a shell and a kernel within, the letter of the law represents the shell, and the sense of it the kernel (...) [Y]ou will be no better for the nut if you make use only of the shell (...) as the fruit and profit of the nut lies in the kernel (...) in the sens more than in the letter. And it often happens that when you know the letter, you know not the sense, for sometimes the sense is more confined and contracted than the letter, and sometimes it is more large and extensive* ».

³⁵⁰ *Idem.* p. 170 et suivantes.

³⁵¹ *Idem.*, p. 175, W. Blackstone, *op. cit.*, p. 87, « *the most universal and effectual way of discovering the true meaning of law, when the words are dubious, is by considering the reason and spirit of it; or the cause which moved the legislator to enact it* ».

³⁵² *Lee v. Brown* (1617) Pop. 128, *Fawkeners v. Bellingham* (1624) Cro. Car. 80.

³⁵³ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, OUP, Clarendon Law Series, 1978, pp. 204-212.

dès lors par un processus d'explication des mots du Parlement de créer du droit³⁵⁴. Lorsqu'est atteinte cette conclusion, la structure orthodoxe est de nouveau mise à mal. Au mieux, la production de normes juridiques par les *statutes* devient un processus collaboratif entre le Parlement et les cours de *common law*, au pire, le Parlement se voit totalement dépossédé de son pouvoir normatif au profit du juge. Pour autant, en recentrant son analyse sur la notion de « volonté du législateur » et d'un juge qui agirait comme un « agent loyal », le discours du *legal constitutionalism*, tente de maintenir le modèle orthodoxe et avec elle la souveraineté formelle du Parlement.

121. Il s'agit alors d'identifier « un Législateur »³⁵⁵ ou une volonté commune à l'ensemble des parlementaires qui saurait se faire volonté du Parlement lorsque ce dernier adopte une disposition législative. En ce sens, les défenseurs du « *legislative intent* », comme Richard Ekins³⁵⁶ ou Neil Duxbury³⁵⁷, proposent de reconnaître comme élément de définition d'une volonté législative le principe général reconnu aux parlementaires de « changer le droit de la manière complexe et raisonnée dégagée dans le contexte de l'action législative »³⁵⁸. Mais une telle approche ne semble que difficilement permettre, dans le cadre d'un litige impliquant un texte législatif particulier, de renseigner le juge sur l'interprétation à donner dudit texte³⁵⁹. D'autant plus qu'apparaît une difficulté terminologique dans le vocabulaire utilisé par les juges dans *Pepper v. Hart*. En effet, l'utilisation dans l'opinion rédigée par Lord Griffiths, des expressions « volonté du législateur » (« *intention of the legislature* ») et « objectif de la loi » (« *purpose of legislation* ») comme étant substituables l'un à l'autre et synonymes³⁶⁰, a soulevé

³⁵⁴ Kenneth Diplock, « The Courts as Legislators »; The Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1965, ressource en ligne, consultée le 07/09/2018, disponible à, <http://www.kessler.co.uk/wp-content/uploads/2012/05/CourtsAsLegislators.pdf>, p. 6, « *Whoever has final authority to explain what Parliament meant by the words it used makes law as much as if the explanation it has given were contained in a new Act of Parliament* ».

³⁵⁵ R. Ekins, *The Nature of Legislative intent*, Oxford, OUP, 2012., p. 3, « *But all this is under challenge. Many judges, 'conservatives' and 'progressives' alike, and many scholars now doubt or flatly deny that the institution itself has intentions, reasoning that the modern legislature is typically an assembly of legislators rather than one legislator* ».

³⁵⁶ *Idem*.

³⁵⁷ N. Duxbury, *Elements of Legislation*, *op. cit.*, pp. 92-119.

³⁵⁸ R. Ekins, *The Nature of Legislative intent*, *op. cit.*, p. 242, « *is to change the law in the complex, reasoned way set out in the open proposal for legislative action* ».

³⁵⁹ D. Feldman, « Statutory interpretation and Constitutional Legislation », *op. cit.*, p.478

³⁶⁰ Lord Griffiths, *Pepper v. Hart*, *op. cit.* « *I have long thought that the time had come to change the self-imposed judicial rule that forbade any reference to the legislative history of an enactment as an aid to its interpretation. The ever increasing volume of legislation must inevitably result in ambiguities of statutory language which are not perceived at the time the legislation is enacted. The object of the court in interpreting legislation is to give effect so far as the language permits to the intention of the legislature. If the language proves to be ambiguous I can see no sound reason not to consult Hansard to see if there is a clear statement of the meaning that the words were intended to carry. The days have long passed when the courts adopted a strict constructionist view of interpretation which required them to adopt the literal meaning of the language. The courts now adopt a purposive*

un important débat au sein de la doctrine quant aux limites nouvelles et réelles du pouvoir d'interprétation reconnu au juge et a été contestée, tant au sein de la Chambre des Lords³⁶¹ que par un certain nombre de scholars³⁶². Pour ces commentateurs, « volonté du législateur » et « objectif de la loi » recouperaient deux réalités différentes non réductibles l'une à l'autre. Plus encore, là où le concept d'« objectif de la loi » se voit peu contesté, celui de la « volonté du législateur » oppose positivistes et juristes sceptiques³⁶³. Ces derniers ne reconnaissent pas l'existence d'une volonté propre au Parlement en tant qu'agent. À la suite de Ronald Dworkin³⁶⁴ et Jeremy Waldron³⁶⁵, des auteurs comme Trevor Allan³⁶⁶, David Feldman³⁶⁷ ou encore Lord Steyn³⁶⁸, insistent sur le pluralisme existant au sein du Parlement et la pluralité des volontés s'y rencontrant.

122. Au regard de ces difficultés, certains auteurs ont proposé non pas de se référer à la volonté du Parlement, mais à l'objectif assigné à la loi. Il semble en effet plus simple pour le juge de déterminer ce dernier au regard des rapports parlementaires. Néanmoins, une approche réaliste de ce concept peut ramener aux mêmes conclusions que celles déjà dressées à la règle d'interprétation littérale : l'interprétation ne conduirait-elle pas à la substitution des objectifs assignés par le juge à la loi à ceux assignés par les parlementaires ?³⁶⁹ Le risque semble limité dès lors que le juge demeure tenu de se comporter comme un « agent loyal »³⁷⁰ vis-à-vis du Parlement³⁷¹, et ce afin de respecter la légitimité démocratique de ce dernier³⁷². Le principe

approach which seeks to give effect to the true purpose of legislation and are prepared to look at much extraneous material that bears upon the background against which the legislation was enacted ».

³⁶¹ Johan Steyn, « Pepper v. Hart: a Re-examination », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 21, No 1, 2001, pp. 59-72.

³⁶² D. Feldman, « Statutory interpretation and Constitutional Legislation », *op. cit.*

³⁶³ R. Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, *op. cit.*, pp. 9-10.

³⁶⁴ R. Ekins, « The Nature of Legislative Intent: An Introduction », *University of Oxford Legal Research Papers Series*, N. 64/2012, Novembre 2012, p. 9 « *I focus on the most sophisticated philosophical sceptics, Ronald Dworkin and Jeremy Waldron, whose arguments are similar, to some extent mutually reinforcing, and yet subtly different ».*

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*

³⁶⁷ D. Feldman, « Statutory interpretation and Constitutional Legislation », *op. cit.*

³⁶⁸ J Steyn, « Pepper v Hart; A Re-examination », *op. cit.*

³⁶⁹ D. Feldman, « Statutory interpretation and Constitutional Legislation », *op. cit.*, p. 480, « *As Professor Sir John Baker has shown, laws operate primarily in the interpretative community of the legal profession and judiciary. The range of acceptable meanings is shaped by the "common learning" of that community: the largely orally transmitted tradition; values; and system of education. These operate socially, depending more on shared, often unarticulated assumptions than on statutes and case-law ».*

³⁷⁰ H. B. Bix, *Jurisprudence: theory and context*, *op. cit.*, p. 167

³⁷¹ D. Feldman, « Statutory interpretation and Constitutional Legislation », *op. cit.*, p. 481, « *their conduct is legitimate only if they remain the legislator's "faithful agents" by justifying their conclusion by reference to the assumed intention of the legislator. Without that, he says, judges would effectively enjoy supremacy over statute law ».*

³⁷² T. R. S. Allan, *Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 81, « *I have argued that fairness requires the loyal application of the decisions of a democratic (and thus egalitarian) legislative procedure. Those decisions are enshrined in statutes, duly enacted. Now statutes must be interpreted,*

permet de donner une lecture orthodoxe au principe dégagé par la jurisprudence *Pepper v. Hart*.

123. Néanmoins, il a aussi été reconnu que les juges doivent lors de leur interprétation, réintégrer la loi dans son contexte normatif de manière à l'interpréter en cohérence avec le reste du système juridique³⁷³. Cette lecture contextuelle a été saisie et utilisée par les partisans du *common law constitutionalism* comme un argument en faveur de la supériorité de la *common law* sur les *statutes*. En effet, pour le professeur T. R. S. Allan, l'exigence d'interprétation de la loi dans son contexte normatif implique que cette dernière soit lue en conformité avec les principes de *common law*. Ces derniers, non contraints ni contenus par un quelconque formalisme s'imposent aux *statutes*, dans un « mouvement à sens unique »³⁷⁴ où les interactions entre les deux sources ne peuvent qu'aller de la *common law* vers les *statutes*. Le droit non-écrit aurait dès lors la capacité de rouvrir les règles de droit écrit pour venir les compléter, voir en remplacer le texte³⁷⁵.

124. La contextualisation des *statutes* implique une antériorité des principes de *common law* sur les règles de droit écrit. Une antériorité qui amène certains discours les plus stricts du *common law constitutionalism* à conclure à une supériorité de la *common law* sur les *statutes*. La redéfinition de la nature de la *common law* par le *common law constitutionalism* se réalise alors grâce aux évolutions des règles d'interprétation et permet à ces auteurs de retenir les juges de *common law* comme une source de droit supérieure au Parlement. Dès lors, la structure orthodoxe de la catégorie droit public britannique n'a plus lieu d'être.

125. Cette lecture reste cependant minoritaire. L'approche majoritaire des rapports entre *statutes* et *common law* recherche par la conceptualisation des méthodes d'interprétation une conciliation entre droit écrit et non écrit en faveur des *statutes*. Il s'agit de préserver l'intégrité d'un système construit et pensé autour de la souveraineté du Parlement, mais les lectures qui en sont données peinent à faire pleinement sens des évolutions des méthodes d'interprétation. Cette difficulté est d'autant plus saillante lorsque s'y ajoute l'émergence de nouvelles méthodes d'interprétation, produits du *HRA* et de l'intégration du droit de l'Union Européenne

and fairness undoubtedly demands an interpretation which respects the general point or purpose of a statute, so far that can be ascertained ».

³⁷³ *A-G v. Prince Ernest Augustus of Hanover* [1957] AC 436, 461, Viscount Simonds, « including not only other enacting provisions of the same statute, but its preamble, the existing state of the law, other statutes in *pari materiae*, and the mischief which (...) the statute was intended to remedy », cite par, T. R.S. Allan, *op. cit.*, p. 81-82.

³⁷⁴ J. Beatson, *op. cit.*, p. 247, « one way traffic (...) common law principles infuse statutory regimes except where absolutely blocked out by the words of the statute or necessarily inconsistent with them, statutes should not affect the common law ».

³⁷⁵ N. Duxbury, *Elements of Legislation*, *op. cit.*, p.128-129.

qui n'hésitent pas à affirmer et renforcer le pouvoir de contrôle des juges sur le droit écrit.

B. Les méthodes d'interprétation européanisées

126. L'interprétation des lois dans le contexte du droit de l'Union européenne.

L'intégration du Royaume-Uni dans les deux systèmes européens n'est pas sans effet sur les méthodes d'interprétation. Tant le droit de l'Union européenne que celui du système EDH ont modifié les méthodes utilisées par le juge pour se saisir des *statutes* afin de satisfaire aux exigences des deux systèmes supranationaux. Plus encore, ils ont explicitement modifié dans le droit positif le rapport entre juge et Parlement en autorisant le premier non plus à n'interpréter les lois du Parlement que pour exercer un contrôle de légalité des actes de la Couronne, mais à interpréter les *statutes* afin d'exercer sur ces derniers un contrôle de conventionalité des lois. Ce faisant, c'est la hiérarchie même entre Parlement et juge qui apparaît comme ayant été réécrite. Face à ces évolutions, le modèle orthodoxe doit renouveler ses principes afin de permettre l'intégration des du contrôle de conventionnalité du juge sur les *statutes* tout en préservant le présupposé qui assure la stabilité de son modèle, alors même que l'ouverture de ce contrôle participe à nourrir l'argumentation du *common law constitutionalism*. Ainsi, aux pressions exercées sur les structures de la catégorie orthodoxe par l'ajout de nouvelles sources, l'intégration européenne participe aussi à la redéfinition des dynamiques exercées entre les sources de droit écrit et entre le droit écrit et le droit non écrit.

127. En effet, l'*ECA* adopté par le Parlement en 1972 est la première loi à créer une interaction entre le droit britannique et un droit régional qui va venir redéfinir les méthodes d'interprétation adoptée par le juge. En créant, un pont entre le droit européen et le droit national, l'article 2 (1) de l'*ECA*³⁷⁶ rend applicable en droit britannique les dispositions de l'article 189 du Traité instituant la Communauté européenne qui selon ses alinéas 2 et 3 prévoit les modes d'application et les effets en droit interne des règlements et directives européennes³⁷⁷.

³⁷⁶ European Communities 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 [F1 "enforceable EU right"] and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies* ».

³⁷⁷ TCE, art. 189, « *Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. - La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre (...)* ».

128. En application de cet article et de la jurisprudence de la Cour de Justice³⁷⁸, le juge de *common law* se voit imposer une nouvelle règle en matière d'interprétation : dès lors que sont en conflit une norme européenne ayant effet direct et une *statute law*, les juges doivent interpréter cette dernière de manière à la rendre compatible avec les obligations européennes³⁷⁹. Lorsqu'une telle interprétation n'est pas possible, ils doivent alors écarter la norme nationale au profit de celle d'origine communautaire³⁸⁰. Si la règle semble claire pour les dispositions des Traités et les règlements européens, une difficulté demeure quant à l'application d'une telle règle d'interprétation aux directives européennes. Ainsi, et malgré l'arrêt *Marleasing SA v. Le Comercial Internacional de Alimentacion SA*³⁸¹ de 1993, les juges britanniques n'ont pas retenu l'obligation d'interpréter les lois nationales conformément aux directives européennes³⁸². La position a été renouvelée la même année dans l'arrêt *Webb v. Emo Air Cargo (UK) Ltd*³⁸³ et en 2001 dans l'affaire *White v. White*³⁸⁴. Le droit de l'Union amène ainsi le juge britannique, hors directive européenne, à effectuer un véritable contrôle de conventionnalité des lois qui amène une nécessaire disjonction entre un modèle orthodoxe

³⁷⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*.

³⁷⁹ N. Duxbury, *op. cit.*, pp. 231-232.

³⁸⁰ *R v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd (No. 2)* [1991] 1 AC 603.

³⁸¹ (C-106/89) 1993 BCC 421, § 8, « qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité »

³⁸², *Duke v. GEC Reliance Ltd* [1988] AC 618 (HL), « *Where an Act is passed for the purpose of giving effect to an obligation imposed by a Directive or other instrument a British court will seldom encounter difficulty in concluding that the language of the Act is effective for the intended purpose. But the construction of a British Act of Parliament is a matter of judgment to be determined by British courts and to be derived from the language of the legislation considered in the light of the circumstances prevailing at the date of enactment. The circumstances in which the Equal Pay Act 1970 and the Sex Discrimination Act 1975 were enacted are set forth in the 1974 White Paper, in the judgment of Philips J. in Roberts v. Cleveland Area Health Authority [1978] I.C.R. 370, in the judgment of Browne-Wilkinson J. in Roberts v. Tate and Lyle [1983] I.C.R. 521 and in the submission of the United Kingdom Government in Marshall's case [1986] QB 401. The Acts were not passed to give effect to the Equal Treatment Directive and were intended to preserve discriminatory retirement ages* », voir aussi: N. Duxbury, *Elements of Legislation, op. cit.*, pp. 231-232.

³⁸³ [1993] 1 WLR 49, Lord Keith, « *The Directive 76/207 does not have direct effect upon the relationship between a worker and an employer who is not the State or an emanation of the State, but nevertheless it is for a United Kingdom court to construe domestic legislation in any field covered by a Community Directive so as to accord with the interpretation of the Directive as laid down by the European Court, if that can be done without distorting the meaning of the domestic legislation: Duke v. G.E.C. Reliance Ltd. [1988] AC 618, per Lord Templeman at pp. 639-640. This is so whether the domestic legislation came after or, as in this case, preceded the Directive: Marleasing S.A. v. La Comercial Internacional De Alimentacion S.A. 1992 1 CMLR 305* ».

³⁸⁴ [2001] 1 WLR 481 (HL), Lord Cooke, « *It is an established rule that, even where a Community Directive does not have direct effect, it is for a United Kingdom court to construe domestic legislation in any field covered by the Directive so as to accord with the interpretation of the Directive as laid down by the European Court of Justice, if that can be done without distorting the meaning of the domestic legislation: Webb v Emo Air Cargo (UK) Ltd [1993] 1 WLR 49, 59, per Lord Keith of Kinkel, citing Duke v GEC Reliance Systems Ltd [1988] AC 618, 639-640, per Lord Templeman. Similarly the Court of Justice has held that when applying provisions of national law the national court must interpret them as far as possible in the light of the wording and purpose of any relevant Directive, even if it does not have direct* ».

affirmant la supériorité des *statutes* et un droit positif permettant le contrôle de ce dernier. Malgré l'enclenchement par le Royaume-Uni de la procédure de retrait de l'Union européenne, cette tension entre le modèle orthodoxe et l'objet qu'il se propose de représenter ne va pas pour autant disparaître. En effet, la règle d'interprétation posée par l'ECA pour sa période d'application ne devrait pas s'éteindre totalement. Le *European Union (withdrawal) Act* prévoit dans ses articles 4 à 7 les rapports à venir entre le droit écrit purement national et la future catégorie des *EU retained laws* qui transposent en droit interne des normes de droit européen afin d'assurer la sécurité juridique du système. Ces dernières devraient conserver un statut à part dans l'ordre juridique britannique malgré leur « rapatriement » dans le système national et continuer à bénéficier du cadre interprétatif existant actuellement pour les normes communautaires.

129. L'interprétation des lois dans le contexte du *Human Rights Act 1998*. Cependant, le système de l'Union européenne n'est pas le seul ordre juridique régional à venir modifier et impacter les dynamiques internes entre les sources du droit anglais. Le *HRA* marque en ce sens un véritable tournant dans l'histoire constitutionnelle du Royaume-Uni. Avant son adoption, l'interprétation des *statutes* par la recherche de l'intention du Parlement était pour les juges le seul moyen de circonscrire les mots d'une loi dans le cas où cette dernière aurait été contraire à l'obligation de respect des droits fondamentaux faite par la Convention. Pour ce faire les juges appliquaient une présomption selon laquelle le Parlement ne pouvait avoir voulu contrevenir à ses obligations issues de la CEDH³⁸⁵. Dans le cas où les mots de la loi permettaient une interprétation en accord avec la CEDH, les juges devaient alors retenir cette dernière. Néanmoins toute formulation claire des *statutes* devait conduire à leur application directe, sans se soucier d'une possible violation de la convention³⁸⁶. Sans pour autant constituer un système de précédents, la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et derrière elle la Convention EDH étaient réputées impacter le droit non écrit, mais demeurait sans incidence sur le droit écrit tant qu'un individu ne portait pas le litige l'opposant à l'État en matière de respect des droits de l'Homme devant le prétoire des juges de Strasbourg.

³⁸⁵ D. Bonner, H. Fenwick, S. Harris-Short, op. cit., p. 550, « *One such rule was the presumption that Parliament did not intend to legislate so as to put the United Kingdom in breach of its ECHR obligations* ».

³⁸⁶ *Ibid.* « *Where legislation was ambiguous or unclear, so that one interpretation of the words used would comply with the ECHR but another would not, the court should adopt the former. Where, however, the language was clear, it had to be applied by the courts, regardless of a violation of the ECHR* ».

130. Le *HRA* vient modifier les faiblesses de ce système³⁸⁷ en intégrant pour partie les droits protégés par la CEDH dans le système juridique britannique. Adopté pour « permettre une meilleure protection des droits et libertés protégés par la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme »³⁸⁸, l'article 2 (1) du *HRA* précise le périmètre à donner aux droits intégrés. Ces derniers doivent ainsi être lus « en prenant en compte » les jugements et décisions de la Cour EDH, ainsi que les avis et décisions rendues par la Commission³⁸⁹. Le champ des droits incorporés par le *HRA* dans l'ordre juridique britannique défini, l'article 3 de la loi pose une nouvelle règle d'interprétation des *statutes* pour permettre la garantie et l'effectivité de la protection des droits énoncés par le *HRA*. Ainsi, « *Autant qu'il soit possible de le faire*, les lois votées par le Parlement et les actes adoptés par le Gouvernement doivent être lues et appliquées en accord avec les droits dérivés de la Convention »³⁹⁰. Cet article n'est pas autonome et doit être lu en relation avec l'article 4 du *HRA* qui prévoit que dans toute affaire ayant attrait à un des « *Convention Rights* » protégés par le *HRA*³⁹¹, « si la cour juge qu'une disposition est contraire à un droit dérivé de la Convention, elle doit alors faire une déclaration d'incompatibilité »³⁹². Si l'articulation de ces trois articles peut sembler relativement évidente, chacune de ces dispositions a soulevé d'intenses débats à la fois entre juges et *scholars*. En effet ces articles donnent lieu à une pluralité d'interprétations traduisant chacune une vision différente des rapports entre le Parlement et les Cours de *common law*,

³⁸⁷ David Feldman, *op. cit.*, p.166 « *The doctrine of parliamentary sovereignty has made it possible for Acts of Parliament to interfere with fundamental freedoms and human rights without legal constraint, despite recent suggestions that there are some common law rights so fundamental that even a sovereign Parliament would not be permitted to abrogate them,2 and other actual or potential limitations on parliamentary sovereignty. This is a symptom of a deep constitutional malaise. The United Kingdom's constitution is almost entirely procedural, based on a commitment to a particular form of representative majoritarian democracy and responsible government. The rules which Professor H L A Hart called rules of recognition, adjudication and change are concerned almost entirely with how laws may be made and legal change achieved, and tell us little about the objectives or values which may justify particular rules or outcomes in legal or political argument* ».

³⁸⁸ Human Rights Act [1998] « *An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purpose.* »

³⁸⁹ HRA 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 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 ».

³⁹⁰ 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* ».

³⁹¹ *Ibid.*, section 4 (1), « *(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right* ».

³⁹² *Ibid.*, section 4 (2), « *(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility* ».

mais aussi entre le système juridique britannique et celui de la Convention EDH.

131. L'article 3 du *HRA* est certainement celui des trois articles précités à l'origine du plus d'écrits parmi les *scholars*. Le débat se concentre majoritairement autour de l'expression « *so far as it is possible* » utilisée dans la formulation de l'article. Entend-elle par exemple que le juge interprète systématiquement une disposition législative contraire à la Convention de manière à la rendre compatible avec cette dernière ? La réponse est bien évidemment non, car au regard du principe de souveraineté du Parlement, une telle lecture de l'article 3 amènerait les juges à franchir la limite posée entre législation et interprétation qui délimite le champ de leurs compétences³⁹³. C'est dans le respect de cette limite que les juges britanniques ont développé différentes techniques d'interprétation afin de remplir les exigences que fait peser sur eux l'article 3 du *HRA*. La première d'entre elles est désignée par le terme « *reading down* » et consiste à interpréter les mots d'une loi de manière plus stricte de façon à réduire son champ d'application et la faire correspondre aux dispositions de la Convention. Cette technique s'est vue définir par Lord Steyn dans l'arrêt *R v. A*³⁹⁴ et par Lord Hope dans l'arrêt *R v. Lambert*³⁹⁵.

132. Si cette première technique est généralement acceptée y compris dans les discours du *legal constitutionalism* qui retient une approche stricte de l'article 3 du *HRA*, une seconde technique développée par les juges a été sujette à de plus âpres discussions en ce qu'elle semble traverser et transgresser la zone floue entre interprétation et législation et ce faisant écarter la notion formelle de souveraineté du Parlement. Cette technique, désignée par le terme « *reading in* » consiste pour les juges non plus à réduire le sens des mots employés par le Parlement sans toucher à la structure des propositions faites par ce dernier, mais bien de proposer une lecture des dispositions législatives ajoutant des termes ou modifiant la structure

³⁹³ *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for Home Department* [2002] EWCA Civ 158 (CA), per Parker LJ, at paras 66, Simon Brown LJ, « *the Court's task is to distinguish between legislation and interpretation and confine itself to the latter. We cannot create a wholly different scheme (perhaps of the sort envisaged by Sullivan J below) so as to provide an acceptable alternative means of immigration control. That must be for parliament itself* », voir *Matthews v Ministry of Defence* [2002] 3 All ER 513 (CA), at para 202-203, voir aussi : D. Bonner, H. Fenwick, S. Harris-Short, *op. cit.*, p.558, « *if, to achieve compatibility, the effect of the legislation has to be radically altered or the scheme rewritten* ».

³⁹⁴ *R v. A* [2001] UKHL 25; [2001] 3 All ER 1, Lord Steyn, par. 44, « *In accordance with the will of Parliament as reflected in section 3 it will sometimes be necessary to adopt an interpretation which linguistically may appear strained. The techniques to be used will not only involve the reading down of express language in a statute but also the implication of provisions* ».

³⁹⁵ *R. v Lambert* [2001] UKHL 37; [2001] 3 WLR 206, par. 81, Lord Hope, « *It has been suggested that a strained or non-literal construction may be adopted, that words may be read in by way of addition to those used by the legislator and that the words may be "read down" to give them a narrower construction that their ordinary meaning would bear* ».

grammaticale de manière à faire entrer l'article de loi dans le champ d'application de la convention et donc le mettre en conformité avec les droits protégés par celle-ci³⁹⁶.

133. Face à la tension créée par le *HRA* les auteurs relevant du *legal constitutionalism* ont développé le concept de « *Judicial deference* » qui vise à réintégrer les nouvelles compétences du juge de *common law* dans une structure dominée par la souveraineté du Parlement. Pensé comme le pendant interne de la marge nationale d'appréciation utilisée par le juge de Strasbourg, le principe de « déférence judiciaire » conceptualisé par les *scholars* sur la base de l'arrêt *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department*³⁹⁷ et plus particulièrement l'opinion rédigée par Laws LJ³⁹⁸, implique pour le juge de reconnaître que certaines matières d'importance échappent à sa compétence et doivent être déterminées par le peuple à travers le Parlement souverain. Il s'agit bien ici d'une déférence à l'égard du législateur qui ne se confond pas avec le concept de « *judicial deference* » développé en droit administratif dans le cadre du *judicial review*³⁹⁹. Cette « *judicial deference* » législative permet l'articulation entre l'article 3 et l'article 4 du *HRA* qui prévoit la possibilité pour le juge de signifier au Parlement qu'une loi est incompatible avec la Convention tout en laissant ce dernier pleinement libre quant à la manière de modifier ou non la disposition législative. L'article 4 et la déclaration d'incompatibilité représentent en cela la clef pour pérenniser le principe de souveraineté du Parlement sous le *HRA*. Pour autant, et tout comme les techniques d'interprétation développées par le juge, tant l'article 4 que le principe de *judicial deference* rencontrent des critiques. Pour un certain nombre d'auteurs et de juges, l'intégration des droits dérivés de la Convention devrait être une œuvre majoritairement (exclusivement ?) jurisprudentielle et ce afin de faire échapper les droits et libertés au jeu de la majorité parlementaire. Cette dernière approche présuppose une conception de la démocratie qui diffère du modèle représentatif et unitaire proposé par Dicey. Il s'agit ici de reconnaître l'existence de droits inviolables pour les minorités qu'il convient

³⁹⁶ *R v. Lambert.*, *op. cit.*, par. 81, « *the words used will require to be expressed in different language in order to explain how they are to be read in a way that its compatible. The exercise in these cases is one of translation into compatible language from language that is incompatible. In other cases, as in R v A, it may be necessary for words to be read in to explain the meaning that must be given to the provision if it is to be compatible. But the interpretation of a statute by reading words in to give effect to the presumed intention must always be distinguished carefully from amendment. Amendment is a legislative act. It is an exercise which must be reserved to Parliament* ».

³⁹⁷ [2002] 1 C.M.L.R. 52.

³⁹⁸ *Ibid.*, par. 81, Laws LJ, « *First, however, there is a backdrop to what follows. We do not apply the Strasbourg margin of appreciation, because we are a domestic, not an international tribunal: see per Lord Hope in Kebilene and Lord Steyn in Brown v Stott cited above. Being a domestic tribunal, our judgment as to the deference owed to the democratic powers will reflect the culture and conditions of the British State* ».

³⁹⁹ Le juge reconnaîtra ici la compétence de l'administration pour certaines matières.

de protéger de la majorité qui s'exprime par le Parlement ⁴⁰⁰. La dimension individualiste de cette proposition semble alors plus à même à trouver à s'exprimer dans les structures du discours de *common law constitutionalism* que dans le modèle orthodoxe et le discours de *legal constitutionnalism*.

134. Malgré les tentatives d'aménagement, le modèle orthodoxe voit sa structure être profondément mise sous tension à mesure que le principe formel de souveraineté du Parlement se voit contester tant par la fragmentation des sources de pleine normativité juridique que par la redéfinition de leurs rapports. Mais, à ces pressions internes au modèle orthodoxe doit s'ajouter celles exercées par ses marges au-delà même de la normativité juridique tel qu'entendu par les systèmes positivistes.

Section 2. Les sources de normativité complexe

135. Les sources de pleine normativité juridique ont concentré l'attention des auteurs du droit public britannique. Pourtant, aux frontières de ces normativités gravitent des ensembles d'objets dont la normativité, parfois totalement déconnectée du monde juridique, parfois ayant un effet juridique sans pour autant être de nature juridique, les rend à la fois étrangers au droit pour un regard positiviste stricte, mais aussi nécessaire à la compréhension de toute la complexité du droit public britannique dont l'étendu du spectre s'étend bien au-delà des seules manifestations formelles du droit. Ces frontières, tracées par Dicey et intégrées dans le modèle orthodoxe, dans une dialectique entre altérité et identité, ont permis la constitution d'un concept juridique de la matière constitutionnelle et plus largement publique. Mais Dicey ne referme pas complètement le droit à cette autre normativité. Ces formes autres de normativités participent, elles aussi, de l'organisation et du gouvernement de l'espace public. Le renvoi vers un extérieur de la catégorie droit public participe alors de l'explication et de la prise en

⁴⁰⁰ D. Nicol, « Are Convention Rights a no-go Zone for Parliament? » *Public Law*, Autumn 2002, p. 438-448, p. 438 « *The incorporationists view is based upon the conception of democracy as being concerned not simply with majority rule but with inviolable minority rights. These rights cannot be vouchsafed by a representative legislature swayed by majoritarian concerns; to allow Parliament to shape the Convention rights is to sign their death. The Convention rights must therefore be elevated beyond the reach of statute and state. Only an independent judiciary, immune from executive domination and above "faction", can construe Convention rights in the interests of the general good and the virtuous conduct of the state's affairs. Incorporationists do not consider that their scheme of things leads to judicial supremacism; the HRA has brought about not the rule of the courts but the rule of the Convention. Indeed, the courts are conceived as neutral arbiters safeguarding the democratic ideal itself against arbitrary governmental power, the judicial role compensating for dysfunctions in the democratic process* ».

compte des évolutions récentes de l'appareil étatique britannique. L'ensemble de ces éléments qui se retrouvent tant dans le champ de la matière constitutionnelle que de la matière administrative seront ici désignés sous le terme générique de « *soft law* ».

136. « Le « *soft* » pourrait bien être parmi les caractéristiques principales de l'épistémologie post-moderne. La « *soft logic* » a maintenant un rôle significatif dans le raisonnement scientifique et mathématique. Une « *soft sensibility* » et une « *soft heuristics* » se propagent en philosophie, dans l'esthétique et dans les arts. Les juristes aussi se sont engagés dans une quête du « *soft* »⁴⁰¹. Née dans les années quatre-vingt-dix, la notion se déploie tout d'abord en droit international et en droit européen où elle est regardée comme l'un des marqueurs de la globalisation, accompagnant à la fois l'émergence et la multiplication de producteurs de normes autres que les États, et la reconnaissance de formes de normativité moins stricte que celles produites dans le cadre étatique et se détachant notamment de la définition du droit comme commandement d'un souverain sanctionné par le juge.

137. Ce concept de normativité exogène, lorsque réintégrée dans le cadre britannique permet de mettre en lumière les frontières du droit public et de souligner des phénomènes normatifs restés à l'horizon du modèle orthodoxe. Se retrouvent ainsi dans cette « *soft law* », à la fois les frontières de la matière constitutionnelle avec les conventions de la constitution (§1), mais aussi les frontières de la matière administrative avec les quasi-législations (§2), frontières qui traduisent toutes deux la réalité pratique d'un pouvoir étatique que le modèle orthodoxe entend expliquer et encadrer par le droit en laissant pourtant échapper à son analyse une part de la réalité de ces lieux de pouvoirs.

§1. La frontière des sources du droit constitutionnel

138. L'inscription de la constitution britannique dans une histoire présentée comme continue fait d'elle l'un des derniers exemples de constitution traditionnelle. Dès lors et comme il a été déjà souligné, cette dernière ne trouve pas de manifestation formelle, dans un texte unique, comme le propose les modèles volontaristes de constitution. Tout au contraire, la constitution britannique est transversale. Elle est à chercher dans certaines lois du Parlement et dans les

⁴⁰¹ A. Di Robilant, « Genealogies of Soft Law », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, 2006, pp. 499-554, p. 499, « *Softness* may well be among the defining features of post-modern epistemology. "Soft" logic has come to play a significant role in scientific and mathematical reasoning. A "soft" sensibility and a "soft" heuristics pervade philosophy, aesthetics and art.' Lawyers have also engaged in the quest for softness ».

principes de la *common law* dégagés par le juge. Mais s'arrêter à ces seules sources possédant une pleine normativité juridique serait passer à côté d'une partie des règles qui la composent⁴⁰². C'est d'ailleurs en ce sens que la constitution britannique échappe aux modèles positivistes continentaux⁴⁰³. Car, et c'est peut-être ici que réside le trait le plus étrange de la constitution britannique pour un observateur formé dans un modèle de *Civil law*, la majeure partie des règles constitutionnelles organisant les rapports entre les institutions ne se trouvent pas dans le droit, mais bien au-dehors de ce dernier, dans un ensemble normatif et politique aujourd'hui désigné sous le terme de « conventions constitutionnelles ». Si le concept n'est pas étranger à la constitution française⁴⁰⁴, l'absence d'une constitution formelle polarisant l'attention des juristes permet de laisser ouvert et accessible au regard de ces mêmes juristes l'espace réservé aux normes politiques. Les conventions de la constitution britannique permettent un espace important de rencontre et de dialectique entre droit et politique que n'a pas ni pleinement masqué, ni pleinement explicité l'épistémologie positiviste britannique et le modèle orthodoxe qui en découle.

139. Désignée par John Austin sous le terme de « *positive morality of the Constitution* »⁴⁰⁵, par John Stuart Mill sous l'expression « les maximes non écrites de la constitution »⁴⁰⁶ ou encore comme « un système complet d'éthique politique, un code complet de préceptes pour guider les hommes publics. »⁴⁰⁷, c'est néanmoins sous la systématisation de Dicey et la frontière claire posée par ce dernier entre convention de la constitution et droit que se trouve le point de départ de la modélisation orthodoxe de ces normes non juridiques. Définies par Dicey en opposition au « véritable droit constitutionnel »⁴⁰⁸, les conventions de la constitution s'entendent pour le professeur du *All Souls College* d'Oxford de cet: « autre groupe de règles qui consiste en des conventions, ententes, habitudes ou pratiques qui doivent réguler le comportement des différents membres du pouvoir souverain, des ministères ou des autres

⁴⁰² A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative law*, Londres, Longman, 13^e édition, p. 19, « *Many important rules of constitutional behaviour, which are observed by the Sovereign, the Prime Minister and other ministers, members of Parliament, judges and civil servants, are contained neither in Acts nor in judicial decisions* ».

⁴⁰³ N. W. Barber, *The Constitutional State*, *Op. cit.*, p. 81, « *Perhaps the strongest reason British constitutional scholars could have for rejecting Kelsen's legalistic model of the constitution is that its adoption would produce a bizarre account of the United Kingdom's constitution, a constitution in which non-legal rules play a crucial role* ».

⁴⁰⁴ P. Avril, *Les conventions de la constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, Léviathan, 1997.

⁴⁰⁵ J. Austin, *The Provinces of Jurisprudence determined*, *op. cit.*, p. 259

⁴⁰⁶ J. S. Mill, *Representative Government*, chapitre 5, cite par A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative law*, *op. cit.*, p. 19, « *the unwritten maxims of the constitution* ».

⁴⁰⁷ Edward A. Freeman, *Growth of the English Constitution*, cite par A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁰⁸ *Ibid.* p. 20.

officiels », mais qui « n'est absolument pas en réalité du droit dès lors qu'elles ne sont pas sanctionnées par le juge. Cette portion du droit constitutionnel doit, pour la compréhension de la distinction, être désignée par le terme « conventions de la constitution » ou éthique constitutionnelle »⁴⁰⁹. C'est sur la base de cette définition, ayant le mérite de poser une distinction précise entre droit constitutionnel et conventions constitutionnelles, que va se construire la représentation orthodoxe des sources non juridiques de la constitution britannique. Pour autant, et très rapidement, la clarté de cette définition analytique distinguant conventions et droit va se trouver mise à mal par des critiques contestant la différence de nature entre ces deux normes⁴¹⁰ (A.), tout comme l'absence de saisie par le juge de ces règles politiques (B.). Critiques aujourd'hui renouvelées dans le contexte de la *Devolution* et du *HRA* et qui invitent dès lors à reconsidérer les liens entretenus entre droit et politique.

A. La nature politique des conventions de la constitution

140. L'émergence d'une définition politique pour les conventions de la constitution.

L'approche analytique proposée par Dicey a pour elle l'avantage de la clarté et imprègne durablement tout débat sur les conventions de la constitution⁴¹¹. Pour autant, si la définition diceyenne s'impose à raison de sa simplicité, elle n'est pas la première modélisation des normes non juridiques de la constitution. En effet, ces dernières apparaissent comme étant au cœur des approches historiques de la constitution britannique développée à la fin du dix-neuvième siècle. Bien que les racines du concept soient déjà présentes chez John Locke⁴¹² ou encore chez Edmund Burke⁴¹³, l'apport principal au concept de « conventions de la constitution » a lieu pendant la période victorienne à travers les travaux d'historiens des

⁴⁰⁹ *Idem.*

⁴¹⁰ O. H. Philipps, « Constitutional Conventions : Dicey's Predecessors », *The Modern Law Review*, 1966, vol 29, pp. 137-148.

⁴¹¹ J. Jaconelli, « The nature of constitutional convention », *Legal studies*, 1999, pp. 24-46, p. 24, « *One may wonder whether anything more remains to be said on a subject that was addressed at length by Dicey and Jennings...* ».

⁴¹² *Ibid.*, p. 137, « *A series of hints-until nearly the middle of the nineteenth century they were little more-had been thrown out by various writers from John Locke onwards. Locke had gone so far as to say that the discretionary powers of the monarch which are called the prerogative ought to be exercised on trust for the good of the people, although if the monarch could not be compelled to summon the legislature the people could only appeal to Heaven* ».

⁴¹³ *Ibid.*, p. 137, « *Edmund Burke, in his Thoughts on the Cause of the Present Discontent (1770), expressed the opinion that of equal importance to the limitation of the royal functions by law was the requirement that the discretionary powers vested in the monarch should be exercised on public principles and national grounds. And in his Reflections on the Revolution in France (1790), he wrote 4: '(Theconstituent parts of a state are obliged to hold their public faith with each other, and with all those who derive any serious interest under their engagements, as much as the whole state is bound to keep its faith with separate communities.' Powers are restricted not only by laws, but also by usages, positive rules of doctrine and practice* ».

institutions comme Park, Bagehot, Mainland, Freeman ou Hearn. Ces derniers mettent en lumière l'écart entre une vision de l'équilibre des pouvoirs entre le monarque, la Chambre des Communes et la Chambre des Lords héritée du dix-septième siècle⁴¹⁴ et la réalité d'une pratique centrée autour du système de *Cabinet* tel que développé depuis le règne de Georges III⁴¹⁵. Le traitement juridique de la matière constitutionnelle, notamment par Blackstone, démontre une véritable disjonction avec la réalité d'une pratique politique en pleine évolution.⁴¹⁶ Le développement du gouvernement parlementaire échappe aux juristes⁴¹⁷ qui instrumentalise alors l'histoire en faveur d'une lecture conservatrice des pouvoirs⁴¹⁸. Dans ce contexte, l'étude objective des conventions constitutionnelles semble devoir revenir aux seuls historiens qui placent au cœur de leurs réflexions la question du gouvernement et de son lien avec le Parlement. En ce sens, le plus grand apport de Bagehot réside dans son étude des pratiques du *Cabinet*⁴¹⁹.

141. À la suite de ces auteurs et bien qu'il se place en rupture des analyses historiques, Dicey, pose une définition de la constitution britannique permettant une réconciliation entre l'approche historique et l'approche juridique. Il reconnaît en effet que la constitution comporte une double nature ; l'une faite de normes juridiques sanctionnées par le juge et qui seront le support à ses développements, l'autre faite de normes dites politiques, non sanctionnées par le juge et qui, si elles ne sont pas le cœur de l'étude d'une approche analytique du droit,

⁴¹⁴ O. Hood Philipps, « Constitutional Conventions : Dicey's Predecessors », *op. cit.*, pp. 138-139, « *Park's main thesis, written in a painfully turgid style, is that the theoretical British Constitution according to which the country was governed by the separate and independent estates of King, Lords and Commons-if it ever existed in a pure state which was doubtful-had ceased to exist for more than a century and a half, that is, since the time of Charles II. He was to speak not only on the law of the Constitution, but on its theory and practice. And so he discusses Ministry and opposition and political parties* ».

⁴¹⁵ Lord North et le développement de la responsabilité politique du gouvernement sous le règne de Georges III dans le contexte de la Guerre d'Indépendance.

⁴¹⁶ Macauley, cité par O. Hood Philipps, « Constitutional Conventions : Dicey's Predecessors », *op. cit.*, p. 139, « *It is essential to our liberties that the House of Commons should exercise a control over all the departments of the executive administration (...) An institution which did not exist in the times of the Plantagenets, of the Tudors or of the Stuarts, an institution not known to the law, an institution not mentioned in any statute, an institution of which such writers as De Lolme and Blackstone take no notice, began to exist a few years after the Revolution, grew rapidly into importance, became finally established, and is now almost as essential part of our polity as the Parliament itself. This institution is the Ministry* ».

⁴¹⁷ Hearn, cité par O. Hood Philipps, « Constitutional Conventions : Dicey's Predecessors », *op. cit.* p. 142, « *It has been the subject of no small surprise and remark, (...) that our modern system of government is not expressed, and seems incapable of being expressed, in a legal form. The Cabinet is a body unknown to the law* ».

⁴¹⁸ Freeman, cité par O. Hood Philipps, *op. cit.*, p. 145, « *Freeman again adverts to the mischief done, not only to our understanding of history but to the course of our history itself, by lawyers' interpretations and lawyers' ways of looking at things their unreasonable use of precedent, logical argument from historically worthless assumptions (usually devised in favour of the prerogatives of the Crown rather than the rights of the people), and the natural tendency of the legal mind towards conservatism and deference to authority. He refers to the '(juristic inventions) that the Sovereign is above the law, the fountain of honour, the original grantor of all land, and the source from which every kind of authority springs* ».

⁴¹⁹ W. Bagehot, *The English Constitution*, 2^{de} édition, 1873

demeurent néanmoins importantes pour la matière constitutionnelle au sens large⁴²⁰. Mais la définition formulée par Dicey ne donne aucun critère d'identification des conventions. C'est le travail de Sir Ivor Jennings qui permet de préciser le concept en proposant un test pour identifier les conventions constitutionnelles⁴²¹. Ce dernier est composé de 3 éléments : deux éléments objectifs et un élément subjectif.

142. Le test de Sir Ivor Jennings pour identifier les conventions de la constitution. Le premier des éléments objectifs mentionnés par Jennings est l'existence de précédents. Il est en effet généralement admis par les auteurs que les conventions constitutionnelles sont le résultat de la répétition de pratiques constitutionnelles qui par leur récurrence vont peu à peu gagner en normativité et s'imposer aux acteurs politiques⁴²².

143. Si le recours au précédent informe sur le sens à donner à une pratique politique et les raisons pour lesquelles cette dernière a pu être adoptée, il ne suffit pas en lui-même à déterminer dans une situation similaire si la réitération de ladite pratique correspond à ce que devrait faire l'acteur politique en question⁴²³. En effet, comme le souligne le professeur Barber certaines conventions « peuvent être sans utilité ou juste mauvaise »⁴²⁴. De même, il n'est pas rare qu'une convention ne fasse pas l'unanimité quant à son champ d'application ou sa simple existence parmi les acteurs politiques⁴²⁵. La controverse autour du champ d'application de l'« *education convention* »⁴²⁶ dans la décision du *Upper Tribunal, Evans v. Informations*

⁴²⁰ N. W. Barber, *The Constitutional State*, op. cit., p. 81, « One of the greatest advances of Victorian legal scholarship, championed by Albert Venn Dicey, was the recognition of the importance of non-legal constitutional rules ».

⁴²¹ Sir I. Jennings, *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? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it ».

⁴²² A. McHarg, « Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law », *The Modern Law Review*, No 6, Vol 71, Novembre 2008, pp. 853-877, p. 857, « Conventions are typically thought of as the embodiment of constitutional custom or tradition; the product of a slow process of evolution; of a gradual hardening of practice into rule », voir aussi Sir I. Jennings, *The law and the Constitution*, op. cit., p. 80, « men being what they are, they tend to follow rules of their own devising; they develop habits in government; as elsewhere. And when these men give place to others, the same practices tend to be followed. Capacity for invention is limited and when an institution works well in one way it is deemed unnecessary to change it to see if it would work equally well in another. Indeed, people begin to think that the practices ought to be followed. It was always so done in the past, they say; why should it not be done so now ? ».

⁴²³ J. Jaconelli, « The nature of constitutional convention », op. cit., p. 28-29.

⁴²⁴ N. W. Barber, *The Constitutional State*, op. cit., p. 84, « some conventions may just be pointless, or wrong ».

⁴²⁵ S. de Smith, R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, England, Penguin Books, op. cit., p. 43.

⁴²⁶ Convention, qui autorise le futur monarque à se former à l'art de gouverner en s'informant notamment sur les activités de la Couronne.

*Commissionner*⁴²⁷ en est un exemple. Dans le contexte d'un désaccord parmi les acteurs politiques, l'identification des précédents et de la lecture à leur donner est épineuse et pose déjà une première question quant à l'efficacité du test proposé par Jennings. Il apparaît dès lors que « dépendre des précédents historiques est un peu comme chercher à naviguer en n'étant guidé que par les étoiles. Tout va très bien par ciel clair, mais les cieux ne sont pas toujours aussi obligeants »⁴²⁸. Le recours aux précédents se voit de plus concurrencé par la reconnaissance d'autres modes de créations des conventions.

144. En effet, une convention constitutionnelle semble pouvoir être créée en dehors de toute inscription dans une série de précédents, par un accord exprès⁴²⁹ ou par un engagement unilatéral⁴³⁰. Le mode de production des conventions de la constitution n'est pas unique⁴³¹. Il peut à la fois être « *bottom-up* » et « *top-down* »⁴³², les conventions créées par ce dernier mode de production se trouvant alors désignées par l'expression « *declared conventions* »⁴³³. Cependant, La majorité des auteurs admettent que pour qu'une pratique politique créée volontairement devienne convention, cette dernière doit tout de même être complétée par la répétition de son usage dans le temps⁴³⁴. C'est d'ailleurs au regard de son peu de pratique que le professeur Munro a contesté l'existence de la *Sewel convention* qui encadre les relations entre le Parlement de Westminster et les parlements des Nations. Néanmoins, la reconnaissance par la Cour Suprême dans l'arrêt *Miller* de la *Sewel Convention*⁴³⁵ atteste désormais de son existence au sein des normes non juridiques constitutionnelles, cette « chair qui habille les os secs du droit, qui permet à la constitution juridique de fonctionner »⁴³⁶.

⁴²⁷ [2012] UKUT 313.

⁴²⁸ A. Heard, « Constitutional Conventions : the heart of the living Constitution », *Journal of Parliamentary and Political Law*, Vol. 6, 212, pp. 319-338, p 321, « A reliance on historical precedents is a bit like trying to navigate by the stars. It is all well and good in a clear sky, but the heavens are not always obliging ».

⁴²⁹ Pour exemple : S. de Smith, R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, England, Penguin Books *op. cit.*, p. 43, « For exemple (a) it was agree at an Imperial Conference in 1930 that in Future the Governor General of a Dominion should be appointed by the Crown exclusively on the advice of the Dominion Government concerned and that the United Kingdom Government would not even have a formal part to play in such an appointment ».

⁴³⁰ Pour exemple : *Ibid.*, « In 1949, when Eire left the Commonwealth and became the Republic of Ireland, the United Kingdom Government and Parliament undertook not to exclude Northern Ireland from the United Kingdom without the consent of Northern Ireland Parliament ».

⁴³¹ David Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, Harvard University Press, 1969, p.88, cite par J. Jaconelli, « The nature of constitutional convention », *op. cit.*, p. 40, « Conventions are like fires: under favourable conditions, a sufficient concentration of heat spreads and perpetuates itself. The nature of the fire does not depend on the original source of heat. Matches may be our best fire starters, but that is no reason to think of fires started otherwise as any the less fires ».

⁴³² A. Perry, A. Tucker, «Top-down Constitutional Conventions», *Modern Law Review*, vol. 81, n°5, 2018, pp. 765-789

⁴³³ *Idem.*

⁴³⁴ A. Mc Harg, « Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law », *op. cit.*, p. 858.

⁴³⁵ *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768.

⁴³⁶ Sir I. Jennings, *The Law and the Constitution*, *op. cit.*, p. 81-82.

145. Plus largement, le recours aux *declared conventions* s'inscrit dans le mouvement de réformes constitutionnelles qui marque le Royaume-Uni depuis la fin des années 90. Si ce mouvement amène à une judiciarisation grandissante de la constitution britannique qui n'est pas sans interroger la nature et le rôle des conventions constitutionnelles, ces dernières ont été utilisées aussi bien que le droit par le gouvernement pour modifier l'équilibre et l'architecture de la constitution⁴³⁷.

146. Au-delà de ce premier élément objectif, le second élément objectif – l'exigence d'une justification, d'une raison à la convention – semble lui aussi être trop imprécis. Jennings n'offre en effet aucune indication sur ce qu'il peut entendre par les « *good reasons* » guidant l'adoption et le respect d'une convention constitutionnelle. Il ressort néanmoins des écrits Joseph Jaconelli⁴³⁸ et Barry Hough⁴³⁹ que les justifications aux conventions constitutionnelles sont à trouver dans les « plus hautes valeurs de la théorie politique »⁴⁴⁰, au titre desquelles se trouvent les valeurs démocratiques telles que la séparation des pouvoirs⁴⁴¹ ou l'encadrement du pouvoir gouvernemental⁴⁴² sans davantage de précision. À l'imprécision de ce deuxième élément objectif doit être ajouté le seul élément subjectif ou psychologique proposé par Jennings. Ce dernier requiert que la convention ait été pensée comme contraignante par ceux qui l'appliquent. À nouveau se pose la question de l'interprétation à ce nouvel élément : pour qu'une convention constitutionnelle soit reconnue, suffit-il qu'existe un consensus⁴⁴³ parmi les acteurs politiques ou faut-il au contraire que cette dernière fasse l'unanimité⁴⁴⁴? Le test n'apporte pas plus de précisions et l'élément psychologique semble devoir être apprécié selon le contexte.

⁴³⁷ A. McHarg, « Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law », *op. cit.*, 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. It is for this reason that declared conventions are more appropriately described as a form of constitutional soft law, (...) ».

⁴³⁸ J. Jaconelli, « The nature of constitutional convention », *op. cit.*, pp. 28-30

⁴³⁹ B. Hough, « Conventions and Democracy », *Anglo-American Law Review*, Vol 29, N. 328, 2000, pp. 368-393, p. 376

⁴⁴⁰ J. Jaconelli, « The nature of constitutional convention », *op. cit.*, p. 29, « The 'reasons' which animate many a constitutional convention are among the highest values of political theory ».

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² B. Hough, « Conventions and Democracy », *op. cit.*

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 374, « One possibility is that conventions can only be created or sustained where there is a consensus amongst political actors that a practice has become or should remain binding ».

⁴⁴⁴ S. de Smith, R. Brazier, R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, England, Penguin Books *op. cit.*, p.41

147. Ainsi, si le test de Jennings est reconnu tant par les juges de *common law*⁴⁴⁵ que par les *scholars*⁴⁴⁶, le test ne fait pas en lui-même l'objet d'un consensus absolu et semble trop large, ne permettant pas dès lors une frontière claire entre une pratique politique quelconque et une convention constitutionnelle⁴⁴⁷. Cela a pu être illustré par la qualification d'une simple pratique interne à l'administration de convention constitutionnelle par le professeur T. R. S. Allan dans un de ses commentaires de l'arrêt *GCHQ*⁴⁴⁸. Or, et comme le souligne Joseph Jaconelli, il ne faut pas oublier que les pratiques recevant ce label doivent absolument gouverner la matière constitutionnelle, c'est-à-dire toucher à l'encadrement des rapports entre les institutions, comme ceux existants entre le Gouvernement et le Parlement, entre la Chambre des Lords et celle des Communes ou entre les Nations et le Parlement de Westminster⁴⁴⁹.

148. Les limites au particularisme des conventions de la constitution. Pour autant, deux dynamiques viennent interroger le particularisme des conventions constitutionnelles telles que définies par le modèle orthodoxe face aux normes juridiques. Le premier de ces mouvements est à trouver dans le droit positif et la juridicisation de la constitution britannique, le second dans le champ du discours sur le droit à travers la controverse sur la véritable nature des conventions constitutionnelles. Jennings lui-même n'envisageait pas les conventions constitutionnelles comme étant d'une nature différente de celle du droit. Pas plus qu'il ne souscrivait au modèle orthodoxe du droit public britannique. Dans son sillage et dans le contexte d'une évolution des caractéristiques de la constitution britannique, des auteurs comme Nicholas Barber ou Trevor Allan ont souligné l'atténuation ou le peu de pertinence de la ligne de démarcation entre normes juridiques et normes non juridiques de la constitution. Nicholas Barber propose ainsi de regarder les conventions de la constitution non comme des règles politiques, mais comme des règles sociales. L'implication de cette proposition,

⁴⁴⁵ Pour une reconnaissance par la Cour Suprême du Canada, voir *Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753

⁴⁴⁶ A titre d'exemple, N. W. Barber reprend les 3 éléments du test de Jennings et les désigne comme les trois raisons poussant à l'adoption d'une convention constitutionnelle : la raison historique, la raison psychologique et la justification. Il observe néanmoins que la dernière de ces trois raisons n'est pas nécessaire pour l'adoption d'une convention, cette dernière pouvant être suivie par erreur ou être mauvaise. Voir, N. W. Barber, *op. cit.*, p. 84

⁴⁴⁷ S. De Smith, R. Brazier, *Constitutional and Administrative law*, *op. cit.*, p. 40

⁴⁴⁸ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374

⁴⁴⁹ Peut être ici donnée comme exemple la convention encadrant la délivrance du royal assent à l'issue du vote d'un projet de loi par les deux chambres du Parlement. Il est en effet acquis depuis 1708 et le dernier exercice par la Reine Anne du veto royal, que le monarque délivre le royal assent dès lors que le projet de loi a été adopté par la Chambre des communes et la Chambre des Lords, voir : A. W. Bradley, K. D. Ewing, *op. cit.*, p. 20

contrairement aux conclusions tirées par Hart ou Jaconelli⁴⁵⁰ sur la base de la même affirmation, amène à une négation du particularisme des conventions de la constitution. En effet, pour le professeur Barber les règles de droit sont elles-mêmes des règles sociales comme les autres, dont la seule spécificité réside dans le degré de formalisme⁴⁵¹. En ce sens, conventions constitutionnelles et droit constitutionnel ne seraient que deux points d'un même spectre. Pas distincts par leur nature, mais par la formalisation qui les caractérise. Mais y compris en admettant ce critère de différenciation, N. W. Barber souligne qu'il ne s'agit que d'une frontière poreuse dès lors que les conventions constitutionnelles britanniques modernes semblent se caractériser par un formalisme nouveau comme en atteste le *Ministry Code*. Ce phénomène est cependant à distinguer d'une codification des conventions constitutionnelles dans une constitution écrite⁴⁵². Il s'agit d'une « *soft codification* », qui « *est essentiellement un processus d'éclaircissement* »⁴⁵³ des conventions déjà existantes dans des écrits devant aider à l'action des acteurs politiques. Ce phénomène qui n'est pas propre au Royaume-Uni, mais se retrouve dans d'autres pays du *Commonwealth*⁴⁵⁴ semble être une réponse des systèmes de *Common law* face aux exigences posées par le constitutionnalisme et l'État de droit. Chez N. W. Barber, l'affaiblissement de la frontière orthodoxe entre conventions et droit constitutionnel ne vise pas tant à étendre l'empire du droit sur son extérieur qu'à désarmer le droit lui-même des particularismes dont l'a vêtu le positivisme.

149. Chez T. R. S. Allan la remise en cause de la distinction entre droit constitutionnel et conventions de la constitution prend la forme d'un discours rattaché au *common law constitutionalism*. Le professeur Allan relève une similarité dans les formes normatives que prennent les principes de *common law* et les conventions de la constitution⁴⁵⁵. Contrairement au professeur Barber, il s'agit moins d'insister ici sur le phénomène de formalisation des

⁴⁵⁰ J. Jaconelli, « The nature of constitutional convention », *op. cit.*, p. 30, « A constitutional convention is no mere habit that certain governmental situations are dealt with in a particular way. It is a rule, characterised by a 'critical reflective attitude', which looks on the outward pattern of behaviour as a standard to be followed. Any deviation from the practice attracts - and is rightly regarded as attracting - criticism and pressure to conform. The idea of a social rule, it is submitted, captures the essence of a constitutional convention ».

⁴⁵¹ N. W. Barber, *The Constitutional State*, *op. cit.*, p. 103, « Constitutional conventions and laws are two brands of social rule which differ in the extent of their formalization. Laws and constitutional conventions behave in similar ways and share many common qualities ».

⁴⁵² B. Hough, « Conventions and Democracy », *op. cit.*, p. 381

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ B. Hough, « Conventions and Democracy », *op. cit.*, p.103

⁴⁵⁵ T. R. S. Allan, *The sovereignty of Law – Freedom, Constitution, and Common Law*, *op. cit.*, p. p.55, « Common law rules do not even possess the definitive textual form of enacted rules, but serve only to indicate the balance of reasons in the standard or typical case they chiefly envisage. Constitutional conventions are similar. These rules, making obligatory certain sorts of behaviour by government ministers must be understood in the light of their underpinning reasons: what they require depends on all the circumstances, having regard to relevant considerations of political principle ».

conventions constitutionnelles que sur le caractère peu formel du droit produit par la *common law* qu'Allan prend comme modèle de normativité. Dès lors, *common law* et conventions de la constitution peuvent être rapprochées, et la distinction entre droit et pratique politique s'estomper. Cet affaiblissement de la dichotomie est d'autant plus aisé que le modèle de *common law constitutionalism* retenu par le professeur Allan entend les principes produits par la *common law* comme le résultat d'un processus de délibération politique et morale⁴⁵⁶. Tant dans la démonstration de N. W. Barber que dans celle de T. R. S. Allan, le droit n'envahit pas le champ du politique, mais le politique reprend ses droits sur le droit⁴⁵⁷. Face à la déconstruction de l'altérité entre norme juridique et convention de la constitution, le modèle orthodoxe se voit défendre par certains auteurs sur le fondement que les normes juridiques s'articuleraient en système, là où les conventions de la constitution ne seraient que des normes isolées. Mais là encore, il semblerait pouvoir être démontré que les normes juridiques ne font pas toujours système⁴⁵⁸ et qu'en miroir, les normes non juridiques peuvent être amenées à s'articuler entre elles⁴⁵⁹.

150. L'impossibilité de poser une définition ontologique satisfaisante des conventions de la constitution qui serait suffisamment distincte des normes juridiques affaiblit la dichotomie proposée par Dicey et la frontière construite par le modèle orthodoxe entre la catégorie « droit public » et son extérieur. Y compris les auteurs s'inscrivant dans un positivisme moderne tel que redéveloppé après les écrits de H. L. A. Hart ou J. Raz ne semblent que difficilement pouvoir maintenir la distinction proposée par Dicey. L'ensemble des attaques portées à la distinction stricte du modèle diceyen entre conventions de la constitution et droit constitutionnel découle de la faiblesse du modèle orthodoxe à justifier la distinction entre juridique et politique et de la simplification extrême d'une des prémisses logiques posées par Dicey dans sa définition des conventions constitutionnelle. En effet, ce dernier déduit la différence de nature des conventions de la constitution en ce qu'il observe et affirme que ces dernières ne sont sanctionnées que politiquement, entre acteurs politiques et non pas par le juge. Or, le phénomène de cristallisation des conventions de la constitution semble devoir mettre à mal l'inférence logique tenue par Dicey. Il apparaît que les conventions de la constitution ne sont pas et sont de moins en moins ignorées par le juge britannique.

⁴⁵⁶ T. Poole, « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, p. 443

⁴⁵⁷ P. Avril, « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, n°20, 2018, pp. 1-6

⁴⁵⁸ N. W. Barber, *The Constitutional State*, *op. cit.*, p. 81

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 82

B. Les conventions de la constitution et le juge

151. Le recours indirect aux conventions de la constitution par le juge. « Pourquoi la distinction stricte entre droit et convention a-t-elle été si rapidement acceptée », s'interroge Mark Elliott, relevant qu'« une raison pourrait être qu'un nombre de conventions importantes concerne des sujets politiques que les cours regardent, dans toutes circonstances comme non justiciables – par exemple, les conventions relatives au statut du monarque et de la relation entre le monarque, l'exécutif et la branche législative. Mais extrapoler de cette observation qu'aucune convention n'est justiciable est illogique »⁴⁶⁰. C'est pourtant la conclusion que semble dresser Dicey dans sa description des conventions de la constitution. Conclusion qui permet d'étayer la distinction dressée par son modèle entre normes juridiques et normes non-juridiques de la constitution. Pour autant, d'autres cadres conceptuels permettent de penser autrement les rapports entre conventions et juges. Colin Munro rappelle que la distinction diceyenne entre droit constitutionnel et conventions de la constitution ne peut être « valide universellement s'il peut être démontré soit (1) que toutes les normes juridiques ne sont pas sanctionnées par le juge" et "(2) que certaines conventions sont sanctionnées par les cours »⁴⁶¹. C'est sur le terrain de ces deux axiomes que se concentrent les critiques de la vision diceyenne et la réouverture d'une frontière déjà poreuse entre droit et politique. La seconde hypothèse concentre en particulier les attaques contre la distinction entre droit et conventions de la constitution, prenant alors pour appui l'observation du phénomène de cristallisation des conventions constitutionnelles dans le droit. Mais c'est aussi au niveau de cette seconde hypothèse que survient une difficulté sémantique dans la définition proposée par Albert Venn Dicey. En effet, lorsque ce dernier utilise le terme « *enforce* », « appliquer », « sanctionner », entend-il une application directe ou indirecte des conventions de la constitution ?

152. La distinction entre ces deux modes d'application se retrouve chez la majorité des auteurs modernes abordant la question des conventions de la constitution. Elle est explicitement présentée chez N. W. Barber⁴⁶² ou encore chez C. Munro⁴⁶³, bien que l'usage qui en est fait

⁴⁶⁰ M. Elliott, « Brexit, Sovereignty and the contemporary British constitution: Four perspectives on Miller », *op. cit.*, « Why is this clear distinction between law and convention so readily accepted? One reason may be that a number of prominent conventions concern political matters which courts would, in any event, regard as non-justiciable - for instance, those conventions which deal with the position of the monarch, and the relationship between the monarch and the executive and legislative branches. But to extrapolate from this that no convention may be legally enforceable is illogical ».

⁴⁶¹ C. R. Munro, « Laws and Conventions Distinguished », *Law Quarterly Review*, N. 91; 1975, p. 215, « will not be universally valid if it is found either (1) that not every law is court-enforced, or (2) that some conventions are court enforced ».

⁴⁶² N. W. Barber, *The Constitutional State*, *op. cit.*

⁴⁶³ C. R. Munro, « Laws and Conventions Distinguished », *op. cit.*

par chacun des auteurs amène à des conclusions totalement opposées. Là où C. Munro, comme J. Jaconelli, utilise la distinction entre application directe et indirecte des conventions pour défendre la distinction posée entre droit et convention et conserver la frontière posée par le modèle orthodoxe entre le droit constitutionnel et son extérieur, des auteurs comme N. W. Barber ou M. Elliott y voient au contraire une preuve de la judiciarisation des conventions constitutionnelles. Mais ici encore les conséquences de la chute de la distinction n'emportent pas les mêmes conséquences pour le modèle. Comment une même dichotomie peut-elle dès lors arriver à deux résultats si opposés ? L'application directe supposerait que les conventions de la constitution créent des droits et puissent être utilisées par les juges comme justification principale pour l'octroi de dommages et intérêt ou pour obtenir l'annulation d'un acte sous la procédure de *Judicial review*. Une telle application néantiserait la distinction proposée par Dicey. Au contraire, l'application indirecte des conventions de la constitution suppose que ces dernières ne créent pas en elles-mêmes un droit, mais participe du contexte ou du raisonnement du juge pour permettre la sanction d'une obligation juridique qui existe par ailleurs au même titre que les faits par exemple⁴⁶⁴. Pour les défenseurs du modèle orthodoxe, le mode indirect d'application des conventions n'a pas été rejeté par A. V. Dicey et s'appliquerait aux conventions de la Constitution. Pour ce groupe d'auteurs, la distinction posée par Dicey entre droit et conventions ne concernerait que l'application directe. Mais y compris dans les modes d'application indirecte existe une gradation qui ne fait consensus ni chez les auteurs ni entre les cours des systèmes de *Common Law*. En ce sens, le Royaume-Uni apparaît comme plus frileux que le Canada ou l'Inde quant à l'étendue de l'application indirecte des conventions de la constitution.

153. Le premier mode d'application indirecte des conventions de la constitution est celui de la simple reconnaissance par le juge de l'existence d'une convention⁴⁶⁵. Elle ne met pas en danger le royaume du droit. Il s'agit ici pour le juge de déterminer s'il existe ou non une convention et si le champ d'application de cette dernière est disputé, définir quelle interprétation il convient de faire de ladite convention. Pour ce faire, le juge aura recours au test proposé par Jennings qui est appliqué dans la plupart des cours des systèmes de *Common Law*. C'est ce principe de reconnaissance qu'ont mis en application le *Upper Tribunal* et la *Supreme Court* dans les arrêts *Evans* et *Miller*, respectivement pour reconnaître l'*Education Convention*

⁴⁶⁴ N. W. Barber, *The Constitutional State*, op. cit., pp. 92-93

⁴⁶⁵ A. Vermeule, «Conventions in Court», *Dublin University. Law Journal*, vol. 38, 2015, p. 283, voir : *Carltona Ltd v Commissioner for Works* [1943] 2 All ER 560, *R v Home Secretary ex p Ruddock* [1987] 2 All ER 518, *A-G v Jonathan Cape Ltd*. [1976] QB 752.

et la *Sewel Convention*. Pour le professeur T. R. S. Allan, la simple reconnaissance par le juge d'une convention tend à lui donner valeur juridique,⁴⁶⁶ mais, la plupart des autres observateurs, qu'ils soient *scholars*⁴⁶⁷ ou juge⁴⁶⁸, ne voient pas dans la simple reconnaissance la cristallisation de la convention dans le droit. L'intérêt d'une simple reconnaissance par le juge peut sembler avoir peu d'intérêts. Pourtant, comme le soulignent les professeurs Farrah Ahmed, Adam Perry et Richard Albert, une telle identification peut se révéler nécessaire pour trancher un problème juridique⁴⁶⁹. Trois situations l'illustrent : les conventions peuvent jouer un rôle important dans l'interprétation du droit écrit⁴⁷⁰, elles peuvent aussi faire partie des conditions factuelles à remplir pour l'application d'une règle juridique⁴⁷¹ et enfin, elles peuvent aussi être un élément pour encadrer, limiter le développement et l'expansion du droit⁴⁷².

154. Le recours direct aux conventions de la constitution par le juge. Dans le cadre de l'interprétation des *statute laws*, l'élargissement des pouvoirs du juge à la recherche de la volonté du législateur ou de l'objectif assigné à la loi a mis en contact de manière évidente conventions de la constitution et droit. En effet, dès lors que le juge se doit de rechercher la volonté d'acteurs politiques respectant un certain nombre de conventions de la constitution pour interpréter les normes produites par ces acteurs de manière adéquate, cela implique pour lui de prendre connaissance et de respecter les limites posées par ces conventions⁴⁷³. Plus largement, le professeur Elliott relève que les conventions de la constitution, en tant que pratique, cherchent à respecter et protéger un certain nombre de valeurs et de principes

⁴⁶⁶ T. R. S. Allan, *The sovereignty of the Law*, *op. cit.*, p. 56, « *Conventions receive judicial 'recognition', however, whenever the general principles they reflect or embody are relevant to legal proceedings. From the internal perspective appropriate to constitutional interpretation, principle and practice are interdependent: legal principles reflect the moral standards that underpin and protect our democratic practice* », la défense de la simple reconnaissance par le juge comme donnant valeur juridique aux conventions de la constitution doit être mise en lien avec l'approche fondée sur la common law proposée par T. R. S. Allan. Elle présuppose de la texture ouverte du droit et permet une porosité et des échanges plus fluides entre les différents types de normativité du monde social. Politique, moral et droit circulent et se rencontrent alors.

⁴⁶⁷ A titre d'exemple : Vermeule, « *Conventions in Court* », *op. cit.*

⁴⁶⁸ *Miller*, *op. cit.*, pt 140 - 145

⁴⁶⁹ F. Ahmed, R. Albert, A. Perry, « *Enforcing constitutional conventions* », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, n°4, 2019, pp. 1146-1165, p. 1152

⁴⁷⁰ *Idem.*

⁴⁷¹ *Idem.*

⁴⁷² *Idem.*

⁴⁷³ [1998] AC 539, Lord Steyn, « *The wording of section 35(2) of the Act of 1991 is wide and general. It provides that "the Secretary of State may . . . release on licence a life prisoner who is not a discretionary life prisoner." There is no ambiguity in the statutory language. The presumption that in the event of ambiguity legislation is presumed not to invade common law rights is inapplicable. A broader principle applies. Parliament does not legislate in a vacuum. Parliament legislates for a European liberal democracy founded on the principles and traditions of the common law* ».

constitutionnels. Il relève plus précisément que l'importance accordée par Jennings dans son test aux raisons guidant la reconnaissance d'une convention doit être regardée comme mettant au cœur de la notion ces principes de respect de la constitution. En ce sens, la convention constitutionnelle observée par le Parlement de respecter le droit européen se trouverait au fondement de l'arrêt *Thoburn* qui reconnaît un principe constitutionnel au titre duquel le droit européen tel qu'intégré par le *ECA* de 1972 doit être respecté par les lois ordinaires. Une équivalence entre principes constitutionnels politiques guidant les conventions de la constitution et les principes constitutionnels reconnus par les juges amenant à l'émergence de la notion de *constitutional rights* semble alors apparaître, ajoutant dès lors une pression nouvelle au principe formel de souveraineté du Parlement tel que retenu dans le modèle orthodoxe.

155. Une idée similaire se dégage des écrits du Professeur Allan pour qui il convient de conclure que les conventions de la constitution sont applicables directement par le juge. Pour arriver à cette conclusion, le professeur Allan centre son observation sur le cas particulier de conventions constitutionnelles déjà observées par Dicey⁴⁷⁴. Dans le chapitre qu'il dédie à l'étude de la nature des conventions de la constitution, Dicey relève que ces dernières « sont (pour la plupart) des règles pour déterminer l'exercice des prérogatives »⁴⁷⁵, c'est-à-dire des pouvoirs discrétionnaires appartenant à la Couronne, ou plus largement au gouvernement. Or, si le juge se refusait à connaître et à contrôler l'application des pouvoirs réservés à la couronne à l'époque de Dicey, depuis l'arrêt *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (GCHQ)*⁴⁷⁶ de 1984, le juge s'est reconnu compétent pour sanctionner l'application desdits pouvoirs. Pour le Professeur Allan, une telle extension de la compétence du juge de *common law* traduit la cristallisation⁴⁷⁷ dans le droit des conventions observées par Dicey et démontre ainsi la possibilité d'une application directe des conventions de la constitution par le juge⁴⁷⁸.

156. Chez le professeur Elliott, la conclusion est plus prudente en ce qu'elle ne se fonde pas sur la seule observation du rapport du juge aux pouvoirs discrétionnaires de la couronne, mais sur l'émergence de conventions constitutionnelles en lien avec la *Devolution* et l'eupéanisation du droit. S'il observe une similarité dans les principes guidant tant l'action du juge que la pratique politique en matière constitutionnelle, il ne conclut pas à l'application directe des

⁴⁷⁴ TRS Allan, *The sovereignty of the Law*, *op. cit.*

⁴⁷⁵ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p.285, « the conventions of the constitution are (in the main) rules for determining the exercise of the prerogative ».

⁴⁷⁶ [1984] UKHL 6

⁴⁷⁷ T. R. S. Allan, *The sovereignty of the Law*, *op. cit.*

⁴⁷⁸ *Ibid.*

conventions de la constitution. Il soutient en revanche que les conventions sont capitales pour une pratique constitutionnelle démocratique en Grande-Bretagne⁴⁷⁹. Elles sont l'outil constitutionnel qui a permis l'adaptation d'un système hérité des Révolutions du XVII^e siècle aux exigences démocratiques modernes, mais ne sont que des solutions temporaires⁴⁸⁰ qui appellent à une juridicisation pour sécuriser au mieux leurs effets sur le système constitutionnel. La cristallisation dans le droit par l'utilisation par le juge des conventions (qu'elle soit indirecte ou directe) peut apparaître comme une première solution, la codification une seconde.

157. Limites à l'incorporation par le juge des conventions de la constitution dans le champ du droit. Deux critiques sont néanmoins ici à relever. L'incorporation par le juge des conventions, même de manière indirecte, pose la question de la séparation des pouvoirs entre pouvoir judiciaire et les pouvoirs politiques que sont le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif⁴⁸¹. En ce sens, et même si la Cour Suprême du Canada a pu reconnaître que « la fonction principale des conventions de la constitution est de s'assurer que le cadre juridique de la constitution sera mis en application conformément aux valeurs ou principes constitutionnels dominant de l'époque »⁴⁸², le juge britannique a lui rappelé dans l'arrêt *Miller* que « les juges (...) ne sont ni les parents ni les gardiens des conventions politiques, ils en sont simplement des observateurs. En tant que tels, ils peuvent reconnaître l'existence d'une convention dans le contexte de la décision d'une question juridique (...), mais ils ne peuvent pas rendre de décisions juridiques sur leurs applications ou leurs champs d'application, parce que ces points sont déterminés dans le champ du monde politique »⁴⁸³. La frilosité des juges britanniques

⁴⁷⁹ M. Elliott, *op. cit.*, p.374, « In this way, convention comes to bridge the gap between a constitutional theory of unlimited legislative authority, and the reality of a political environment within which regional autonomy and fundamental rights are regarded as tracing the perimeter of acceptable legislative conduct ».

⁴⁸⁰ *Ibid.*, « in the short to medium term, constitutional convention is the device by reference to which the new constitutional architecture can most readily be understood ».

⁴⁸¹ B. Hough, « Conventions and Democracy », *op. cit.*, « A counter argument to this kind of incorporation, at least if applied to most conventions, is that it poses questions about a court's role under the separation of powers. If courts enforce conventions their existence becomes 'fixed' as a matter of law by judges rather than politicians. This recalls the familiar argument that judges may be lead into the political arena. It is also possible to assert that the demands of political morality ought to be a matter of collective decision reached through th medium of politics and so fall outside the proper scope of the judicial function ».

⁴⁸² *Reference re Amendment of the Constitution of Canada* (Nos 1, 2 and 3) (1982) 125 DLR (3d) 1, pt. 84 « the main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will be operated in accordance with the prevailing constitutional values or principles of the period ».

⁴⁸³ *Miller*, *op. cit.*, « Judges therefore are neither the parents nor the guardians of political conventions; they are merely observers. As such, they can recognise the operation of a political convention in the context of deciding a legal question (as in the *Crossman diaries case-Attorney General v Jonathan Cape Ltd* [1976] QB 752), but they cannot give legal rulings on its operation or scope, because those matters are determined within the political world ».

face à la reconnaissance directe d'une dimension juridique aux conventions de la constitution demeure un obstacle pour l'ensemble des observateurs revendiquant la possibilité d'une telle application et la cristallisation grandissante des conventions dans le droit. Une autre solution permettant de rigidifier et de juridiciser ces conventions est à trouver dans la codification juridique des conventions. Mais cette dernière hypothèse soulève à son tour des critiques notamment quant à la perte de plasticité et d'adaptabilité qui caractérise les conventions dès lors que ces dernières trouveraient à s'exprimer plus formellement dans un texte juridique⁴⁸⁴.

158. La relation complexe entre droit constitutionnel et convention de la constitution et les débats sur la nature de ces dernières soulignent les évolutions récentes du système constitutionnel britannique entre reconnaissances d'un État administratif, redéfinition de la séparation des pouvoirs, de la forme de l'État et intégration des systèmes européens. La seule étude des normes regardée comme pleinement juridique ne permet pas dans le cadre du droit constitutionnel anglais de rendre un panorama satisfaisant de la constitution britannique qui se trouve pour partie en dehors de ce que le modèle orthodoxe définit comme le droit⁴⁸⁵. L'élargissement de ce panorama tant par des auteurs utilisant les structures orthodoxes que ceux lui préférant le modèle du *common law constitutionalism* tend à montrer un affaïssement de la frontière posée entre normes juridiques et non-juridiques de la constitution, sans que pour autant les conséquences sur l'ontologie du droit constitutionnel ne soient les mêmes. Là où les analyses de *legal constitutionalist* comme le Professeur Mark Elliott semblent faire tomber la dichotomie pour mieux étendre le territoire du droit pour lui permettre de saisir le politique, les observations du professeur Nicholas Barber tendent au strict résultat inverse. Le discours de *common law constitutionalism* proposé par le professeur Trevor Allan semble proposer une dialectique plus fluide entre droit et politique dès lors que sa définition même du droit, fondée sur le caractère argumentatif et rhétorique du droit et non sur une approche logique et positiviste lui permet de faire de la *common law* un lieu de rencontre et de mutuelles influences entre différents types de normes sociales. La reconnaissance par le juge des conventions ne met ici en danger ni le droit ni la politique ou la morale publique, mais les reconnecte les uns aux autres.

159. À la suite de ces observations, la matière constitutionnelle n'apparaît d'ailleurs pas comme la seule matière du droit public à avoir une partie de son système normatif située en

⁴⁸⁴ M. Elliott, *op. cit.*

⁴⁸⁵ Dicey, malgré la distinction entre droit et convention l'avait tout à fait compris dès lors qu'il rendait compte dans plusieurs chapitres de son ouvrage des rapports et de la nature des conventions de la constitution.

dehors du champ d'une définition du droit entendue comme commandement d'un souverain sanctionné par le juge et telle qu'au cœur du modèle orthodoxe. La matière administrative connaît une architecture relativement similaire dont la reconnaissance apparaît comme plus tardive que la matière constitutionnelle.

§2. La frontière des sources du droit administratif

160. Les développements ont jusqu'ici proposé une présentation des sources du droit public pensée comme générale, mais qui, de fait, a davantage porté son regard sur la matière constitutionnelle que sur les spécificités de la matière administrative. Le paragraphe précédent a ainsi seulement envisagé les frontières du droit constitutionnel et la relation à son extérieur, ou du moins, ce que le modèle orthodoxe présente comme lui étant extérieur. Tout comme pesaient sur ces frontières floues le regard et les concepts posés par l'analyse diceyenne, la matière administrative se déploie, elle aussi, dans un jeu d'ombres et de lumières où la centralité d'un droit défini dans son seul rapport à la sanction du juge a laissé un certain nombre de phénomènes non juridiques ou autrefois considérés comme non juridiques, hors du regard de ses observateurs. Le professeur Anthony Bradley a déjà pu insister sur l'importance de ne pas centrer l'étude et la compréhension du droit administratif sur le seul recours du *judicial review* comme le propose le modèle orthodoxe du droit public britannique, mais de chercher au-delà⁴⁸⁶. Plus encore, le droit administratif britannique s'est longtemps trouvé « tronqué » de toute représentation du système juridique par sa définition, ou plutôt sa non-définition imposée par Dicey.

161. En effet, fondant sa conceptualisation du droit public sur la base d'un droit constitutionnel entendu comme dérivé du droit privé, Dicey a tout simplement rejeté l'idée même d'un droit administratif britannique⁴⁸⁷. Si Dicey n'a pu maintenir ces allégations à l'encontre du droit administratif jusqu'à la fin de sa carrière tant le développement de l'État administratif au Royaume-Uni a marqué la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, demeurait

⁴⁸⁶ A. W. Bradley, « Research and Reform in Administrative Law », *N. 13 J. Soc'y Pub. Tchrs. L.*, 1974, pp. 35 - 44, p. 38, « the importance of understanding the actual powers and decisions of officials and the gulf which lies between these and the formal mechanism of judicial review ».

⁴⁸⁷ Le rejet est certainement à nuancer et à replacer dans le contexte du projet pédagogique de Dicey. Voir J. Allison, *op. cit.*, Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 102 : « Anyone who considers with care the nature of the droit administratif of France, or the topics to which it applies, will soon discover that it rests and always has rested, at bottom on two leading ideas alien to the conceptions of modern Englishmen ».

pour lui que le recours à des cours ordinaires était « fatal à l'existence d'un véritable droit administratif »⁴⁸⁸. Le constat très affirmé et exagéré de Dicey occulter pour partie, et va faire occulter aux générations de juristes qui vont être formés dans le paradigme analytique diceyen et reprendre les structures du modèle orthodoxe, le développement à partir du début du XIX^e siècle de différents *Tribunals*, créés pour trancher des litiges entre les individus⁴⁸⁹ et une administration dont l'expansion accompagne la Révolution industrielle à travers le *Board system*⁴⁹⁰. D'organes non organisés, non indépendants, va se constituer entre l'ère victorienne et la seconde moitié du XX^e siècle un système de tribunaux précontentieux que parachève la réforme du *Tribunals and Courts Enforcement Act* adopté par le Parlement en 2007. Cette loi reconnaît pleinement le système précontentieux administratif formé par les tribunaux et les intègre au système judiciaire, posant ainsi clairement leur indépendance face à l'administration. Pour autant ce système ne compose pas le cœur du droit administratif britannique contemporain qui en se centrant sur le *judicial review*, permet à la définition du droit comme commandement d'un souverain sanctionné par le juge reposant au cœur du modèle orthodoxe d'être sauvegardée. Mais à côté de ce système reconnu et réintégré dans la définition du droit administratif, s'est développée un ensemble de normes de *soft law*, aussi appelées « *quasi-legislations* » (A.), dont la présence aux frontières du droit administratif semble aujourd'hui devoir être reconnue à travers le développement d'un discours sur l'existence d'une troisième source aux pouvoirs de l'administration dont les contours sont encore incertains et qui participe de la remise en cause du principe formel de souveraineté du Parlement (B.).

A. Les « quasi-législations administratives » du droit public britannique

162. L'émergence de la notion de quasi-législation dans le droit public britannique.

L'expression « quasi-législation » apparaît en 1944, lorsque face à une note administrative, la *Inland Revenue guidance*, Robert Megarry s'interroge quant à la nature de l'objet auquel il fait face, à la frontière entre le droit et la pratique administrative. En effet, la note en question « fonctionne en faveur de l'ensemble des individus concernés par l'acquittement de l'impôt,

⁴⁸⁸ A. V. Dicey, « Droit administratif in modern French Law », *LQR*, 1901, p. 302, cite par C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, 3rd edition, Cambridge University Press, § Law in Context, pp. 827, p. 10, « *fatal to the true existence to true droit administrative* ».

⁴⁸⁹ Pour une analyse de la fonction contentieuse des *Tribunals*, voir T. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013, pp. 30-31.

⁴⁹⁰ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 39-41.

n'est pas techniquement du droit, mais bien qu'aucune court ne l'appliquerait, aucune administration ne manquerait de l'honorer, et comme elle ne s'applique pas à des cas individuels, mais est entendue comme s'appliquant en général à tous ceux qui tombent sous son champ d'application, l'appellation de 'quasi-législation' n'est peut-être pas inepte »⁴⁹¹. Robert Megarry, bien que ne faisant pas lui-même d'analogie entre les conventions de la constitution⁴⁹² et l'outil administratif qu'il observe, vient de mettre en lumière un objet de régulation dont la normativité complexe ne va pas sans rappeler les conventions constitutionnelles. Il s'agit en effet et à nouveau de faire face à un objet qui, s'il n'est pas sanctionné par le juge, semble bien créer une règle entre les acteurs non pas politiques cette fois, mais, issus de l'administration.

163. Si cette forme de normativité apparaît pour un observateur du XXI^e siècle tant innover les systèmes internationaux, supranationaux que purement internes⁴⁹³, les développements et commentaires sur ces quasi-législations administratives sont loin d'être aussi riches que ceux entourant les conventions de la constitution qui se trouvaient déjà identifiées à la fin du dix-neuvième siècle. Ici, la matière – en tant qu'objet d'étude- est relativement nouvelle et surtout très secondaire dans un champ juridique modelé autour du développement du *judicial review* et de la sanction de l'État administratif par le juge tel que représenté par le modèle orthodoxe. Dans ce contexte et malgré les appels, notamment des *scholars* de la *London School of Economics*, à prendre en compte tous les aspects de la matière administrative, aucun test n'est proposé pour identifier clairement les quasi-législations administratives. Au-delà du peu d'intérêt que suscite la notion, elle semble contenir en puissance une menace pour le modèle orthodoxe qui assure sa fermeture en distinguant le droit du hors-droit.

164. Ainsi, Gabriel Ganz qui, en 1987, est le premier depuis Robert Megarry à leur consacrer une étude complète et en tenter une théorisation⁴⁹⁴, utilise le terme « pour couvrir un spectre large de règles dont le seul facteur commun est qu'elles ne sont pas directement sanctionnées

⁴⁹¹ R. Megarry, « Administrative quasi-legislation », *L. Q. R.*, n°60, p.125, « operating in favour of the individuals concerned at the expense of taxpayers as a whole, are technically not law, but although no Court would enforce them, no official body would fail to honour them, and as they are not merely concessions in individual cases but are intended to apply generally to all who fall within their scope, the description of quasi-legislation' is perhaps not inept ».

⁴⁹² Elle se retrouve en revanche chez Richard Rawlings, voir : R. Rawlings, « Soft law never dies », *In*, M. Elliott, D. Feldman (dir.), *The Cambridge Companion to Public Law*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 215-235.

⁴⁹³ Conseil d'Etat, Le droit souple. Etude annuelle 2013, Paris, La documentation française, Rapports officiels, vol. 64, 2013.

⁴⁹⁴ G. Ganz, *Quasi-legislations : Recent developments in Secondary legislation (Modern Legal studies)*, Londres, Sweet and Maxwell, 1987.

par une procédure civile ou criminelle »⁴⁹⁵. Avec ce peu de précisions, l'expression semble devoir désigner un ensemble d'objets qui s'étend de règles ayant un effet juridique limité à des règles totalement facultatives et ne relevant que d'une application volontaire. Désignées sous les termes de codes, circulaires, note de politique et guide, avis officiel et déclaration pratique, etc.⁴⁹⁶, leur seul véritable point commun est leur fondement consensuel et non leur effet dans le monde du droit. En effet, il n'est pas possible pour Ganz et les commentateurs qui lui feront suite de les identifier au regard de leur effet juridique ou non juridique comme cela pouvait être le cas pour les conventions de la constitution. Comme le relève Ganz, « c'est là que la ligne entre droit et quasi-législation devient floue, parce qu'elles ont différent degré de force juridique et beaucoup des règles discutées ont quelque effet juridique »⁴⁹⁷. Là où les conventions de la constitution demeuraient à la frontière extérieure du droit et de la politique, malgré une tendance récente et centrifuge à les réintégrer dans le champ juridique, la nature des quasi-législations administratives diffère : le spectre sur lesquelles elles s'échelonnent perfore la distinction entre les normes juridiques administratives et les normes non juridiques administratives. De plus, ce « droit-qui-n'est-pas-une loi »⁴⁹⁸ n'est pas seulement difficile à identifier au regard des effets juridiques qu'il produit, mais aussi de la forme qu'il prend et des sources où il peut être trouvé⁴⁹⁹. Il résiste en effet à toute approche formelle⁵⁰⁰ et peut aussi bien se trouver dans des circulaires comme dans des codes de pratiques intégrés à des règlements produits par l'administration sur la base de la *delegated legislation*⁵⁰¹.

165. Pour autant, la flexibilité de ces instruments polymorphes, leur peu de technicité, la rapidité avec laquelle ils peuvent être adoptés et le peu, voire l'absence, de contrôle qui pèsent sur eux en font des outils attractifs pour l'administration⁵⁰². Ils deviennent alors un monde en

⁴⁹⁵ *Ibid.* p. 1.

⁴⁹⁶ R. Rawlings, « Soft law never dies », *op. cit.*, p. 218.

⁴⁹⁷ G. Ganz, *Quasi-legislations : Recent developments in Secondary legislation (Modern Legal studies)*, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, « In 1944 in a seminal note Mr. Megarry (as he then was) coined the phrase “administrative quasi-legislation” to describe **law-which-is-not-a-law** (...) ».

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 4, « It is also not possible to draw a clear distinction between law and quasi-legislation on purely formal lines i. e. the mechanism by which it is made ».

⁵⁰⁰ R. Baldwin, J. Houghton, « Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules », *Public Law*, 1986, pp. 239-284, p. 240, « At this point, it should be noted that the form in which a rule emerges is not necessarily related to its status: an unsanctioned administrative rule may on its face bear a remarkable resemblance to a statutory instrument (indeed, the Ombudsman has in the past investigated a department's “passing off” one as the other). Similarly, many rules with statutory sanction are not published as statutory instruments (e.g. the Home Insulation Scheme, housing and planning circulars) ».

⁵⁰¹ Le terme vise à désigner les lois d'habilitation par lesquelles le Parlement de Westminster autorise et mandate l'exécutif pour adopter certaines dispositions.

⁵⁰² R. Baldwin, J. Houghton, « Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules », *Public Law*, 1986, pp. 239-284, pp. 239-240 « For bureaucrats, the attractions of informality are plain. Such rules inexpensively and swiftly routinise the exercise of discretion⁵ ; they provide easy justifications for the use of statutory powers;

pleine expansion qui se soustrait aux cadres du modèle orthodoxe et le met dès lors sous pression⁵⁰³. Un monde qui ne va cesser de s'étendre à partir de la seconde moitié du vingtième siècle et le renforcement de l'État administratif. Dans sa contribution à l'ouvrage *The Cambridge Companion to Public law*, Richard Rawlings retrace la généalogie de ce concept et de son expansion, soulignant alors l'évolution du vocabulaire désignant cet ensemble d'outils administratifs, cet « amoncellement » de règles qui accompagne le « 'bric-à-brac' de la *delegated legislation* » et qui « encombre les bureaux (et les dossiers des ordinateurs) des bureaucrates »⁵⁰⁴.

166. Le terme « quasi-législation administrative » tend à disparaître au tournant des années quatre-vingt au profit d'une nouvelle dénomination : celle de *soft law*. Cette évolution terminologique qui a lieu sous le gouvernement Thatcher, cristallise pour l'auteur les effets tant de l'internationalisation, mais surtout de l'eupéanisation du droit public durant cette période, que le résultat du changement de paradigme en matière de gestion de l'administration sous le gouvernement conservateur⁵⁰⁵. Mais ces phénomènes ne semblent pas être les seuls à participer de cette évolution sémantique. En effet, aux phénomènes précités, R. Rawlings ajoute le développement du *New Public Management* et la privatisation d'un certain nombre de services publics comme facteur d'émergence de cette nouvelle dénomination⁵⁰⁶. Dès lors, « la soft law est un fait de la vie publique. Comprise en termes de demandes concurrentes pour de la flexibilité et de la réactivité, et pour de la régularité et de la cohérence, les agents de l'État ne pourraient pas raisonnablement faire sans, pour adopter une définition large et fonctionnelle, ces règles de conduite (...) qui ne sont pas directement sanctionnées juridiquement, mais qui sont regardée comme ayant force obligatoire dans certains contextes

they “get the job done” whilst offering something to critics (irregular police questioning leads to disciplinary action, not exclusion of evidence); they give a flexibility that primary legislation does not offer; and they are largely immune from judicial review ».

⁵⁰³ R. Rawlings, « Soft law never dies », *op. cit.*, p. 218, « On from a world largely bounded by statutes, statutory devices and case law, 'administrative quasi-legislation' was part of 'an expanding universe' confronting the legal practitioner ».

⁵⁰⁴ C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*, p.192, « The 'ragbag' of delegated legislation is paralleled in a litter of 'rules, manuals, directives, codes, guidelines, (...) that clutter the desks (and computers files) of bureaucrats ».

⁵⁰⁵ R. Rawlings, «Soft law never dies» *op. cit*, pp.220-221

⁵⁰⁶ *Ibid.*

juridiques ou institutionnels »⁵⁰⁷. Elle participe de fait à la crise de la définition même de la chose publique en inscrivant sa logique normative dans une logique économique⁵⁰⁸.

167. Le contrôle des quasi-législation administrative du droit public britannique. Si ces instruments s'imposent par leur efficacité, la question de leur transparence et de leur respect du cadre juridique ou plutôt des trous laissés par le système juridique dans lesquels ils se trouvent à être produit interroge sur leur recours. En effet, si « une approche de ce type de règles est qu'elles offrent une structure utile à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, une autre est qu'elles sont souvent utilisées de manière cynique de manière à créer des normes sans recours au Parlement, de montrer aux juges le sens des *statutes* et d'isoler les administrations de tout contrôle »⁵⁰⁹. Dans le contexte d'une « juridicisation » de plus en plus poussée qui amène à « formaliser et enfermer les relations sociales en termes de droit »⁵¹⁰, le recours à la *soft law* comme outil normatif échappant aux contrôles du juge pose la question de la compatibilité de tels outils avec le cadre constitutionnel du Royaume-Uni et plus largement avec un système démocratique. D'après R. Baldwin et J. Houghton, « la manière britannique de gérer la question des règles administratives informelles a été de cacher le problème sous le tapis »⁵¹¹. L'absence de représentation de ces normes dans le modèle orthodoxe est à l'image de cette gestion par l'ignorance. Pour autant, des mécanismes de contrôles tant parlementaire que judiciaire ont pu être développés pour encadrer l'application de certaines de ces règles informelles.

168. Le contrôle du Parlement peut s'exercer à la fois sur les normes informelles dérivées de lois⁵¹² que sur des normes informelles qui en sont indépendantes⁵¹³, par le jeu de déclarations

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 215, « *soft law is a fact of public life. Cast in terms of competing demands for flexibility and responsiveness, and consistency and coherence, official business could not sensibly be carried without, to adopt a generous working definition, rules of conduct or pointers and commitments which are not directly legally enforceable but which may be treated as binding in particular legal or institutional context* ».

⁵⁰⁸⁵⁰⁸ T. Poole, « Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, p. 437

⁵⁰⁹ R. Baldwin, J. Houghton, « Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules », *op. cit.*, p. 239, « *One view of such "rules" is that they offer a useful structuring of discretion ; another is that they are often used cynically so as to make law without resort to Parliament, to instruct judges on the meaning of statutes and to insulate bureaucracies from review* ».

⁵¹⁰ R. Rawlings, « Soft law never dies », *op. cit.*, p. 222, « the discernible tendency to formalise and encapsulate social relations in terms of law », voire aussi G. Teubner, « Juridification: Concepts, Aspects, Limits, solutions » In G. Teubner (ed.), *juridification of social spheres*, De Gruyter, Berlin, 1988

⁵¹¹ R. Baldwin, J. Houghton, « Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules », *op. cit.*, p. 269, « *The British way of dealing with informal administrative rules108 has been to sweep the problem under the carpet* ».

⁵¹² G. Ganz, *op. cit.*, pp. 22-23

⁵¹³ *Ibid.*

sur la validité de ces dernières⁵¹⁴. Mais un tel contrôle apparaît comme peu approprié au regard du temps législatif et de la charge de travail auxquelles les deux chambres doivent déjà faire face⁵¹⁵. En ce sens, ce type de contrôle apparaît comme secondaire au profit de celui exercé par le juge.

169. Le contrôle exercé par le juge sur ces objets normatifs dépend de la reconnaissance par les cours de leur valeur juridique. En ce sens, G. Ganz propose d'observer une distinction entre forme juridique et force juridique. En effet, s'il observe que tous les instruments de *soft law* se caractérisent par une forme qui ne correspond pas à celle des lois ou des règlements, cela n'empêche pas selon lui que certains de ces outils puissent exercer une force juridique. Si pour les professeurs Carol Harlow et Richard Rawling, cet effet n'est pas juridique, mais seulement pratique⁵¹⁶, l'étude proposée par Gabriel Ganz de la réception de ces objets normatifs complexe tend cependant à démontrer que certains d'entre eux disposent bel et bien d'une force juridique que cette dernière soit directe ou indirecte. L'existence d'une force juridique directe a été reconnue par le juge pour l'ensemble des instruments normatifs (les codes de conduites notamment) produit par l'administration afin d'encadrer la pratique administrative lorsque ces derniers ont été prévus dans la loi. Peut ici être pris en exemple le cas des règles sur l'immigration adoptée par le *Secretary of State* en application de l'article 3(2) de l'*Immigration Act* de 1971. Cet article prévoit en effet que : « Le ministre de l'Intérieur peut, parfois (et aussi rapidement que possible) présenter devant le Parlement des règles, ou tout changement de ces règles, adoptées par lui pour encadrer la pratique que doit suivre l'Administration pour l'application de cette loi (...) »⁵¹⁷. Au regard de ce lien entre les règles informelles adoptées par l'administration et la loi les encadrant, les juges ont d'abord conclu que ces règles administratives devaient être regardées comme du droit au même titre que le reste du pouvoir réglementaire détenu par l'administration en vertu de la *delegated legislation*⁵¹⁸. Mais cette position défendue notamment par Roskill LJ dans l'affaire *R. v. Chief*

⁵¹⁴ R. Baldwin, J. Houghton, « Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules », *op. cit.*, p. 270

⁵¹⁵ *Idem.*

⁵¹⁶ C. Harlow, R. Rawling, *Law and Administration*, *op. cit.*, p. 192, « All have some claim to the term 'rule' but not all can claim to be 'law' nor would they find a place within the legal hierarchy of rules. Soft law, as it has come to be called, is a term that covers 'any written or unwritten rule which has the purpose or effect of influencing bureaucratic decision making in a non-trivial fashion' or, to put this differently, 'rules of conduct that, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects' ».

⁵¹⁷ *Immigration Act* 1971, section 3(2)

⁵¹⁸ *R. v. Chief Immigration Officer, ex p. Bibi* [1976] 1 W. L. R. 979, Roskill L. J., « He said that they were but departmental circulars laying down no more than good administrative practice. With respect, I profoundly disagree. If one looks at the section which empowers the Secretary of State to make these rules one finds in section 3 (2) that he shall lay before Parliament as soon as may be statements of the rules or any changes in the rules laid down by him. These rules are just as much delegated legislation as any other form of rule-making activity or

Immigration Officer ex parte Bibi, va être contestée par Lord Denning⁵¹⁹. Mais G. Ganz relève que le lien entre loi et « quasi-législation » est pleinement établi par Cumming-Bruce L. J., lorsque ce dernier affirme que « l'effet juridique qu'ont ces règles dans ce champ limité ne vient pas du fait qu'elles ont été publiées par le ministre et présentées aux deux chambres du Parlement, mais parce que l'article 19(2) donne à ces règles un effet qui dans certains domaines est clairement obligatoire juridiquement »⁵²⁰.

170. Ainsi, dès lors qu'une règle administrative informelle est adoptée en vertu d'une loi votée par le Parlement, cette dernière se voit reconnaître une force juridique qui peut être sanctionnée par le juge. Mais ce type de normes informelles ne sont pas les seules à être reconnues et appliquées par le juge bien qu'elles n'aient pas de forme juridique. En effet, le juge peut avoir à appliquer indirectement une règle de *soft law*, comme il a été établi plutôt que les conventions de la constitution pouvaient être appliquées de manière indirecte. Le cadre n'est pas ici celui de l'interprétation des *statutes*, mais celui du *judicial review* et plus particulièrement du contrôle par le juge de l'action raisonnable de l'administration. En effet, au regard du *Wednesbury test* établi en 1948⁵²¹ pour apprécier le caractère raisonnable de la décision prise⁵²², le juge doit alors tenir compte de son contexte. Or peuvent s'y trouver des normes de *soft law*⁵²³. Dans le cadre de l'application du *Wednesbury test*, le juge pourra ainsi être amené à utiliser ces normes pour mieux contextualiser la décision qu'il doit contrôler. Elles feront alors partie des faits pris en compte par le juge au même titre que pouvaient l'être les conventions de la constitution lors de certains cas d'application indirecte⁵²⁴.

delegated legislation which is empowered by Act of Parliament. Furthermore, these rules are subject to a negative resolution (see the second paragraph of section 3 (2) of the Act of 1971); and it is unheard of that something which is no more than an administrative circular stating what the Home Office conceives to be good administrative practice should be subject to a negative resolution from both Houses of Parliament. These rules to my mind are just as much a part of the law of England as the Act itself ».

⁵¹⁹ *R. v. Home Secretary, ex p. Honeball* [1977] 1 W. L. R. 766, Lord Denning, « *Although the Statement of Immigration Rules for Control after Entry: EEC and Other Non-Commonwealth Nationals (H.C.82) can be used as a touchstone to see whether the Secretary of State has acted fairly, they are rules of practice and not delegated legislation amounting to strict rules of law ».*

⁵²⁰ G. Ganz, *Quasi-legislations : Recent developments in Secondary legislation (Modern Legal studies)*, op. cit., p. 7 « *But the legal effect that the rules have in that limited field flows from the fact that they have been published by the minister and laid before both Houses of the Parliament, but because by section 19(2) the rules are given an effect which is in a certain field clearly legally enforceable, and that is quite a different matter ».*

⁵²¹ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K. B. 223.

⁵²² *Ibid.*, Lord Greene, « *They have considered it and come to a decision upon it. It is true to say that, if a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere ».*

⁵²³ G. Ganz, *Quasi-legislations : Recent developments in Secondary legislation (Modern Legal studies)*, op. cit., p. 16.

⁵²⁴ *R. v. Eastleigh B. C., ex p. Betts* [1983] 3 WLR 397.

171. L'application par le juge permet de contrôler l'action de l'administration aux regards des normes informelles qu'il entend se donner pour encadrer ses activités, mais qu'en est-il du contrôle même de la formation et de l'étendu des règles que la *soft law* entend donner à l'administration ? Le test de *Wednesbury* joue à nouveau un rôle important⁵²⁵. C'est en effet en recourant aux principes de l'arrêt *Wednesbury* que les juges ont pu sanctionner un mémorandum produit par le *National Health Service* qui contenait des lignes directrices relatives à l'usage de la contraception chez des jeunes filles de moins de seize ans⁵²⁶. Le recours à ce test permet ainsi au juge de sanctionner les règles administratives informelles qui ne relèveraient pas d'une pratique administrative raisonnable. Par ce test il s'agit ainsi de pouvoir sanctionner des pratiques qui se révéleraient *contra legem*. De même, le juge s'est reconnu compétent pour interpréter les dispositions des instruments de *soft law* administrative dès lors que ces dernières soulèvent des questions. Selon Lord Denning, il s'agit pour les cours de s'assurer « que l'administration agit en accord avec le droit »⁵²⁷. Il veille aussi à la publicité de ces normes informelles afin de garantir les libertés des individus⁵²⁸ et la sécurité juridique⁵²⁹.

172. Ainsi, et si contrairement aux cas des conventions de la constitution, la *soft law* administrative ne se voit pas aussi clairement définie et théorisée, elle est de fait un objet dont le juge s'est saisi bien plus aisément grâce à la procédure de *judicial review* et au développement du contrôle judiciaire sur l'action administrative. Mais cette source à la frontière du droit administratif, à cheval entre droit et pratique, semble aujourd'hui s'inscrire dans le mouvement de reconnaissance et de développement d'une « troisième source » juridique à l'action administrative qui réintègre cette fois pleinement les quasi-législations administratives dans un discours purement juridique et vient déplacer les lignes et frontières d'une matière administrative conçue et pensée par le modèle orthodoxe sous le seul angle du principe formel de souveraineté du Parlement et des *delegated legislations*.

⁵²⁵ G. Ganz, *Quasi-legislations : Recent developments in Secondary legislation (Modern Legal studies)*, op. cit., p. 46.

⁵²⁶ *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1983] 3 W. L. R. 859.

⁵²⁷ *GEC v. Price Commission* [1975] ICR 1. Lord Denning, « *The courts will ensure that the body acts in accordance with the law* ».

⁵²⁸ R. Baldwin, J Houghton, « Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules », op. cit., p. 275, « *it's "vital to the whole English theory of the liberty of the subject" that those affected by sub-delegated legislation should be able to ascertain its existence and nature. Indeed, the seeds of such an approach are already to be found in the law. It is the duty of "everyone who decides anything to act in good faith and listen fairly to both sides" The right to a fair hearing also involves a person's right to know the case against him or her* ».

⁵²⁹ *Kanda v. Government of Malaya* [1962] A.C. 322., Lord Denning, « *He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them* ».

B. Le développement d'une « troisième source » juridique pour le droit administratif

- 173. La reconnaissance des normes administratives informelles par le juge *de common law* britannique.** Si le débat contemporain entre *common law constitutionalists* et *legal constitutionalists*, autour de la notion de convention de la constitution, se concentre sur la nature juridique ou extrajuridique des conventions et amène certains *scholars* -généralement marqué par une approche prescriptive et non-orthodoxe – à affirmer la nature juridique de ces conventions et donc, ce faisant, leur opposabilité devant le juge, les cours de *common law* britanniques, contrairement à leurs homologues du *Commonwealth*, se sont montrées frileuses à procéder à une telle reconnaissance. Elles ont opposé une vision orthodoxe de ces normes non juridiques de la matière constitutionnelle, revivifiant les structures de la catégorie orthodoxe du droit public et semblant dès lors souscrire aux thèses du *legal constitutionalism*.
- 174.** Une telle frilosité semble cependant moins marquer les juges britanniques lorsque se pose la question des normes informelles de la matière administrative. Le juge reconnaît ici et au contraire de la matière constitutionnelle, la force juridique de certains de ces outils et n'hésite pas à en contrôler tant le champ que l'application. Les enjeux ne sont en effet pas les mêmes. Là où s'esquisse derrière l'application des conventions de la constitution par le juge une opposition entre démocratie et libéralisme, entre politique et juridique, le contrôle de la *soft law* administrative semble participer à un nouveau paradigme de « bonne régulation » dans lequel le juge n'hésite pas à déployer tout l'arsenal mis à disposition par la *common law* pour veiller, au mieux, à une bonne pratique administrative. Pour autant, l'extension du domaine du droit à ces objets ne signifie pas pour autant le renforcement du modèle orthodoxe, car elle semble, au contraire, donner de nouveaux arguments à une lecture de *common law constitutionalism*, rejetant par nature le principe de souveraineté du Parlement.
- 175.** Pour autant, et jusqu'à l'arrêt de la Cour Suprême, *R (on the application of New London College Ltd) v Secretary of State for the Home Department*, rendu en 2013⁵³⁰ la *soft law* ne s'était pas vue intégrée parmi les sources juridiques de la matière administrative et demeurait une source pratique qui pouvait avoir un effet juridique. L'arrêt vient ainsi brouiller les lignes entre droit administratif et pratique administrative en reconnaissant à l'administration une troisième source qui constitue *de facto* un ensemble de libertés résiduelles qui ne se trouvent ni encadrées ni limitées par les *statutes* ou la *common law*. En introduction à son commentaire de la décision, le Professeur Mark Elliott rappelle que si les individus disposent de la liberté

⁵³⁰ [2013] UKSC 51.

de faire tout ce qui n'est pas interdit⁵³¹, les organes publics ne s'étaient pas vu reconnaître une telle liberté. L'action de ces derniers devrait alors nécessairement se fonder sur l'existence de pouvoirs réglementaires délégués par le Parlement via les *delegated legislations* ou de pouvoirs réglementaires reconnus à l'administration comme faisant partie des *prerogative powers* et trouvant donc leur source dans la *common law*. Toute action qui ne se trouvait pas son origine dans une de ces deux sources devait alors être regardée comme illégale et être sanctionnée par le juge. L'idée n'est pas nouvelle et se retrouvait déjà dans l'affaire *Entick v. Carrington* tranché par la *Court of Common Pleas* en mille sept cent soixante-cinq⁵³². En l'espèce, Nathan Carrington et trois autres messagers de Georges III s'étaient vus confier un mandat produit par le *Secretary of State* afin de perquisitionner les correspondances de John Entick. Ce dernier, constatant qu'il n'existait pas de *statutes* ou de principe de *common law* autorisant l'émission d'un tel mandat, saisit le juge afin de faire reconnaître l'atteinte à son droit de propriété et d'obtenir réparation, ce que la *Court of Common Pleas* lui accorda, observant qu'il n'y avait pas de fondement légal pour l'action des messagers.

176. La reconnaissance par le juge de cette « troisième source » étend ainsi le périmètre du droit positif en dehors des structures proposées par le modèle orthodoxe. En effet, si certains instruments de *soft law* apparaissent comme clairement dérivés de *statutes*, l'ensemble de ces normes informelles ne semblent cependant pas pouvoir relever des deux types de sources précitées, pas plus que le recours accru par l'administration britannique aux contrats et pseudo-contrats⁵³³ depuis la période Thatcher. D'ailleurs, ni ces derniers, ni les règles informelles autonomes ne pouvaient être sanctionnés par le juge sur la base de la théorie des sources de l'action administrative proposée dans l'arrêt *R v. Somerset County Council, ex p. Fewlings*⁵³⁴ par Laws J. La tolérance pour ces pratiques administratives ne trouvait ainsi pas de justification en terme juridique, sinon dans le concept développé par le professeur B. V. Harris au début des années quatre-vingt-dix : celui de « troisième source » administrative. L'idée soutenue par le professeur Harris est l'exact opposé de celle avancée précédemment

⁵³¹M. Elliott, « Muddled thinking in the Supreme Court on the “third source” of governmental authority », *Public law for everyone*, consulté le 30/08/2018, <https://publiclawforeveryone.com/2013/07/23/muddled-thinking-in-the-supreme-court-on-the-third-source-of-governmental-authority/>, « In *R v Somerset County Council, ex p Fewings* [1995] 1 All ER 513, 524, Laws J said that whereas individuals “may do anything ... which the law does not prohibit”, the “opposite” rule applies to public bodies: anything that they do “must be justified by positive law”. This suggests that for a “public body” (whatever that means) to do anything, it must be able to point to legal authority if it is to act lawfully ».

⁵³² *Entick v. Carrington* (1765) 19 St. Tr. 1030.

⁵³³ C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*, pp. 350-351, le terme désigne alors des contrats conclus entre l'administration et les individus afin d'encadrer certains de leur comportements. Ces derniers ne sont pas justiciables devant le juge de *common law*.

⁵³⁴ [1995] 1 All ER 513

dans les affaires *Enticks* et *Fewlings*. Il propose en effet de reconnaître que « les prérogatives, telles que définies par la Chambre des Lords dans l'affaire *GCHQ* incluent non seulement ce que je devrais appeler 'les prérogatives dans un sens restreint', qui sont ces anciens *prerogative rights* que les cours ont reconnu comme relevant uniquement de la Couronne, mais aussi cette liberté que le gouvernement a de faire tout ce qui n'est pas prohibé par le droit. Cette liberté est la conséquence du principe de légalité que tout ce qui n'est pas interdit est légal »⁵³⁵. Au titre de cette « troisième source » administrative, le gouvernement peut émettre des réglementations, créer des organes ou encore contracter⁵³⁶. Tout cela dans les limites qui lui sont posées par les lois et la *common law*, car cette « troisième source » administrative doit être regardée comme une liberté résiduelle de l'Administration. « Une liberté sans laquelle, le gouvernement devrait légiférer pour la moindre petite et inoffensive banalité »⁵³⁷. Liberté parmi lesquelles se trouvent celles reconnues à l'administration de recourir à des règles informelles et qui se voient illustrées par la décision de la *Supreme Court* dans l'affaire *New London College*.

177. L'affaire porte ici à nouveau sur la mise en application de l'*Immigration Act* de 1971. En l'espèce, la loi organise un système de licence autorisant des établissements d'enseignement supérieur à « sponsoriser » l'entrée et le séjour sur le territoire britannique d'étudiants étrangers – hors Union européenne – pour la durée de leurs études. La procédure d'attribution de licence était prévue non pas par la loi, mais par un document produit par le *Secretary of State*. Ce dernier a modifié unilatéralement les exigences pour obtenir ladite licence en avril 2010. Préalablement, le ministère avait suspendu la licence du *New London College* avant de la lui retirer définitivement aux motifs que l'université ne remplissait pas les conditions établies par la nouvelle procédure d'attribution des licences. Le *College* a alors cherché à

⁵³⁵ B. V. Harris, « The 'third source' of authority for governmental action », *Law Quarterly Review*, 1992, pp. 626-651, p. 626, « *The prerogative, as defined by the House of Lords in the G.C.H.Q. case, includes not only what I shall call "the prerogative in the narrow sense", that is those ancient prerogative rights which the courts have recognised as unique to the Crown, but also the freedom which the government has to do anything that is not prohibited by law. This freedom is the consequence of the principle of legality that everything is legal that is not prohibited* ».

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 627, « *Government actions which find their authority in the third source include, for example, the distribution of written information, the establishment of bodies to carry out functions on behalf of the government and the entering into of contracts* ».

⁵³⁷ N. Mereu, « hyperlexis and the sources of government authority », *research paper laws 546: legislation*, 2015, Faculty of Law Victoria University of Melbourne, pp. 2-31, p. 4, « *Without such freedom, government would have to legislate for every inane and innocuous mundanity* ».

contester la validité de la nouvelle procédure d'attribution des licences devant le juge et c'est sur cette seule question que la *Supreme Court* a dû se prononcer⁵³⁸.

178. La discussion sur la validité de la nouvelle procédure s'est alors concentrée sur le point de savoir si cette dernière, par application de l'article 3(2) de l'*Immigration Act* qui délègue au *Secretary of State* le pouvoir d'adopter toutes règles permettant la mise en application de l'*Immigration Act* et soumettant ces dernières aux contrôles du Parlement, était frappée de nullité pour ne pas avoir été soumise au contrôle parlementaire comme les précédentes lignes directrices guidant l'attribution des licences⁵³⁹. Lord Sumption a ici relevé que l'article 3(2) de l'*Immigration Act* entend seulement encadrer les conditions à remplir par un individu pour entrer et demeurer sur le territoire britannique. En cela, il ne pouvait servir de fondement légal aux documents produit par l'administration pour l'attribution des licences et qui se centre lui sur le seul statut des institutions sponsors. Les juges ont ainsi écarté l'argument de l'Université selon lequel la procédure était invalide, car n'ayant pas respecté les exigences de l'article 3(2) quant au contrôle parlementaire. Cependant, la procédure ayant été établie en dehors de tout fondement légal, était-elle de fait sans fondement légal ? C'est ici que Lord Sumption fait directement appel à la notion de « troisième source » du pouvoir administratif et intègre donc un instrument de *soft law* – la procédure d'attribution des licences – dans un cadre conceptuel qui relève lui de la *hard law*⁵⁴⁰ – celui des sources juridiques de l'action administrative – en relevant que : « Il a été reconnu depuis longtemps que la Couronne disposait de pouvoirs généraux d'administration pour mener sa gestion quotidienne qui ne relèvent pas de l'exercice de royal prerogative et ne requièrent pas un fondement législatif »⁵⁴¹.

179. Si la citation en elle-même est un bel exemple des dialectiques qui peuvent exister entre *scholars* et juge (certains auteurs comme Stanley de Smith intégrant d'ailleurs les écrits académiques comme une source du droit public)⁵⁴², Lord Sumption n'adopte cependant pas

⁵³⁸ *R (on the application of New London College Ltd) v Secretary of State for the Home Department* [2013] UKSC 51, Lord Sumption, pt. 5

⁵³⁹ *Ibid.*, pt. 9

⁵⁴⁰ J. McLean, « Hard power but soft law: second thoughts about the third source? », UK Constitutional Law Association, ressource en ligne, consultée le 30/08/2018, <https://ukconstitutionallaw.org/2014/02/27/janet-mclean-hard-power-but-soft-law-second-thoughts-about-the-third-source/>.

⁵⁴¹ *R (on the application of New London College Ltd) v Secretary of State for the Home Department* [2013] UKSC 51, Lord Sumption, pt. 28, « *It has long been recognised that the Crown possesses some general administrative powers to carry on the ordinary business of government which are not exercises of the royal prerogative and do not require statutory authority: see B.V. Harris, "The 'Third Source' of Authority for Government Action Revisited" (2007) 123 LQR 225* ».

⁵⁴² Il nous semble plus correcte de les envisager non pas comme des sources du droit publics, mais des outils au raisonnement du juge, au même titre que les faits ou que le recours au droit comparé.

en tant que tel le concept proposé par le professeur Harris. En effet, il s'interroge aussitôt sur la validité de l'analogie entre individu et gouvernement que suppose le principe proposé par Harris. Il relève en cela que les spécificités de l'action administrative nécessitent peut-être une précision des libertés résiduelles de l'administration qui dépasse la simple comparaison avec les libertés dont disposent les personnes privées⁵⁴³. Dans son opinion concurrente, Lord Carnwath ne cache pas son scepticisme quant au recours au concept de « troisième source » de l'action administrative qui s'il semble reconnu par la *Supreme Court* demeure soumis à d'importantes critiques quant à sa nature qu'à son champ d'application⁵⁴⁴.

180. En effet, si le concept de « troisième source » du pouvoir administratif a pour lui de proposer une « position juridique qui rejoint les besoins journaliers du gouvernement », grâce auquel « le gouvernement est capable de répondre rapidement, avec flexibilité et relativement sans être entravé dans les actions qu'il considère nécessaires à mener pour répondre, parfois, à des besoins sociaux inattendus (...) sans avoir à trouver un fondement légal dans une loi ou dans les *prerogatives*, ou sans demander au Parlement de créer une nouvelle base légale »⁵⁴⁵, les critiques s'interrogent tant sur la nécessité que la valeur d'une telle source. Pour les auteurs et les juges défendant une approche fondée sur le *legal constitutionalism* et l'idée de « *legal empowerment* », il s'agit de prévenir tout abus de pouvoir de l'administration en estimant qu'elle ne peut agir que par application des pouvoirs qui lui ont été reconnus soit par le Parlement à travers les *statutes*, soit par la *Common law* à travers les *prerogatives* qui lui sont reconnues. Mais les critiques ne s'arrêtent pas à cette seule différence de position quant aux limites des pouvoirs de l'administration. Comme Lord Sumption, certains auteurs remettent

⁵⁴³ *R (on the application of New London College Ltd) v Secretary of State for the Home Department* [2013] UKSC 51, Lord Sumption, p. 28, « *it is open to question whether the analogy with a natural person is really apt in the case of public or governmental action, as opposed to purely managerial acts of a kind that any natural person could do, such as making contracts, acquiring or disposing of property, hiring and firing staff and the like. But the question does not need to be resolved on these appeals because the statutory power of the Secretary of State to administer the system of immigration control must necessarily extend to a range of ancillary and incidental administrative powers not expressly spelt out in the Act, including the vetting of sponsors* ».

⁵⁴⁴ *Ibid.*, Lord Carnwath, pt. 34, « *I cannot accept Mr Swift's submission (if I understood it correctly) that there is some alternative, unidentified source of such powers, derived neither from the prerogative nor from any specific provision in the Act, but from the general responsibilities of the Secretary of State in this field. No authority was cited for that proposition and to my knowledge none exists. Mr Swift did not seek to rely on a possible "third source" of powers, by reference to the "controversial" line of authority mentioned by Lord Sumption (para 28). In my view he was wise not to do so (for the reasons given in my judgment for the majority in the Shrewsbury case [2008] 3 All ER 548, 562-4). (This sensitive issue has also been the subject of recent consideration by the House of Lords Select Committee on the Constitution: The pre-emption of Parliament HL Paper 165 – 1 May 2013)* ».

⁵⁴⁵ B. V. Harris, « *The "third source" of authority for Government action revisited* », *Law Quarterly Review*, 2007, pp. 225-250, p. 237 : « *is that this legal position meets the practical day-to-day needs of government. The government is able to respond quickly, flexibly and relatively unhindered with the action it considers appropriate to meet, sometimes unexpected, societal needs. The government does not have to find existing positive law authority in statute or the prerogative, or request Parliament to create at short notice new statutory authority* ».

aussi en cause le concept de « troisième source » sur la base de l'analogie qu'elle propose entre individus et administration.

181. Ainsi, pour Dawn Oliver, l'analogie est impossible dès lors que l'Administration est « sous une obligation d'altruisme et de respect du service public et n'a pas la capacité de protéger sa dignité, son autonomie, son respect, son statut ou sa sécurité en son nom propre en ce qu'elle est soumise aux principes d'altruisme »⁵⁴⁶. De même, le professeur Trevor Allan relève qu'« aucune analogie simple n'est possible entre une action privée et gouvernementale, car la dernière nécessairement différente de la première : elle requiert le recours à l'autorité étatique »⁵⁴⁷.

182. D'autres critiques, comme celles adressées par A. Perry au travail de B. V. Harris, relèvent quant à eux que l'ensemble des actions administratives que la théorie de la « troisième source » entend conceptualiser ne relèvent pas de la même nature. En ce sens, si certaines de ces actions semblent pouvoir être encadrées et fondées sur la *common law*, d'autres demeurent de la simple pratique administrative et ne doivent pas en cela être regardées comme du droit. Ce raisonnement, tenu par Adam Perry dans son article « *The Crown's Administrative powers* » publié en 2015⁵⁴⁸, fait entrer dans cette dernière catégorie les règles informelles qui ne se trouveraient pas adoptées en application de *statutes*. Selon cette analyse, une part importante de la *soft law* échapperait à nouveau à toute analyse purement juridique.

183. Demeure néanmoins que ces récents développements autour de l'application du concept de « troisième source » à un cas de recours par l'administration à la *soft law* par le juge de la *Supreme Court*, vient réinterroger les frontières du droit administratif tel que seulement entendu et défini par un modèle orthodoxe centré sur le *judicial review*. Plus largement encore, ce débat participe, comme celui sur les conventions de la constitution, à souligner l'absence de frontières strictes et clairement définies entre ce qui relève purement du droit public britannique et son extérieur, que ce dernier relève de la pratique politique ou bien de la pratique administrative.

⁵⁴⁶ D. Oliver, cité par B. V. Harris, « *The "third source" of authority for Government action revisited* », *op. cit.*, p. 239, « *They are under duties of altruism and public service, and they are not entitled to protection of their dignity, autonomy, respect, status or security in their own right: in effect they are subject to principles of considerate altruism* ».

⁵⁴⁷ T. R. S. Allan, cité par B. V. Harris, « *The "third source" of authority for Government action revisited* », *op. cit.*, p. 240, « *Professor T.R.S. Allan finds a similar distinction between the action of government and private individuals: 'No simple analogy is available between private and government action because the latter is inherently different from the former: it asserts the authority of the state* ».

⁵⁴⁸ A. Perry, « *The Crown's Administrative Powers* », *Law Quarterly Review*, 2015, vol. 131, pp. 652-672.

CONCLUSION

CHAPITRE 1

184. Le modèle orthodoxe britannique assigne deux fonctions distinctes à la détermination des sources du droit public. Elle assure à la fois la police du discours en permettant la clôture et la structuration de la catégorie droit public britannique et pour ce faire, se conforme à une épistémologie positiviste reposant sur le principe formel de souveraineté du Parlement. Mais, elle se doit aussi pour assurer au modèle orthodoxe sa fonction scientifique de proposer une représentation valide du droit positif. C'est entre ces deux fonctions qu'apparaît la tension qui menace la catégorie orthodoxe du droit public. Alors que la première fonction fige le modèle dans une structure verticale et unitaire, la seconde, sous les évolutions contemporaines du droit public britannique appelle à une plasticité permettant de rendre compte de l'apparition et de la reconfiguration constante des sources du droit positif. Or, face à ces évolutions le principe formel de souveraineté du Parlement, à la fois clef de voûte et principe de clôture du modèle orthodoxe interdit au modèle l'absorption de l'ensemble des nouvelles sources reconnues en droit positif. Il se fragmente alors. La hiérarchie des sources pensée autour des *statutes* comme une traduction du principe s'affaïsse au profit de sources internes ou internationales concurrentes alors que la clôture du modèle s'efface par la déconstruction des frontières du droit public face à un extérieur pensé comme politique ou encore moral. Cet effritement de la structure de la catégorie tient à l'épistémologie positiviste et à la centralité de la notion de souveraineté pour déterminer ce qui entre dans les propositions juridiques acceptées par le modèle et celles qui demeurent dans son extérieur. Pour autant, si est sacrifié le principe formel de souveraineté, le modèle orthodoxe tombe. Mais si ce dernier est conservé le modèle n'est plus qu'une fiction incapable de rendre compte de la réalité du droit positif. Si le discours du *legal constitutionalism* tente des aménagements dans la structure du modèle orthodoxe afin d'absorber la tension qui s'exerce sur ce dernier sans nécessairement redéfinir son principe de clôture, le modèle du *common law constitutionalism* renonce à la notion de souveraineté du Parlement, décroïsonne la notion du droit public et l'intègre dans une relation avec son extérieur. Le droit public britannique ne peut alors plus être pensé que dans sa rencontre avec d'autres formes de normativité et leurs interconnexions. Dans cette démarche qui débarrasse le droit d'une définition stricte et sclérosante, le *common law constitutionalism*

semble permettre une conceptualisation renouvelée du droit qui fait écho à l'injonction d'inventivité que propose en droit français le renouveau de la notion de droit politique⁵⁴⁹. Il entraîne aussi, et cependant, le droit public britannique vers une nouvelle crise en interrogeant sa nature profonde⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ P. Avril, « Penser le droit politique (suite) », *Jus Politicum*, « Actualités », mis en ligne le 04 décembre 2018 [<http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-suite-1268.html>], pp. 7-11, p. 11 « Les controverses actuelles sur la notion de droit politique portent d'abord sur la prise en compte des facteurs politiques qui interviennent dans la formation de cette jurisprudence – le juriste ne peut les ignorer parce qu'ils font intrinsèquement partie de l'ordre constitutionnel que domine la représentation. En ce sens précis le droit constitutionnel est un droit politique. Mais, et c'est le second motif de discordance, l'intelligibilité de cet ordre autant que sa légitimité ne permettent pas de l'isoler – par scrupule de pureté épistémologique – des principes qui l'inspirent et des valeurs qui le fondent. La stricte normativité du droit positif s'inscrit dans une normativité plus vaste qui en justifie les prescriptions, et c'est pourquoi le droit constitutionnel est aussi un droit politique, tel qu'on l'entendait au XVIII^e siècle, celui du Contrat social ou principes du droit politique ».

⁵⁵⁰ T. Poole, *op. cit.*, p. 437, « *Whereas Thatcherite public service reforms question the integrity of the discipline by questioning the category of the public, the enmeshing of public law with politics might be thought ultimately to challenge the legal nature of public law* ».

CHAPITRE 2

LA COMPLEXIFICATION DES COMPOSANTES DU DISCOURS DU DROIT PUBLIC

185. La construction de l'identité du discours doctrinal sur le droit public britannique passe par la détermination des concepts qui vont permettre de dire et de représenter la pratique des normes de droit public. La détermination des sources du discours du droit public a permis de construire le plan d'objets déterminé sur lequel va se construire le discours de connaissance de la doctrine publiciste britannique. Mais, encore faut-il pouvoir distinguer, à propos de ces objets, les propositions juridiques qui seront valides et qui pourront intégrer le modèle orthodoxe, des propositions qui ne pourront être regardées comme valides et qui resteront étrangères au modèle orthodoxe. L'identité ainsi constituée n'est ni une identité purement numérique ni une identité purement qualitative. Le discours doctrinal, en tant que modélisation scientifique assurant une fonction de description du réel de son objet, doit nécessairement s'adapter aux évolutions de ce dernier. En d'autres termes, le discours doctrinal sur le droit public britannique doit pouvoir évoluer afin de suivre les modifications du réel du droit positif britannique. Cette nécessité implique la possibilité d'étendre ou de restreindre le nombre de propositions juridiques nouvelles qui pourront être formulées au sein du discours et du modèle qu'il propose pour le droit public britannique, tout en y étant reconnues valides. Cette plasticité dans laquelle vont s'inscrire les nouvelles propositions juridiques s'exprime par l'adjonction possible au sein du modèle de nouveaux concepts⁵⁵¹ ou par l'évolution, la modification de la nature des concepts préexistants⁵⁵². En cela, la nécessité d'adaptation du modèle empêche la force conservatrice du discours doctrinal de figer pleinement le nombre des concepts au fondement de sa représentation du droit public ou la qualité de ces derniers. Elle permet de renouveler les propositions juridiques qui peuvent être formulées dans le modèle et ne fait pas, dès lors, de ce dernier un objet fini ou sclérosé.

186. Une fois cette plasticité reconnue, il convient de conclure que l'identité du modèle produit par le discours doctrinal orthodoxe sur le droit public britannique se situe ailleurs. Si elle ne peut être comprise dans le nombre et la nature des concepts composant le modèle, c'est que son identité se matérialise dans la permanence et la reproduction de la structure qui est

⁵⁵¹ L'adoption du *Human Rights Act* en 1998 a ainsi fait émerger au sein du droit positif britannique la notion de « *human rights* » jusqu'alors inconnu du droit positif britannique. En ce sens, voir, *infra*, par. 242 et suiv..

⁵⁵² À titre d'exemple, l'influence du droit européen sur le concept du *Rule of law* a participé de sa redéfinition, voir, *infra*, par. 229-238..

instituée entre les différents concepts qui le compose. C'est dans cette structuration interne que s'exprime une seconde forme de police du discours, une police cette fois interne au discours lui-même et qui échappe à la détermination des sources positives du droit public britannique. Dans le cadre du discours doctrinal orthodoxe sur le droit public britannique, le concept formel de souveraineté du Parlement concrétise le pan externe de la police du discours en organisant le rapport entre intérieur et extérieur de la catégorie droit public. Mais il existe en plus de cette première police du discours une police interne à la catégorie elle-même. Cette police interne au discours est cette fois assurée par la dimension matérielle du concept de souveraineté du Parlement. Elle se déploie entre les concepts du discours orthodoxe sur le droit public britannique et les organise. Elle s'enracine dans la hiérarchisation tirée des travaux de Dicey entre le principe de souveraineté du Parlement et celui du *Rule of Law*. Cette hiérarchisation que reconnaît et reproduit le modèle orthodoxe permet la stabilité de la représentation du droit public et de l'identité de son discours doctrinal. Elle assure la production et reproduction d'un certain type de propositions juridiques qui permettent la fixation et la consolidation de l'identité du programme doctrinal orthodoxe.

187. Dès lors, l'intégration dans le modèle de nouvelles *case laws*, de nouvelles *statute laws* procède d'un mécanisme de réidentification des décisions, d'inscription des phénomènes du droit positif aux structures proposées par le modèle. La structure du modèle précède le droit positif et, ce faisant, sa force conservatrice tend à absorber ou limiter la nouveauté survenue dans le champ du droit positif. Cette dernière, pour être comprise comme valide par le modèle orthodoxe, doit être reconnue par ce même modèle comme se rattachant à un concept lui-préexistant et au fondement de l'identité du discours sur le droit public britannique. Tant que l'imprévu survenu dans le champ du droit positif peut être absorbé dans le modèle par ce mécanisme de reconnaissance, d'identification aux concepts de la catégorie « droit public » construite par le discours doctrinal, la structure de cette dernière et son identité demeurent intactes. Sa prétention à une fonction d'explication de la vérité juridique n'est pas remise en question. Le modèle est ainsi soumis à deux tensions contraires : il doit à la fois conserver une plasticité afin d'intégrer et expliquer les nouveaux phénomènes survenus dans le droit positif, mais en même temps, pour qu'il soit reconnu et compris comme modèle d'explication, il doit pouvoir s'inscrire dans une continuité temporelle que lui permet seulement la construction d'une identité propre qui a tendance à le rendre statique. C'est entre ces deux pôles, identité et adaptation, que le discours du modèle oscille afin de conserver sa capacité d'explication et de description, et donc sa valeur scientifique.

188. Dans le cadre du modèle orthodoxe, l'intégration de nouvelles sources dans le droit positif britannique à la suite des *ECA* et *HRA* a élargi le champ des propositions juridiques que doit intégrer le discours dans sa modélisation du droit public. Avec elles, c'est un degré important de nouveauté qui s'est imposé au principe de reconnaissance porté par le modèle orthodoxe alors même que l'ensemble de ces propositions juridiques nouvelles se réfèrent à d'autres modèles et structures juridiques. Face à cette nouveauté, le principe de validation du modèle orthodoxe par reconnaissance ou identification des nouvelles propositions juridiques est étiré à son extrême : pour intégrer les propositions nouvelles dans la structure de la catégorie droit public britannique, les concepts de cette même structure sont redéfinis ou complétés par l'adjonction de nouveaux concepts. Là où l'intégration du droit de l'UE perfore l'identité spécifique des concepts britanniques pour la remodeler (*Section 1*), l'emprunt de certains concepts européens par le droit anglais et leur naturalisation au sein du discours orthodoxe complète la structure de la catégorie (*Section 2*) et interrogent l'identité générale du modèle. Les concepts sont alors tordus, étirés pour permettre le jeu de reconnaissance du modèle et tenter d'absorber une nouveauté qui n'était pas prévue, mais qui, exerçant une pression importante sur le modèle, ne se limite pas à porter atteinte à son identité numérique ou qualitative, mais va jusqu'à redéfinir la structure même de la catégorie en redessinant la hiérarchie instituée entre ses concepts. Ce point atteint, c'est l'identité même de la catégorie orthodoxe du droit public britannique et sa pérennité qui se voient remises en cause.

Section 1 – Les composantes européanisées du discours du droit public anglais

189. Les deux concepts principaux identifiés par le modèle orthodoxe, la souveraineté du Parlement, d'une part, et le principe du *Rule of law*, d'autre part, servent de pilier à la structure identitaire de la représentation du droit public britannique. Deux piliers que la lecture orthodoxe ne retient pas comme égaux, mais bien comme hiérarchisés l'un par rapport à l'autre⁵⁵³. L'exigence portée par le principe de Souveraineté du Parlement tant dans son pan formel que matériel impose que le concept du « *Rule of law* », principe rattaché au juge, lui soit soumis. Cette hiérarchie, affirmée par les auteurs adoptant la lecture orthodoxe du droit

⁵⁵³ J. W. F. Allison, « Turning the Rule of law into an English Constitutional Idea », *University of Cambridge, Legal Studies Research Papers*, paper No 49/2018, July 2018, disponible à : <http://ssrn.com/abstract=3219209> .

public et relayée par un certain pan du *legal constitutionalism*, n'est pourtant pas aussi claire que ce que tend à affirmer le modèle orthodoxe.

190. Si cette hiérarchie s'enracine dans le modèle construit dans *The Law of the Constitution*⁵⁵⁴, le professeur Denis Baranger met en lumière que cette structuration entre les deux principes au fondement de sa construction d'un discours sur le droit constitutionnel britannique n'est pas aussi tranchée dans la pensée diceyenne que ne l'affirme le modèle orthodoxe. La difficile articulation que propose Dicey entre sa définition du droit comme norme sanctionnée par le juge et l'idée de principe de souveraineté du Parlement implique que ce dernier ne puisse entrer dans le champ des normes de droit positif qu'à la condition d'être reconnu et respecté par le juge lui-même⁵⁵⁵. En ce sens, l'apport de *case laws* comme *Ex parte Canon Selwyn*⁵⁵⁶ ou *Vauxhall Estate Ltd v. Liverpool Corporation*⁵⁵⁷ est de matérialiser l'acceptation judiciaire d'un concept d'abord formulé dans le champ de la pratique politique puis du discours sur le droit, afin de le concrétiser comme norme de droit positif. Pour autant, et au regard des écrits de Dicey, une telle reconnaissance ne semble pas devoir figer une hiérarchie claire entre les deux concepts et les institutions désignées derrière eux. La plasticité de l'articulation entre souveraineté du Parlement et *Rule of law*, permet de faire du second principe le correcteur du premier dans le modèle de démocratie unitaire auto-correctrice proposé par Dicey⁵⁵⁸. Mais cette souplesse dans l'articulation entre les deux concepts, une fois saisie par le discours orthodoxe, se rigidifie pour devenir un principe de structuration qui organise le discours de la catégorie droit public. Cependant, l'espace laissé dans le fondement théorique diceyen entre souveraineté du Parlement et *Rule of law* ne se voit pas comblé par le modèle orthodoxe. Y est laissée la possibilité d'un jeu dans la structuration entre ces deux principes qui permet alors la contestation de la hiérarchisation en faveur du principe de souveraineté du Parlement. Ce jeu va s'exercer dès la moitié du XX^e sur un plan d'abord purement interne avec des évolutions et reconceptualisation des notions propre à l'évolution du système britannique. Dans un second temps, l'intégration des droits européens va venir

⁵⁵⁴ Il convient de souligner à nouveau l'évolution de la position diceyenne sur la question au fil de ses écrits. Si la lecture orthodoxe retient l'approche hiérarchisée par sa lecture de *The Law of the Constitution*, il apparaît dans d'autres écrits comme dans *Public Opinions and the Law* qu'une telle hiérarchie en faveur du principe de la souveraineté du Parlement n'est pas aussi claire que le laisserait à penser l'approche orthodoxe. Voir en ce sens : D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite – Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, Léviathan, 2008, p. 162.

⁵⁵⁵ Ibid.

⁵⁵⁶ [1872] 36 JP 54.

⁵⁵⁷ [1932] 1 KB 733.

⁵⁵⁸ P. Craig, « Dicey: unitary, self-correcting democracy and public law », *LQR*, vol. 106, Janvier 1990, pp. 105-143.

infiltrer cet espace dans la structure et participer à l'éclatement de la hiérarchie entre les deux principes en en inversant les rapports⁵⁵⁹. Cette déconstruction du couple conceptuel au cœur de l'identité de la catégorie orthodoxe s'explique ainsi par les effets concomitants de l'eupéanisation des notions de souveraineté du Parlement (§1.) et du principe du *Rule of law* (§2.)

§1. Les dynamiques du principe matériel de souveraineté du Parlement

191. Le principe formel de la souveraineté du Parlement assure la verticalité et la hiérarchisation des sources du système de droit public. Il en permet aussi la clôture en distinguant entre droit et hors droit sans pour autant pouvoir en assurer une fermeture stricte. Il fait demeurer une dialectique dans la matière publique entre les normes juridiques et les normes non juridiques qui apparaît comme inhérente à la nature informelle de la constitution du Royaume-Uni, mais qui permet aussi d'interroger la réalité des clôtures imposées aux constitutions formelles telle que la constitution française.

192. Cette porosité vers l'en-dehors du droit s'exprime au-delà de la fonction de clôture du principe formel de la souveraineté du Parlement. Elle se retrouve aussi dans la détermination de son origine ou de sa justification qui selon les auteurs est à trouver dans le champ social⁵⁶⁰ ou dans le champ politique⁵⁶¹. Néanmoins, le modèle orthodoxe ne reconnaît pas au principe de souveraineté du Parlement une seule fonction formelle. Il lie au contraire cette dimension formelle structurant le discours sur les sources du droit public britannique à une dimension matérielle identifiée et explicitée par A. V. Dicey dans *The Law of the Constitution*. Le principe formel ne peut ainsi assurer sa fonction structurante qu'au regard du contenu même du principe de souveraineté du Parlement. L'apport de Dicey et de *The Law of the Constitution* pour le modèle orthodoxe est de nouveau central⁵⁶².

⁵⁵⁹ Lord Hope of Craighead, « Is the Rule of law now the Sovereign Principle? », in R. Rawlings, P. Leyland et A. L. Young (ed.), *Sovereignty and the Law*, Oxford, OUP, 2013, pp. 89-97.

⁵⁶⁰ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 263 pp. 64-110.

⁵⁶¹ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan and Co, 3rd edition, 1889.

⁵⁶² A. L. Young, « Parliamentary Sovereignty Re-defined », in R. Rawlings, P. Leyland and A. L. Young (ed), *Sovereignty and the Law*, *op. cit.*, pp. 68-88, p. 68, "It is almost impossible to start a discussion of parliamentary sovereignty without providing an account of Dicey's conception of parliamentary sovereignty."

193. Là où le principe formel s'accommode des limites et influences provenant du monde politique, le principe matériel articule trois propositions juridiques⁵⁶³ permettant à la souveraineté du Parlement de s'exprimer dans le seul monde du droit. Ces propositions localisées dans une épistémologie positiviste doivent être comprises et intégrées dans une contingence historique et culturelle spécifique. Compris par Dicey comme « la caractéristique principale de nos institutions politiques »⁵⁶⁴, la « clef de voûte du droit constitutionnel »⁵⁶⁵, le principe de souveraineté du Parlement est défini comme un principe purement anglais, produit de l'histoire du Parlement de Westminster et de son autonomisation. Cette localisation anglaise fige l'identité du principe qui se trouve mis à mal dès lors qu'étiré en dehors des frontières de la seule constitution anglaise vers celles des constitutions britannique ou impériale⁵⁶⁶. C'est d'ailleurs dans la relation entre le principe orthodoxe, construit sur la vision de Dicey dans *The Law of the Constitution*⁵⁶⁷ d'une souveraineté du Parlement comme un principe anglais et représentant un système juridique unitaire ; et la réalité des rapports entre le Parlement de Westminster et ses dominions qu'apparaissent les premières limites du concept orthodoxe (A). Cette fragilité de la notion face à la réalité de ce qu'elle est censée représenter amène à l'émergence de nouvelles définitions du principe matériel de souveraineté du Parlement alors même que les pressions exercées par l'intégration du droit européen

⁵⁶³ Le professeur A. Antoine identifie 4 propositions juridiques pour la définition du concept de Souveraineté du Parlement : un « pouvoir illimité », « l'incontestabilité » de ce pouvoir, une « compétence non liée » et enfin « l'exclusivité ». En ce sens voir, A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique*, op. cit., p. 35

Au regard des définitions données par l'auteur des principes d'incontestabilité et d'exclusivité, il nous semble que ces deux propositions ne peuvent être séparées l'une de l'autre et sera ici retenue la proposition en 3 branches qui se retrouvent dans la lettre de *The Law of the Constitution* et dans les analyses de ses commentateurs, y compris français. Le professeur E. Zoller retient ainsi cette présentation en 3 branches dans son ouvrage *Introduction au droit public* et cette dernière compréhension de la souveraineté du Parlement est notamment reprise par le professeur T. Perroud : E. Zoller, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, Précis, 2013, p. 91 ; K. Abderemane, A. Claeys, E. Langelier, Y. Marique, T. Perroud, *Manuel de Droit Comparé des administrations européennes*, Bruxelles, Bruylant, Pratiques du droit européen, 2019, par. 0353.

⁵⁶⁴ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, op. cit., p. 37, «the dominant characteristic of our political institutions».

⁵⁶⁵ *Idem.*, p. 70.

⁵⁶⁶ Pour une discussion sur la multiplication et la juxtaposition des constitutions dans le système britannique, voir J. Gardner, « Can be there a Written Constitution? », In. L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Volume 1, Oxford, OUP, 2011, pp. 2-4.

⁵⁶⁷ Il convient à nouveau de souligner le jeu du principe d'auteur dans lequel la lecture orthodoxe de la constitution britannique enferme la pensée dicyenne. En fondant les concepts à la base de l'identité de sa catégorie « droit public » sur une partie seulement des travaux de Dicey, le modèle orthodoxe du droit public britannique rend aveugle aux évolutions des concepts dicyens au fil de ses publications et interventions. Cette approche restrictive de la conception dicyenne manque ainsi les évolutions du concept de la Souveraineté du Parlement au fil des éditions de *The Law of the Constitution*, mais aussi sa critique proposée par Dicey lui-même dans le contexte de l'adoption du *Home Rule Bill* de 1912 et de la question irlandaise. En ce sens, voir A. V. Dicey, *A Fool's Paradise*, Londres, John Murray, 1913, p. 117, cité par S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, CUP, 2015, p. 269, n. 3.

interrogent sur la pérennité même du principe comme marqueur de l'identité du droit public britannique (B).

A. L'origine anglaise du concept de souveraineté du Parlement

194. L'émergence historique du concept de souveraineté du Parlement. Tel que défini par Dicey dans *The Law of the Constitution*, le principe matériel de souveraineté du Parlement, s'entend de deux mécanismes complémentaires : un mécanisme positif, selon lequel le Parlement peut faire ou défaire n'importe quelle loi⁵⁶⁸ et un mécanisme négatif selon lequel aucun organe ne peut écartier une loi votée par le Parlement⁵⁶⁹. Le premier de ces deux principes est complété par un corollaire selon lequel aucun Parlement ne peut lier un Parlement futur⁵⁷⁰. Autour de ces trois mécanismes se construit la notion de souveraineté continue⁵⁷¹, notion centrale dans la conception diceyenne et dans le discours orthodoxe sur le droit public britannique. La souveraineté ainsi définie n'est pas pensée comme politique. Là où Dicey accepte et reconnaît que dans le champ politique la souveraineté du Parlement soit limitée⁵⁷², notamment par la reconnaissance de la résistance populaire⁵⁷³, la souveraineté juridique du Parlement ne connaît, selon le professeur oxonien, aucune limitation⁵⁷⁴. L'affirmation diceyenne connaît cependant une aporie. Pour que la souveraineté du Parlement soit continue, le corollaire selon lequel le Parlement ne peut lier les Parlements futurs traduit déjà en tant que tel une première limitation à la souveraineté juridique du Parlement. Cette aporie, présente dans le modèle diceyen et dans sa reprise et consécration par le modèle orthodoxe traduit un modèle de « souveraineté encadrée » propre au déplacement et à la constitution du pouvoir juridique au sein de l'organe législatif.

195. Bien que semblant relever de l'oxymore, la possibilité d'une souveraineté encadrée puise ses racines dans la pensée médiévale anglaise. Les souverainetés juridique et politique alors dévolues à la Couronne n'y sont pas absolues⁵⁷⁵. L'adoption de la *Magna Carta* en 1215

⁵⁶⁸ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.* p. 64.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ À. L. Young, « Parliamentary Sovereignty Re-defined », *op. cit.*, p. 69.

⁵⁷² P. Craig, « Dicey: unitary, self-correcting democracy and public law », *op. cit.* pp. 106-111.

⁵⁷³ Ce droit de résistance populaire apparaît comme un héritage de la Glorieuse Révolution et de la narration que lui a donné par la suite le développement de l'histoire Whig et de son discours politique sur les rapports entre le Parlement et le monarque. J. W. F. Allison, « History to understand, History to reform », *CLJ*, n°72, Novembre 2013, pp. 526-557.

⁵⁷⁴ P. Craig, *op. cit.*, p. 106, A. Antoine, *op. cit.*, p. 35-36

⁵⁷⁵ D. Hanson, *From Kingdom to Commonwealth: The development of Civic Consciousness in English Political Thought*, Cambridge, Harvard University Press, 1970, p. 131, cité par J. Goldsworthy, *Parliamentary sovereignty*

pose les premières limites à la souveraineté du monarque en contraignant son action et en établissant le contrôle. Pour autant, il n'existe pas de sanction par les cours de justice des actions du Roi⁵⁷⁶ et le contrôle *a posteriori* de la souveraineté du monarque reste ainsi purement théorique. L'obligation du Roi de se soumettre au droit apparaît davantage comme une obligation morale que juridique dans laquelle il doit être encouragé et non contraint. Cependant, à la même période, le développement du Parlement⁵⁷⁷, dont les compétences judiciaire et législative ne sont pas clairement distinctes⁵⁷⁸, amène ce dernier à se voir reconnaître la possibilité d'émettre des *writs* contre les actions du Roi contraires à la *common law*⁵⁷⁹, posant ainsi les racines du contrôle de légalité des actes de la Couronne tel que pratiqué dans la procédure moderne de *judicial review*.

196. L'instabilité politique qui marque le Moyen-Âge anglais, et plus particulièrement la période de la Guerre des Deux Roses, entraîne un rapprochement de la Couronne et du Parlement. Les cours de justice ayant décliné toute compétence pour trancher les crises de succession au trône⁵⁸⁰, l'approbation par un Parlement représentant l'ensemble des comtés anglais⁵⁸¹ autorise une légitimité renforcée pour le monarque. Avec l'ouverture de la période Tudor, le Parlement s'impose comme la plus haute juridiction du royaume⁵⁸². Il est définitivement établi que le Roi ne peut légiférer qu'avec l'accord du Parlement⁵⁸³. Les compétences normatives du Parlement s'élargissent⁵⁸⁴. Est ainsi reconnu que les actes votés par lui peuvent modifier l'état de la *common law*⁵⁸⁵. La crise entre la Papauté et Henri VIII en 1534 resserre encore davantage les liens entre l'institution législative et la couronne. C'est en

– *Contemporary debates*, Cambridge, CUP, 2010, p. 24, «*the king is 'under God and under law, because the law makes the king*».

⁵⁷⁶ J. Goldsworthy, *Parliamentary sovereignty: History and Philosophy*, Oxford, OUP, 2001, p. 44.

⁵⁷⁷ Dont les compétences sont élargies dès 1311 au-delà de la simple validation des actes de la couronne, J. Goldsworthy, *Parliamentary sovereignty : History and Philosophy*, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁷⁸ *Idem.*, il est alors fait référence au Parlement comme la « High Court » du Royaume. L'expression ne doit cependant pas être entendu au sens moderne, le terme « court » signifiant alors gouverner.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁸⁰ *Idem.*, p. 55.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*, p. 58, « *we be informed by our judges, that we at no time stand so highly in our estate royal, as in the time of Parliament" whose prerogative "is so great (as our learned counsel inform us) as all acts and processes coming out of any other inferior courts must for the time [being] cease and give place to the highest*».

⁵⁸³ S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.*, p. 145, «*By the 1530's it was accepted that the monarch could legislate only with the advice and consent of the Parliament, as Henry VIII repeatedly did to secure his marital and political ends*».

⁵⁸⁴ W. Blakstone, *Commentaries on the Law of England*, *op. cit.*, p. 161, «*All mischiefs and grievances, operations and remedies, that transcend the ordinary course of the laws, are within the reach of this extraordinary tribunal. It can regulate or new-model the succession to the crown; as was done in the reign of Henry VIII. and William III. It can alter the established religion of the land; as was done in a variety of instances, in the reign of king Henry VIII. and his three children*».

⁵⁸⁵ J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, *op. cit.*, p. 59.

effet le Parlement qui fait d'Henri VIII le chef de l'Église anglicane⁵⁸⁶, posant alors la question des limites des compétences du pouvoir législatif⁵⁸⁷.

197. De cette imbrication plus étroite entre les deux institutions que sont la Couronne et le Parlement s'esquisse déjà la définition juridique du Parlement britannique entendu par Dicey comme la réunion des deux chambres et du monarque⁵⁸⁸. Pour autant, la Couronne est encore hiérarchiquement supérieure au Parlement. Ce dernier reste lié à la volonté politique du Roi qui apparaît comme le seul dépositaire d'une souveraineté politique ou juridique. Seule la révolution juridique de 1688 permettra d'inverser ce rapport hiérarchique avant que le XIX^e n'efface progressivement le pouvoir monarchique au profit du pouvoir démocratique.

198. La Glorieuse Révolution amène en effet à un inversement des rapports de force entre les organes composant l'institution *du King-in-Parliament*⁵⁸⁹. Après l'abdication de Jacques II et l'intronisation de Guillaume d'Orange par le parlement entendu au sens strict, la Chambre des communes et la chambre des Lords n'apparaissent plus comme soumises à la volonté de la Couronne. Le développement du parti *Whig*, partisan d'une lecture parlementariste de la souveraineté, et avec lui l'écriture et la diffusion d'une narration historique favorable aux deux chambres vont finir d'ancrer politiquement l'idée d'un Parlement souverain⁵⁹⁰.

199. Dans sa dimension juridique, il est acquis à la fin du XVII^e siècle que les cours ne peuvent contrôler les lois votées par le Parlement⁵⁹¹. En 1701, Holt CJ observe dans l'arrêt *City of London v. Wood*⁵⁹² qu'« une loi du Parlement ne peut faire de griefs, bien qu'il puisse

⁵⁸⁶ S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁸⁷ *Idem.* pp. 144-145, le dialogue supposé entre Sir Thomas More et Richard Rich à la Tour de Londres interroge la capacité du Parlement à défaire Dieu. L'échange ne va pas sans rappeler la seule limitation reconnue par Dicey au Parlement : celle de ne pouvoir faire d'un homme une femme et inversement.

⁵⁸⁸ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁸⁹ L'accession des Stuarts au trône anglais cristallise l'opposition entre deux approches de la relation entre le monarque et le Parlement : l'approche royaliste et l'approche parlementariste. L'approche royaliste adoptée par Jacques Ier, les crises successives avec ses parlements, mais aussi le développement de la doctrine de l'*absolute prerogative* de la Couronne faisant de cette dernière la source du droit et un supérieur hiérarchique auquel les juges doivent se soumettre, amènent à une contestation de l'autorité royale, que cette dernière s'exprime à travers la remise en cause de la souveraineté de l'institution du King-in-Parliament ou dans la limitation des pouvoirs propres du Roi. En ce sens, Sir Edward Coke relève dans le *Bonham's case* que « dans de nombreux cas, la *common law* contrôle les lois adoptées par le Parlement et parfois les déclare complètement nulles : quand une loi votée par le Parlement est contraire les droits et la raison de la *common law*, ou répugnante, ou impossible à appliquer, la *common law* la contrôle et déclarera un tel acte nul. ». L'autorité du Parlement ne vient plus ici de la souveraineté du Roi ou de la souveraineté du peuple anglais, mais de la *common law* elle-même qui peut dès lors encadrer et contrôler l'action du Parlement. Si semble ici se dessiner la possibilité d'une théorie juridique de la souveraineté, ce n'est pas pour autant celle qui va s'imposer au cours du dix-septième siècle.

⁵⁹⁰ J. W. F. Allison, *op. cit.*

⁵⁹¹ N. Duxbury, *Elements of Legislation*, Cambridge, CUP, 2013, p. 32.

⁵⁹² (1701) 12 Mod 669, 687.

faire de nombreuses choses qui semblent étranges »⁵⁹³. À la moitié du XIX^e siècle, les cours se reconnaissent « moins informées que le Parlement » et « commence à être plus réticente à s'aventurer sur des terrains politiques »⁵⁹⁴. Elles témoignent une plus grande déférence à l'égard du Parlement et ce faisant enracinent l'idée d'une hiérarchie entre les deux institutions⁵⁹⁵. À la fin du siècle, la formalisation juridique du concept de souveraineté du Parlement par A. V. Dicey finit d'inscrire la notion dans les schèmes conceptuels britanniques, « deven[ant] irrémédiablement ancrée dans la psyché collective de la communauté juridique anglaise »⁵⁹⁶, et ce au point que le pouvoir judiciaire « semble totalement captivé et enfermé par le dogme d'une suprématie parlementaire absolue »⁵⁹⁷.

200. La remise en cause du concept de souveraineté du Parlement au sein du Commonwealth. Peu questionnée par les juges⁵⁹⁸ au cours du XIX^e et au début XX^e siècle, la notion se fragilise cependant sur trois terrains différents. Au plan interne, la souveraineté du Parlement se voit contestée dans le cadre de l'arrêt *MacCormick v. Lord Advocate*⁵⁹⁹. L'acception anglaise et unitaire du principe matériel de la souveraineté du Parlement tel que définie par le modèle orthodoxe est remise en cause. Ou plutôt, c'est son étirement et son imposition sur les structures juridiques et politiques écossaises qui se voient critiqués. En l'espèce, l'intronisation de la Reine Elizabeth en tant qu'Elizabeth II se voit contestée devant la *Court of Session* d'Édimbourg au motif qu'une telle dénomination constitue une atteinte à l'article premier de l'*Act of Union* de 1707⁶⁰⁰. Si la demande est rejetée au fond en ce que l'article 1 ne porterait pas sur l'adoption des titres royaux, l'arrêt est néanmoins l'occasion

⁵⁹³ N. Duxbury, *Elements of Legislation*, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁹⁴ P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 384, cité par N. Duxbury, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁹⁵ J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, *op. cit.*, pp. 267-269.

⁵⁹⁶ D. E. Edlin, *Judges and Unjust Laws, Common law constitutionalism and the foundation of judicial review*, University of Michigan Press, 2008, p. 178, cité par J. Goldsworthy, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁹⁷ D. E. Edlin, *op. cit.*, p. 183, cité par J. Goldsworthy, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁹⁸ G. Marshall, « What is Parliament? The Changing concept of Parliamentary sovereignty », *Political Studies*, Volume 2, N. 3, Octobre 1954, pp. 193-209, p. 193, « *The sovereignty of parliament is not a matter which is often asserted or disputed in British courts of law* ».

⁵⁹⁹ [1953] SC 396.

⁶⁰⁰ L'article en question prévoit que « *That the Two Kingdoms of Scotland and England shall upon the first day of May next ensuing the date hereof and forever after be United into One Kingdom by the Name of Great Britain And that the Ensigns Armorial of the said United Kingdom be such as Her Majesty shall appoint and the Crosses of St Andrew and St George be conjoined in such manner as Her Majesty shall think fit and used in all Flags Banners Standards and Ensigns both at Sea and Land* ». Or, pour les demandeurs, le choix du nom de règne « Elizabeth » constituait une atteinte à la représentation et l'union des couronnes anglaises et écossaises telle que prévue par l'article 1 de l'*Act of Union* en ce qu'Elizabeth Ire n'a jamais régné que sur l'Angleterre et non sur l'Angleterre et l'Écosse et a, au contraire, mené une politique hostile à l'Écosse. Voir G. Marshall, « What is Parliament? The Changing concept of Parliamentary sovereignty », *op. cit.*, pp.193-195.

pour Lord Cooper de formuler un certain nombre de réserves quant au principe de souveraineté du Parlement. En ce sens, il relève que « le principe d'une souveraineté parlementaire sans limites est un principe anglais caractéristique qui ne connaît pas d'équivalent dans le droit constitutionnel écossais ».⁶⁰¹

201. Outre une contestation de la conception anglo-centrée des pouvoirs du Parlement en lui opposant la réalité pluraliste de la constitution du Royaume-Uni⁶⁰², l'arrêt porte aussi atteinte aux mécanismes négatif et positif qui constituent le concept de souveraineté du Parlement dans le modèle orthodoxe. En acceptant un contrôle au fond de l'acte de Proclamation de la Reine Elizabeth II au regard de l'*Act of Union*, la *Court of Session* remet en cause le principe selon lequel aucun organe ne peut écarter une loi du Parlement. En effet, en pratiquant ce contrôle, la *Court of Session* semble ouvrir la possibilité pour les juges d'écarter l'acte de Proclamation dans le cas d'une incompatibilité avec l'*Act of Union*. De même, ce contrôle met à mal le mécanisme positif et son corollaire qui participent du concept de souveraineté du Parlement. En effet, ce mécanisme pour lequel le Parlement peut faire ou défaire n'importe quelle loi implique une stricte égalité entre les actes législatifs adoptés par le Parlement. Cette égalité des lois se matérialise dans la doctrine de l'*implied repeal* qui implique pour le Parlement de pouvoir abroger implicitement toute loi, sans égard pour son contenu, en adoptant une loi postérieure contraire. Ce mécanisme permet d'assurer la souveraineté continue au cœur de la représentation orthodoxe en garantissant qu'aucun Parlement ne puisse lier les parlements futurs quant à la forme et au fond des normes adoptées pour écarter une norme législative préexistante. Or, le contrôle de conformité de l'acte de proclamation à l'*Act of Union*, s'il n'aboutit pas à écarter l'acte de proclamation, semble reconnaître une hiérarchie entre ce dernier et l'*Act of Union*. L'*Act of Union* apparaît en effet comme ayant une valeur supérieure à la loi adoptée par le Parlement lors de l'intronisation d'Elizabeth II. Il convient ici de relever que cette hiérarchie semble avoir été acceptée par Dicey lui-même dans ces derniers travaux,⁶⁰³ mais sans pour autant avoir marqué le modèle orthodoxe dérivé de *The*

⁶⁰¹ *MacCormick v. Lord Advocate* [1953] SC 396, Lord Cooper : « *the principle of the unlimited sovereignty of Parliament is a distinctively English principle 'the principle of the unlimited sovereignty of Parliament is a distinctively English principle* ». Lord Cooper va plus loin que simplement souligner le caractère anglais du principe et ajoute : « (...) *the Union legislation extinguished the Parliaments of Scotland and England, and replaced them by a new Parliament. I have difficulty in seeing why it should have been supposed that the new Parliament of Great Britain must inherit all the peculiar characteristics of the English Parliament but none of the Scottish Parliament as if all happened in 1707 was that Scottish representatives were admitted to the Parliament of England.* », cité par G. Marshall, , « What is Parliament? The Changing concept of Parliamentary sovereignty », *op. cit.*, pp. 194-195.

⁶⁰² N. Walker, « Beyond the unitary conception of the United Kingdom Constitution? », *PL*, 2000, pp. 384-404.

⁶⁰³ A. V. Dicey, « *Thoughts on the Scottish Union* », cité par G. Marshall, , « What is Parliament? The Changing concept of Parliamentary sovereignty », *op. cit.*, p. 195, « *The statesman of 1707, though giving full sovereign*

Law of the Constitution. Dès lors reconnaître cette valeur à l'*Act of Union* implique que le Parlement de 1707 ait lié le Parlement de 1953 quant à la forme et au fond de la loi de proclamation. Le mécanisme positif et son corollaire tomberaient alors à leur tour. Ce raisonnement n'est cependant pas mené jusqu'à son terme par la *Court of Session* qui constate simplement l'absence de fondement pour la requête.

202. Néanmoins, cette remise en cause du principe matériel de la souveraineté du Parlement n'est pas la première et s'inscrit dans une critique déjà existante dans le cadre du *Commonwealth*⁶⁰⁴. L'affaire *Trethowan*⁶⁰⁵ portée devant les juridictions australiennes en est une illustration. En l'espèce, la question soulevée devant les juges concernait la validité de deux projets de loi⁶⁰⁶ visant pour l'un l'amendement du *State's Constitution Act* et pour l'autre l'abolition de la chambre haute de l'état de la Nouvelle Galles du Sud⁶⁰⁷. Le premier de ces deux projets de loi devait réviser l'article 7A (6) du *State's Constitutional Act* conditionnant à la fois l'abolition de la chambre haute des parlements de provinces à la tenue d'un référendum, mais aussi toute modification de ce même article à un référendum propre. Ce « *double entrenching* » visait à sécuriser le statut des *Legislative Council*, mais de fait amenait à lier les parlements locaux futurs quant à la tenue d'un référendum. Faisant dès lors obstacle au principe de souveraineté du Parlement tel que formalisé au Royaume-Uni et transposé aux parlements des provinces australiennes, il sembla acquis que l'article 7A (6) ne devait pas être regardé comme obligatoire. Une proposition de réforme de la chambre haute du parlement de province de la Nouvelle Galles du Sud fut alors votée sans que ne soit prévue la tenue d'un référendum.

203. Cependant et avant que le projet de réforme ne soit transmis au gouverneur pour qu'elle ne soit promulguée pas ce dernier, les opposants à la réforme saisirent la *Supreme Court* au motif que le projet de révision n'avait pas suivi l'exigence formelle de la tenue d'un référendum. L'enjeu était alors pour les juges de déterminer si l'article 7A (6) en liant les parlements futurs quant aux procédures d'abrogation et de révision de sa lettre était conforme au principe de souveraineté du Parlement. La solution retenue par le juge, loin de suivre la

power to the Parliament of Great Britain, clearly believed in the possibility of creating an absolutely sovereign legislature which should yet be bound by unalterable laws. »

⁶⁰⁴ Lord Cooper cite ainsi directement l'arrêt sud-africain *Harris v. Minister of Interior* [1952] (2) 428 (AD).

⁶⁰⁵ *Trethowan v. Peden* (1930) 31 SR (NSW) 183, *Attorney-General (NSW) v Trethowan* (1931) 44 CLR 394, *Attorney General (NSW) v. Trethovan* (1931) 47 CLR 97.

⁶⁰⁶ *The Constitution (Legislative Council) Amendment Bill*, section 7A .

⁶⁰⁷ Pour une analyse du contexte politique, voir J. Godsworthy, *Parliamentary sovereignty – contemporary debates*, *op. cit.*, pp. 141-150.

vision orthodoxe et purement anglaise du Parlement souverain, mais sans non plus faire des parlements de province des organes qui n'auraient qu'une compétence limitée et seraient soumis au Parlement impérial, offre une troisième voie devant durablement impacter la vision de la souveraineté du Parlement⁶⁰⁸. Les juges ont en effet retenu qu'un parlement pouvait lier les parlements futurs quant à la forme et non au fond dès lors que la loi adoptée et posant de nouveaux critères formels à la procédure législative avait elle-même été adoptée en respectant la procédure législative ayant alors cours. Cette nouvelle définition de la souveraineté du Parlement désignée par l'expression « *The manner and form theory* », qui a par la suite été reprise par la *Supreme Court* Sud-Africaine⁶⁰⁹ dans les années cinquante, a ouvert dans le champ académique un débat soutenu entre les lecteurs orthodoxes du principe de souveraineté du Parlement et ceux proposant une lecture de la souveraineté du Parlement tirant toutes les conséquences de ces décisions.

204. Les effets de la doctrine « *manner and form* » dans les écrits des publicistes britanniques sur la souveraineté du Parlement. Le débat au sein des États dont le système juridique est fondé sur la *common law* britannique n'est pas resté étranger au Royaume-Uni. En réaction aux évolutions amorcées au sein du *Commonwealth*, le professeur H. W. R. Wade⁶¹⁰ est venu réaffirmer la vision orthodoxe de la souveraineté du Parlement, rejetant la possibilité pour un parlement de lier n'importe quel parlement futur, y compris quant à la forme de la procédure législative. Se fondant sur deux arrêts rendus par la *King Bench* remontant aux années 30⁶¹¹, Wade affirme que les mécanismes fondant le principe de souveraineté du Parlement ne sont pas à chercher dans la pratique du Parlement lui-même, mais dans les règles juridiques reconnues par les cours de *common law*⁶¹² britannique. Or, pour ces dernières aucun Parlement ne peut lier ses successeurs⁶¹³. Le débat né en Australie et en Afrique n'est dès lors pas pertinent dans le cas britannique. À cette défense du concept orthodoxe s'oppose la lecture de l'école « *manner and form* »⁶¹⁴ proposée par Sir I. Jennings

⁶⁰⁸J. Godsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, op. cit., p. 173, « *The great majority of modern constitutional lawyers 'had come to favour the new 'manner and form' theory* ».

⁶⁰⁹ *Harris v. Minister of Interior* [1952] (2) 428 (AD).

⁶¹⁰ H. W. R. Wade, « *The basis of Legal Sovereignty* », *Cambridge Law Journal*, Volume 13, N. 2, novembre 1955, pp.172-197.

⁶¹¹ *Vauxhall Estates Ltd v. Liverpool Corporation* [1932] 1 K. B. 733, *Ellen Street Estates Ltd v. Minister of Health* [1934] 1 K. B. 590, *British Coal Corporation v. The King* [1935] A. C. 500.

⁶¹² H. W. R. Wade, « *The basis of Legal Sovereignty* », op. cit., p. 196.

⁶¹³ *Idem.*, p. 180.

⁶¹⁴ R. F. V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, 2^e éd, 1964, I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., 1959, voir aussi, N. W. Barber, « *The afterlife of Parliamentary sovereignty* », *I-Con*, volume 9, N. 1, 2011, pp.

et R. F. V. Heuston. Se fondant sur l'apport théorique des cas australiens et sud-africains, Jennings et Heuston retiennent tout au contraire la capacité du Parlement à lier ses successeurs. Partant de la règle positive du modèle orthodoxe selon laquelle le Parlement peut faire ou défaire toute loi, les deux auteurs en tirent toutes les conséquences. Contrairement à Dicey, ils ne limitent pas la règle pour garantir la souveraineté continue en interdisant à un parlement de lier les parlements futurs. Ils retiennent une pleine souveraineté juridique au Parlement qui peut dès lors limiter les parlements qui lui succéderont. Apparaît ici un principe de hiérarchie des normes adoptées par le Parlement dont le respect suppose et autorise la reconnaissance d'un contrôle par les juges de *common law* sur les normes adoptées par le Parlement. En faisant tomber l'aporie permettant l'articulation entre les différents mécanismes composant le principe matériel de souveraineté du Parlement, Jennings et Heuston le déconstruisent et replacent au centre de l'architecture constitutionnelle la *common law* et avec elle le juge. Il n'y a plus dans cette lecture de souveraineté possible pour le Parlement, mais seulement une « *suprématie juridique* ».

B. La souveraineté du parlement, un principe européanisé

205. L'effet du European Communities Act 1972 sur le principe de souveraineté du Parlement. Le débat académique ouvert entre les lectures orthodoxes et nouvelles du principe de souveraineté du Parlement ne semble pas, dans un premier temps, trouver d'écho particulier dans le droit positif britannique. Le principe de souveraineté du Parlement n'est pas discuté par les juges⁶¹⁵ et ce malgré les limitations du Parlement de Westminster au travers du processus de décolonisation. Le point de rupture apparaît bien plus tardivement. La *common law* britannique porte en puissance la redéfinition de la souveraineté du Parlement comme mis en lumière par la lecture académique « *manner and form* » du principe matériel de souveraineté du Parlement. C'est toutefois l'intégration du droit européen qui va en permettre l'expression dans le droit positif. En modifiant l'architecture de l'ADN du droit public britannique, le droit de l'Union européenne permet ainsi la manifestation de caractères récessifs restés jusqu'alors silencieux dans le système juridique britannique.

144-154, pp. 145-146, J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, change and European effects*, Cambridge, CUP, 2007, 275 p., pp. 107-110, A. L. Young, « Parliamentary Sovereignty Re-defined », *op. cit.*, pp. 68-72.

⁶¹⁵ M. Elliott, « Parliamentary sovereignty and the new constitutional order: legislative freedom, political reality and convention », *Legal Studies*, Vol. 22, N. 3, septembre 2002, pp. 340-376, p. 343, « However, there has been a noticeable reluctance to embrace this approach. Such reticence is evident in the court's adherence to the orthodoxy of parliamentary sovereignty ».

206. Dès les débats parlementaires autour du projet de loi ayant mené à l'adoption en 1972 de l'*ECA*, des interrogations quant à la compatibilité du concept avec l'intégration des Communautés se voient soulevées⁶¹⁶. Pour autant, de 1972 aux années quatre-vingt, aucun conflit ne pose ouvertement la question de cette compatibilité aux juges. Selon le professeur Elliott⁶¹⁷, cette absence de contestation du concept matériel devant le prétoire du juge tient à deux phénomènes complémentaires : premièrement, la construction d'une convention de la constitution selon laquelle le Parlement se doit de légiférer conformément au droit de l'Union⁶¹⁸, deuxièmement, un travail d'interprétation des juges renforcé de manière à aider la compatibilité des lois nationales aux normes européennes⁶¹⁹. Si la constitution d'une convention assurant la compatibilité entre les lois adoptées par le Parlement et le droit européen représente une limitation matérielle et politique de la souveraineté du Parlement qui s'éloigne des limitations politiques reconnues par Dicey, elle ne représente pas pour autant une menace directe au principe matériel de souveraineté juridique du Parlement. Il n'est en effet pas admis qu'en adoptant l'*ECA*, le Parlement de 1972 ait lié juridiquement les parlements futurs au respect du droit de l'Union.

207. Néanmoins, la première inflexion au principe de souveraineté continue du Parlement tel que construit dans le cadre du modèle orthodoxe a lieu en 1981 dans le cadre de l'arrêt *Macarthy Ltd v. Smith*⁶²⁰. Dans le contexte d'une incompatibilité entre une loi antérieure à 1972 et l'*ECA*, Lord Denning relève dans son opinion minoritaire que seule l'intention expresse du Parlement d'abroger l'*ECA* autoriserait les cours à écarter le droit de l'Union⁶²¹. La formulation laisse penser que la doctrine d'*implied repeal* ne pourrait être appliquée à l'*ECA*. Or, reconnaître cette exigence revient à accepter l'idée selon laquelle le Parlement de 1972 aurait lié le parlement de 1981 et tout parlement futur quant à la procédure à adopter pour abroger l'*ECA*. C'est en tout cas l'analyse que retient le professeur J. W. F. Allison face

⁶¹⁶ N. W. Barber, « The afterlife of Parliamentary sovereignty », *op. cit.*, p. 149.

⁶¹⁷ M. Elliott, « Parliamentary sovereignty and the new constitutional order: legislative freedom, political reality and convention », *op. cit.*, pp. 341-346.

⁶¹⁸ *Idem.*, p. 342, M. Elliott, « United Kingdom : Parliamentary Sovereignty under Pressure », *I-CON*, Volume 2, N. 1, 2004, pp. 545-555, p. 547-549, N. W. Barber, *op. cit.*, p. 149, « In the period between 1972 and 1988, Parliament strove avoid legislating in conflict with European law. Indeed, it can be argued that a constitutional convention, a nonlegal constitutional rule, had emerged requiring that it not legislate in conflict with Community law ».

⁶¹⁹ Pour une illustration, voir : *Lister v. Forth Dry Dock* [1990] 1 AC 546.

⁶²⁰ [1981] 1 QB 180.

⁶²¹ *Macarthy Ltd v. Smith* [1981] 1 QB 180, pt. 329.

aux propos de Lord Denning, y voyant alors une première expression dans le discours du juge anglais de la théorie « *manner and form* » telle que formulée par Jennings et Heuston⁶²².

208. La portée de l'opinion de Lord Denning reste à première vue limitée. Elle marque cependant un tournant dans la représentation judiciaire de la souveraineté du Parlement. Tournant qui se concrétise dix ans plus tard dans l'arrêt *Factortame* et le refus du juge de *common law* d'appliquer une loi postérieure à 1972 contraire au droit de l'Union. En écartant de fait l'application de la doctrine de l'*implied repeal* qui garantit une souveraineté continue au Parlement, les juges ont reconnu que « le Parlement de 1972 a[vait] réussi à lier le Parlement de 1988 et à restreindre sa souveraineté, quelque chose qui était supposé être constitutionnellement impossible »⁶²³. En acceptant qu'un Parlement puisse lier des parlements futurs, les juges se sont écartés de la lecture orthodoxe du principe matériel de la souveraineté du Parlement, provoquant pour le professeur Wade une révolution juridique. Néanmoins, la nouvelle lecture proposée par les cours ne rejoint pas celle de la théorie « *manner and form* » telle qu'exprimée par les juridictions australiennes et sud-africaines.

209. En effet, la théorie « *manner and form* » reconnaît la limitation d'un parlement par tout parlement antérieur, mais cette limitation ne concerne que la composition de l'institution et la procédure lui permettant d'adopter une norme législative. Il s'agit d'une limitation purement formelle. Or, dans le cadre du second arrêt *Factortame*, l'enjeu du contentieux soulevé devant les *Law Lords* ne concernait ni la composition du Parlement ayant adopté la loi de 1988 contraire à l'ECA ni la procédure ayant conduit à son adoption. Dans ce cas précis, la loi n'a pas été écartée au regard de sa forme ou de sa procédure d'adoption, mais au regard de son contenu, contraire au droit de l'Union tel qu'intégré dans le système britannique par l'ECA.

210. En cela, l'arrêt *Factortame*, s'il semble bien se nourrir des apports des arrêts du *Commonwealth* rendus dans les années cinquante et qui ont ouvert une première brèche dans le principe de souveraineté du Parlement, les dépasse en reconnaissant la possibilité pour un ancien parlement de lier un parlement futur non pas quant à la procédure, mais bien quant au fond de l'acte adopté. Il s'agit ici d'une reconnaissance de la limitation matérielle de la souveraineté du Parlement. *Factortame* semble enterrer le concept matériel de souveraineté du Parlement tel que défini par Dicey. Pour autant, le principe de souveraineté du Parlement

⁶²² J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, change and European effects*, *op. cit.*, p. 108.

⁶²³ H. W. R. Wade, « Sovereignty – revolution or evolution? », *LQR*, 1996, Vol. 112, pp. 568-575, p. 568, «The Parliament of 1972 had succeeded in bidding the Parliament of 1988 and restricting its sovereignty, something that was supposed to be constitutionally impossible ».

fait partie de ces « Lazares juridiques » et à peine touché au cœur, tant les juges⁶²⁴ que les auteurs se rattachant au modèle orthodoxe et à un discours de *political constitutionalism* ont cherché à le ramener à la vie en proposant des lectures permettant la conciliation entre le principe orthodoxe et la portée de la décision *Factortame*. Il s'agit alors de souligner le caractère temporaire de la limitation imposée au Parlement, ce dernier pouvant toujours abroger l'*ECA*⁶²⁵, comme l'a montré récemment l'adoption par la Chambre des Communes, la Chambre des Lords et la Reine, du *European (Withdrawal) Act*⁶²⁶.

211. En insistant sur le caractère volontaire de la limitation du Parlement au moment de l'adhésion aux Communautés européennes, les juges adoptant une lecture orthodoxe du droit public britannique soulignent que la reconnaissance de la capacité d'un parlement à lier les parlements futurs et derrière elle la redéfinition du principe matériel de souveraineté du Parlement relève bel et bien d'un choix propre au pouvoir législatif et non d'une décision qui lui serait imposée par le pouvoir judiciaire. Une telle lecture conduirait en effet à détruire la possibilité d'une suprématie juridique du Parlement sur laquelle s'appuie le discours du *legal constitutionalism*⁶²⁷. Il s'agit donc, tout en acceptant la réalité du droit positif de faire évoluer la rhétorique d'un discours centré sur le Parlement sans en dénaturer pour autant l'orientation première. Le *legal constitutionalism* comme discours démocratique de la constitution britannique a besoin de conserver au cœur de sa structure le Parlement. Pour autant et malgré les précautions des juges, les commentateurs s'interrogent sur la portée d'un tel arrêt et des pouvoirs des cours de *common law*. En effet, pour le professeur Wade il ne suffit pas pour les juges d'affirmer le caractère volontaire de la redéfinition du principe par le Parlement, la conséquence d'une lecture judiciaire du pouvoir du Parlement est qu'« en ignorant la volonté de la « législature souveraine » [les juges] ont clairement exprimé que c'était à eux de déterminer ce qu'est une loi valide de cette législature »⁶²⁸, dès lors, « les cours ont atteint les

⁶²⁴ Lord Bridge dans son opinion en rappelant que « *quelques soient les limitations à sa souveraineté que le Parlement ait consentie lorsqu'il a adopté le European Communities Act de 1972, cela était entièrement volontaire* ».

⁶²⁵ H. R. Wade., « Sovereignty – revolution or evolution? », *op. cit.*, pp. 573-574, « *Eschatologically this was true, in the sense that Parliament would not be deprived of its ultimate power to repeal the Act of 1972 and take Britain out of the Community* ».

⁶²⁶ European (withdrawal) Act 2018.

⁶²⁷ P. Craig, « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame* », *Yearbook of European Law*, Volume 11, N. 1, 1991, p. 221- 255, p. 252, « *The courts do not wish to be seen as making a 'political choice' at the 'boundary of the legal system'. They would prefer to express the matter as one which the essential choice has been made by the legislature, in this instance the legislature of the early 1970's* ».

⁶²⁸ H. R. Wade, « The basis of legal sovereignty », *op. cit.*, p. 192, « *In disregarding the manifest will of the " sovereign legislature" they made it clear that it was for them, the court, to say what a valid Act of that legislature was* ».

frontières ultimes du système juridique et ont en substance fait un choix politique »⁶²⁹. Par l'exercice de ce choix politique, tant le mécanisme positif que le mécanisme négatif du principe matériel de souveraineté du Parlement sont tombés. Il s'agit bien ici d'une révolution complète pour le système constitutionnel, ou du moins pour le modèle orthodoxe.

212. Loin de souscrire à la théorie d'une révolution constitutionnelle, P. Craig relève que l'arrêt *Factortame* permet avant tout de rendre visible l'inadéquation du modèle orthodoxe et de sa méthode aux réalités contemporaines du système constitutionnel britannique⁶³⁰. Il relève en ce sens qu'à trop vouloir préserver le formalisme du concept, les commentateurs, notamment académiques, ont oublié d'interroger les présupposés méthodologiques ayant mené Blackstone, mais surtout Dicey, à développer la doctrine du Parlement souverain. Ce faisant, c'est la pertinence de ces présupposés dans le contexte du vingt et unième siècle qui est demeuré en dehors de toute réflexion⁶³¹. Dès lors, le sentiment de « révolution » tel qu'exprimé par Wade traduirait davantage une « révolution scientifique » au sens de T. S. Kuhn qu'une révolution du droit positif. La décision *Factortame* s'inscrit davantage dans une évolution du droit positif amorcé avant même l'intégration du droit européen. Évolution qui se poursuit au-delà de la décision de 1991.

213. La reconnaissance et l'extension de la doctrine « *manner and form* » par le juge britannique. L'arrêt *R (on the application of Jackson) v. Attorney General*⁶³², présenté devant la Chambre des *Lords* en 2005, étend l'apport de *Factortame* au-delà du seul droit européen en reconnaissant un pouvoir général du Parlement britannique pour lier les parlements futurs. En l'espèce, se trouvait questionnée devant le prétoire des *Law Lords* la légalité du *Hunting Act* de 2004. Ce texte, adopté sur le fondement du *Parliament Act* de 1949, se voyait alors contesté au motif que le *Parliament Act* de 1949 n'était lui-même pas valide, car ayant été adopté selon une disposition du *Parliament Act* de 1911 contraire au principe matériel de souveraineté du Parlement et du principe de souveraineté continue. En effet, les articles 2(1) et 2(2) de la loi de 1911 en prévoyant une procédure particulière pour l'adoption de certaines lois et en redéfinissant la composition du Parlement juridique pour l'application de ces

⁶²⁹ *Ibid.*, « *the court had reached the ultimate boundary of the legal system, and had in substance to make a political decision* ».

⁶³⁰ P. Craig, « Sovereignty of the United Kingdom Parliament « after *Factortame* », *op. cit.*, p. 250.

⁶³¹ *Idem.*, p. 234.

⁶³² [2005] UKHL 56.

procédures spéciales, lient les parlements postérieurs à 1911⁶³³. Toute lecture orthodoxe écarterait les exigences formelles posées par le *Parliament Act* de 1911, invalidant de fait tout texte pris en application de ces dispositions sous peine de porter atteinte au principe matériel de souveraineté du Parlement tel que défini par Dicey. L'affaire fait ici directement écho aux arrêts australien et sud-africain ayant conduit à la constitution dans ces deux systèmes de *common law* de la théorie « *manner and form* ». ⁶³⁴. Or, avant 1991, une telle limitation du Parlement britannique ne semble pas envisageable dans le discours du juge britannique. Et même après l'arrêt *Factortame*, la lecture à donner aux articles 2(1) et 2(2) du *Parliament Act* 1911 n'est pas évidente pour une lecture orthodoxe du principe de souveraineté du Parlement. En effet, il pouvait être supposé que l'inflexion opérée au principe dans le cadre de la seconde décision *Factortame* n'avait été acceptée qu'en vertu du contexte d'application du droit européen et n'impliquait pas la reconnaissance générale de limitations possibles à la souveraineté juridique du Parlement. En ce sens, l'arrêt *Jackson* lève tout doute quant au champ d'application à donner à la reformulation du principe de souveraineté du Parlement.

214. En effet, en reconnaissant la validité tant de la procédure spéciale du *Parliament Act* de 1911 que par ricochet celle du *Hunting Act* de 2004, et ce, en dehors de toute application du droit européen, les juges ont définitivement consacré la possibilité pour un parlement de lier au moins formellement les parlements futurs. Cette consécration, comme le relève Lord Hope of Craighead n'est pas sans conséquence pour le concept matériel de souveraineté du Parlement : « Notre constitution est dominée par la souveraineté du Parlement. Mais la Souveraineté du Parlement n'est plus, si elle ne l'a jamais été, absolue. (...) Pas à pas, graduellement, mais sûrement, le principe anglais de souveraineté législative absolue du Parlement que Dicey tirait de Coke et Blackstone a été encadré » ⁶³⁵.

⁶³³ Le texte autorise dans certaines conditions de conflits entre la Chambre des Communes et la Chambre des Lords, de présenter le projet de loi à la Reine pour promulgation après que ce dernier n'ait été adopté que par la Chambre des Communes et ce afin d'éviter tout nouveau blocage de la part de la Chambre des Lords des lois de finances ou de toute « *Public bill* ». C'est l'utilisation de cette dernière disposition qui se trouve au cœur du litige de l'arrêt *R (on the application of Jackson) v. Attorney General*, présenté devant la chambre des Lords en 2005.

⁶³⁴ *R (on the application of Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56, Lady Hale of Richmond, pt. 163, « *if Parliament is required to pass legislation on particular matters in a particular way, then Parliament is not permitted to ignore those requirements when passing legislation on those matters, nor is it permitted to remove or relax those requirements by passing legislation in the ordinary way* ».

⁶³⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, Lord Hope of Craighead, pt. 104, « *Our constitution is dominated by the sovereignty of Parliament. But Parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute. It is not uncontrolled in the sense referred to by Lord Birkenhead LC in McCawley v The King [1920] AC 691, 720. It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever. Step by step, gradually but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament which Dicey derived from Coke and Blackstone is being qualified.* »

215. Plus encore, en se saisissant ouvertement de la question de la souveraineté continue du Parlement, les *Law Lords* mettent un terme à l'idée défendue par Wade et présente chez Dicey d'un principe qui, bien qu'au fondement de l'ordre juridique britannique, ne se situerait pas dans le droit lui-même, mais serait au-delà du droit ; l'ultime fait politique au fondement du système qui échapperait par nature au juge. Or, est affirmé par Lord Steyn que « la vision classique donnée par Dicey de la doctrine de la suprématie du Parlement, pure et absolue comme elle l'était, peut maintenant apparaître comme n'ayant plus sa place dans le Royaume-Uni moderne. Néanmoins, la suprématie du Parlement reste le principe général de notre constitution. C'est un construit de la *common law*. Les juges ont créé ce principe »⁶³⁶. Dans le même sens, Lord Hope relève que le principe « en l'absence de plus haute autorité, a été créé par la *common law* »⁶³⁷. En faisant entrer le principe dans la *common law* qu'il leur revient de déterminer et d'appliquer, les juges font de la suprématie du Parlement et non plus la souveraineté, un objet qui ne résulte plus de la seule volonté du législateur comme le proposait le modèle orthodoxe. Une telle redéfinition vide le principe formel de son caractère de norme fondamentale. Devenue un principe de *common law*, la suprématie du Parlement peut alors être mise en balance avec d'autres principes et se voir écarter face à un principe juridique dont la pondération se trouverait plus importante. Dans ce contexte, il convient d'ailleurs de se demander à quel Parlement se rattache le concept de suprématie juridique. En ce sens, l'arrêt *Thoburn* en reconnaissant une hiérarchie entre les *statutes* produites par le Parlement⁶³⁸ renvoie à l'idée déjà évoquée de deux Parlements : un Parlement constituant et suprême et un Parlement législateur et encadré. Si la distinction semble pouvoir ménager un temps les pressions exercées sur le modèle orthodoxe et la place qu'il accorde au Parlement, le discours du *common law constitutionalism* trouve dans la rupture des juges avec le concept de souveraineté matériel du Parlement un argument nouveau à la prétention d'un système juridique dont l'ultime fondement serait la *common law*.

216. Ainsi, si les mécanismes d'évolution et de redéfinition de la souveraineté du Parlement se trouvaient en puissance au sein même de cette *common law*, leur réalisation a été rendue possible par l'intégration du droit de l'Union. En impactant et redéfinissant la hiérarchie des sources du droit public britannique, en en complexifiant la structure, le droit de l'Union a

⁶³⁶ *Ibid.*, Lord Steyn, pt. 102, « *The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom. 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.* »

⁶³⁷ *Ibid.*, Lord Hope, pt. 126.

⁶³⁸ [2001] EWCH Admin 195, [2003] QB 151

amené les juges à adapter un principe doctrinal trop simple et dogmatique à la complexité et réalité du discours du droit positif. Une telle reconfiguration, une fois réalisée dans le droit britannique ne semble d'ailleurs pas devoir être remise en cause par le processus du Brexit. Car, « même si la loi de 1972 était abrogée, cela ne ressusciterait pas le vieux principe de la souveraineté du Parlement »⁶³⁹. En effet, en concrétisant dans le champ du droit positif la redéfinition du principe matériel de la souveraineté du Parlement, le droit européen a aussi permis l'émergence et le renforcement d'un discours constitutionnaliste qui interroge la balance des pouvoirs entre Parlement et juge proposé par le modèle orthodoxe et participe de la redéfinition de la hiérarchie entre les principes de Souveraineté du Parlement et du *Rule of law*.

§2. Le principe de *Rule of law* dans le discours sur le droit public britannique

217. « Tout le monde croit dans le principe de *rule of law*, mais peu de personnes peuvent dire ce qu'il signifie, et pour toute personne qui peut vous en dire quelque chose, il y aura deux autres personnes pour vous dire qu'elle se trompe »⁶⁴⁰. Derrière le constat dressé par Sir Stephen Sedley se trouve une formulation qui, soulignant l'indétermination du concept de *Rule of law*, met en lumière à la fois la polysémie⁶⁴¹ du concept et les évolutions importantes que ce dernier a connues depuis la seconde moitié du XX^e siècle. D'un point de départ relativement stable, exprimé dans le style clair et efficace d'Albert Venn Dicey, alors pensé par ce dernier comme le concept clef de la *common law*, la notion s'est trouvée pleinement refondue et remodelée dans le discours du juge par le développement de l'Exécutif, de l'État administratif, puis par l'intégration des droits européens. Second pilier identifié par Dicey pour porter son modèle de droit constitutionnel, le *Rule of law* est alors compris comme un principe formel qui s'articule avec et renforce le principe matériel de souveraineté du Parlement⁶⁴². Image pertinente du discours du droit pour le professeur oxonien, image

⁶³⁹ N. W. Barber, *op. cit.*, p. 153, « *Even if the 1972 act were repealed, this would not resurrect the old rule of Parliamentary sovereignty* ».

⁶⁴⁰ S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.*, p. 269, « *Everybody believes in the rule of law, but few people could tell you what it means, and for everyone who could tell you, there would be two others to say they were wrong* ».

⁶⁴¹ Pour une distinction entre les notions d'Etat de droit, *Rechtsstaat* et *Rule of law*, voir : L. Heuschling, *Etat de droit -Rechtsstaat-Rule of Law*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque Thèses, vol. 16, 2002. Voir aussi E. Zoller, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, pp. 99-101.

⁶⁴² A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 183-184, « *Two features have at all times since the Norman Conquest characterised the political institutions of England. The first of these features is the omnipotence*

classiquement contestée par la doctrine, cette dernière se trouve remise en cause tant par une relecture attentive du discours du droit antérieur à l'époque victorienne que par ses évolutions postérieures qui appellent à sa redéfinition (A). Redéfinition qui devient une reconceptualisation sous l'effet des droits de l'Union et de la *CEDH*, faisant passer le *Rule of law* d'un simple principe formel à un principe complexe, porteur à la fois d'une dimension formelle et d'une dimension matérielle qui apparaît dès lors comme une remise en cause du principe auquel il était jusqu'alors soumis, celui de souveraineté du Parlement (B).

A. L'origine anglaise du concept du *Rule of law*

218. La définition diceyenne du principe du « *Rule of law* ». En tant que premier architecte de la langue juridique de la constitution britannique, les concepts construits ou adoptés par Dicey dans *The Law of the Constitution*, demeurent le vocabulaire au fondement du droit constitutionnel. En ce sens, l'expression « *Rule of law* », au même titre que celle de « souveraineté du Parlement » semble indétachable des travaux de Dicey. Elle lui est parfois attribuée, ou au minimum, il lui est reconnu d'en avoir popularisé l'utilisation. Pour autant, Dicey n'en est pas le créateur⁶⁴³ : l'expression est identifiée au XVII^e siècle à la fois dans la langue du juge⁶⁴⁴ et dans celle de la Chambre des Communes⁶⁴⁵. Le principe puise ainsi ses racines dans le discours même du droit. L'utilisation de l'expression n'est cependant pas continue et réapparaît sporadiquement dans la seconde moitié du XIX^e siècle⁶⁴⁶. Hors du champ juridique, elle est employée par l'historien Hearn⁶⁴⁷ dont Dicey ne renie pas l'influence sur ses propres écrits⁶⁴⁸.

or undisputed supremacy throughout the whole country of the central government (...) This royal supremacy has now passed into that sovereignty of Parliament (...) The second of these features, which is closely connected with the first is the rule or supremacy of law».

⁶⁴³ A. Arlidge et I. Judge, *Magna Carta Uncovered*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 123, « [t]he rule of law is not a newly minted aspiration nor a phrase created by AV Dicey in the nineteenth century », cité par J. W. F. Allison, « Chapter 10: Turning the Rule of law into an English Constitutional Idea », *op. cit.*, voir aussi: J.W.F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, *op. cit.*, p. 157, S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.* p. 275.

⁶⁴⁴ S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.*, p. 274-275, « In 1636, a few years before England's Civil War broke out [...] Justice Berkeley, evidently speaking for the court, said: 'There is a rule of law and a rule of government, and things may not be done by the rule of law may be done by the rule of government.' [...] he uses the expression "the rule of law" not in the limited sense of some specific proposition (e. g. that it is a rule of law that you may not profit by your own wrong) but in the generic sense in which, three and a half centuries later, Dicey was to use it. »

⁶⁴⁵ House of commons, *Petition of temporal grievance*, 7 juillet 1610

⁶⁴⁶ *Mersey Docks Trustees v. Gibbs* [1866] 11 HLC 686, pt. 710, cité par J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, *op. cit.*, p. 157, note 2.

⁶⁴⁷ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects* *op. cit.*, p. 6

⁶⁴⁸ *Ibid.*

219. Tel que formulé dans *The Law of the Constitution*, le concept diceyen de « *Rule of law* » se décompose, à la manière du concept de souveraineté du Parlement, en trois mécanismes distincts : un encadrement strict de l'exercice arbitraire du pouvoir face aux individus⁶⁴⁹, un principe d'égalité juridique qui exclue l'existence d'un droit spécifique à l'action publique⁶⁵⁰, et enfin, l'exclusion de déclarations de droits au profit de garanties purement procédurales⁶⁵¹. Par l'articulation de ces trois propositions, Dicey construit ici un concept juridique formel censé assurer la protection des libertés individuelles contre l'État par le droit commun, c'est-à-dire le droit privé. En cela, cette construction, et malgré les précautions méthodologiques affirmées en introduction de *The Law of the Constitution*, propose une image du concept du « *Rule of law* » ancrée dans le libéralisme victorien⁶⁵². L'exposition du concept est, en effet, comme toute étude doctrinale, le miroir de son époque et projette nécessairement sur ses structures juridiques pensées comme neutres et reflet d'une réalité historiquement établie, les questionnements et passions contemporaines à son écriture. Cet ancrage historique apparaît en particulier dans la formulation des deuxième et troisième mécanismes composant le principe du « *Rule of law* » diceyen. L'époque victorienne qui sert de contexte à cette première formalisation doctrinale est marquée par le contexte du renforcement des États Nations et la célébration d'un particularisme britannique face à ses voisins continentaux. En affirmant l'identité britannique de son concept du *Rule of law* en rejetant un modèle de droit administratif compris comme un élément français, ou encore par la formulation d'un troisième élément qui écarte toute forme de constitution formelle porteuse de déclarations de droits dans le système britannique, Dicey accentue une narration différentialiste et salue les spécificités de son système face aux droits de traditions civilistes. Il n'est cependant pas le seul auteur de la période à accentuer l'« *englishness* » du système britannique et s'inscrit dans un discours bien plus large que le seul discours sur le droit⁶⁵³.

⁶⁴⁹ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, op. cit., p. 188, « *no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land*».

⁶⁵⁰ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, op. cit., pp. 202-203, « *the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary tribunals*».

⁶⁵¹ Idem., p.195, « *that the general principles of the constitution (as for example, the right to personal liberty...) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts*».

⁶⁵² Sir S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, op. cit., p. 271, « *it is a partial and Panglossian account of the English legal system at the height of its Victorian self-assurance*».

⁶⁵³ Le biais adopté dans l'exposition de *The Law of the Constitution* est aussi parfois expliquée par la portée pédagogique voulue et assumée par Dicey qui l'aurait alors conduit à adopter un discours beaucoup plus tranché, aux arguments monolithiques et ne représentant ni les nuances de sa pensée, ni la complexité de la réalité du système juridique victorien.

220. Mais une fois quitté le discours sur le droit pour trouver le discours du droit, le biais diceyen ancre dans l'esprit des juristes britanniques, l'idée selon laquelle le Royaume-Uni ne possède pas de système de règles juridiques spécifiques à l'action de la Couronne et ne doit pas en posséder pour la protection des individus. Cette pensée, portée notamment par l'absence jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle d'une *common law* de droit public consciente d'elle-même est d'autant plus enracinée que l'absence d'une dualité de juridiction et son rejet affirmé dans le droit positif au cours des années trente semblent justifier ou renforcer l'affirmation diceyenne. Or, cette affirmation se heurte au développement réel des « *prerogative writs* »⁶⁵⁴, à l'inflation du nombre d'organes administratifs pendant la révolution industrielle et à l'apparition dès le XVIIIe siècle des *Tribunals*⁶⁵⁵, permettant des recours administratifs en dehors des cours de *common law* et qui invalident la thèse d'un « *Rule of law* » anglais de droit privé caractérisé par l'absence d'un droit spécifique à l'action de la Couronne⁶⁵⁶.

221. La déconstruction de la définition diceyenne du « *Rule of law* » par le développement du *judicial review*. Cette définition du *Rule of law* est dépassée en droit positif dès la seconde moitié du XXe siècle⁶⁵⁷. Dans le champ académique, le succès contemporain du concept du « *Rule of law* » et le retour à ses sources diceyennes pour en permettre l'exposition ne doivent pas masquer la crise réelle et rapide que va subir le concept tel que formulé dans *The Law of the Constitution* au sein même du discours du droit. Les auteurs de

⁶⁵⁴ P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law – Foundations and Challenges*, Cambridge, CUP, The Hamlyn Lectures, 2015, pp. 26-31, P. Craig, « Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective », *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 42/2016, juin 2016, 32 p., disponible à : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2796028##

⁶⁵⁵ P. Craig, « Chapitre 2 – The administrative system: a historical approach », in P. Craig, *Administrative Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 8e édition, 2016, pp. 35-53.

⁶⁵⁶ Dicey n'ignore pas pour autant totalement le développement de ces procédures. S'il n'envisage à aucun moment la question des Tribunaux, pourtant développée par Bentham, il aborde cependant la question des *prerogative writs*. Mais en centrant son approche des *prerogative writs* sur le seul *writ d'Habeas Corpus*, d'où il tire le premier élément de son principe du *rule of law*, il en donne une vision biaisée, centrée sur l'individu et non sur le pouvoir Exécutif. En effet, le choix du *writ d'Habeas Corpus* n'est pas neutre et s'inscrit dans le contexte des conflits entre le Parlements et la Couronne qui ont émaillé l'ensemble du XVIIe siècle anglais et favorise dans la représentation des pouvoirs celui du Parlement, conformément à l'idéologie *whig*. Le *writ d'Habeas Corpus* en ce que contrairement à la majorité des autres *writs* n'est pas attachée à la personne du Roi, mais à l'individu apparaît comme une garantie contre l'administration au sens large pensé uniquement pour Dicey comme vecteur d'arbitraire à l'image du pouvoir exercé par l'administration Stuart et pris dans *The Law of the Constitution*.

⁶⁵⁷ S Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, op cit., p. 270, « Although Dicey continues to be credited with having both identified and articulated the concept of the rule of law, no modern account of it comes anywhere near adopting these as its defining components ».

l'école fonctionnaliste ou encore E. C. S. Wade⁶⁵⁸ remettent en cause dès le début du XX^e le concept diceyen⁶⁵⁹. Cette crise, alimentée par le décalage grandissant entre la modélisation diceyenne du principe de *Rule of law* et le développement du droit administratif au cours du XX^e mène à la totale déconstruction de la notion. Cette véritable « désillusion diceyenne » ne permet pas, contrairement à l'histoire du concept de souveraineté du Parlement, de mettre sur le même plan la notion diceyenne et la notion regardée aujourd'hui comme orthodoxe. Le concept même du « *Rule of law* » se voit frapper d'un scepticisme qui ne sera effacé que par la pleine déconstruction des deuxième et troisième mécanismes du concept diceyen. Si la déconstruction du deuxième mécanisme s'amorce dans le droit britannique, le troisième mécanisme va être pleinement nourri par le droit européen à la fin des années quatre-vingt-dix. Ainsi, s'il y a bel et bien une persistance dans le vocabulaire utilisé, il s'agit d'une persistance sémantique et non d'une persistance conceptuelle.

222. Le concept orthodoxe du « *Rule of law* » se construit en conservant en son cœur l'idée -de limitation de l'État⁶⁶⁰. Elle est le dénominateur commun à tous les discours sur le « *Rule of law* » et en fait dès lors un des outils du constitutionnalisme britannique. Cependant, les modalités et mécanismes du « *Rule of law* » orthodoxe se différencient du modèle diceyen en ce que le droit administratif s'y voit reconnaître une place centrale. En effet, « le recours juridique [au principe de *Rule of law*] s'est principalement fait par le développement de principes modernes de droit public dans la procédure de *judicial review* et de contrôle de l'action administrative »⁶⁶¹. Le développement du droit positif se voit accompagné dans le champ académique d'une relecture attentive de l'histoire du droit administratif prédiceyen⁶⁶²

⁶⁵⁸ E. C. S. Wade, G. Godfrey Philipps, *Constitutional Law*, Londres, Longmans, 2nd ed., 1935, cité par B. C. Jones, « The rule of law in UK public Law textbooks: from critique to acceptance? », *P. L.*, Oct. 2018, pp. 594-604, p. 595.

⁶⁵⁹ *Idem.*, pp. 271-272, voir aussi, J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, change and European effects*, op. cit., pp. 191-194.

⁶⁶⁰ E. Zoller, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 74, « La position de l'Angleterre vis-à-vis du droit public a toujours fait exception ; c'était vrai au XVIII^e siècle et c'est encore vrai aujourd'hui. L'Angleterre n'a jamais développé un droit public comme les Etats du continent européen, ce droit de l'Etat dérogatoire au droit commun et insusceptible d'être vérifié par les cours de justice. Ses rois n'ont jamais été assez forts pour en imposer l'idée ou, plus exactement, quand ils auraient été assez forts pour ce faire (après la Conquête de 1066 par Guillaume, duc de Normandie), l'idée du droit public n'était pas encore née, et quand l'idée fut née (à la Réforme), les rois avaient perdu le pouvoir de la faire triompher. La monarchie anglaise n'a pu se perpétuer qu'en renonçant à l'absolutisme (...) et en acceptant la prééminence du droit (Rule of Law) ».

⁶⁶¹ *Idem.*

⁶⁶² Mais une fois le voile tissé par la définition diceyenne tombé, que reste-t-il de la connaissance du discours du droit et des racines du *judicial review* avant les évolutions de la seconde moitié du vingtième-siècle ? Relativement peu de chose, reconnaît le professeur Paul Craig rappelant que combler cet impensé qu'est l'histoire du droit administratif britannique est une nécessité scientifique pour garantir la pérennité de la matière. En effet, au niveau du discours sur le droit « le 'pouvoir ' académique, comme toutes les autres formes de celui-ci, n'est pas sans responsabilité. L'argument [scientifique] doit supporter l'examen sur le marché académique des idées, et doit aussi être ancré dans une connaissance de ce qui a précédé le « ici et maintenant ». Dans la mesure où ce savoir

qui permet de retrouver les racines du concept du « *Rule of law* » dans le discours historique du droit.

223. En ce sens, la *Magna carta* et les procédures de limitation du pouvoir royal qu'elle propose, constituent l'acte de naissance du concept du « *Rule of law* »⁶⁶³. Pour autant, c'est dans le développement des *prerogative writs* que le professeur Paul Craig situe l'origine du *judicial review* et derrière lui du principe juridique de « *Rule of law* » soulignant, notamment, comment le développement au XVII^e siècle par le recours au *writ de mandamus* de principes garantissant une procédure équitable devant des organes devant être regardés comme des éléments de l'administration au sens large, participait de cette idée. L'arrêt *Bagg* de 1615 permet ainsi à Coke CJ de reconnaître un principe de respect du contradictoire et d'information au profit de l'individu écarté de ses fonctions par la municipalité⁶⁶⁴. Principes repris en 1850 dans l'arrêt de la *Queen Bench* « *Bonaker v. Evans* ». De même, le *Bonham's case*⁶⁶⁵ pose deux principes de contrôle et de limitation du pouvoir de l'État qui s'inscrivent dans la logique du *Rule of law*⁶⁶⁶. Le premier est celui d'un contrôle de constitutionnalité des lois exercé par les juges au regard des principes de la *common law*. Si un tel contrôle n'est pas aujourd'hui retenu en droit positif au regard du principe formel de Souveraineté du Parlement, le raisonnement développé par Edward Coke dans le *Bonham's case* est cependant pris en exemple par les auteurs contemporains se rattachant au discours du *common law constitutionalism* afin de mieux appeler de leurs vœux la reconnaissance d'un *strong judicial review*, à l'américaine⁶⁶⁷, s'étendant au-delà des frontières du simple *judicial review* administratif. Le second principe dégagé lors de cet arrêt est quant à lui moins clivant et trouve à s'illustrer dans le droit positif contemporain, pose qu'en l'espèce le Collège des Physiciens ne pouvait emprisonner et sanctionner financièrement le Dr. Bonham alors que l'organe était à la fois « juge, administrateur et *partie* »⁶⁶⁸. L'encadrement de l'exercice des pouvoirs

est exigu, la valeur du jugement académique en est diminuée. ». En ce sens un certain nombre d'études se proposent depuis quelques années de retracer l'histoire du *judicial review* dans le discours du droit antérieur à la période victorienne. Les travaux de Sir Sedley, ou Paul Craig s'inscrivent dans cet objectif et permettent dès lors d'identifier des marqueurs du « *rule of law* » et plus particulièrement les éléments de la définition donnée par Lord Bingham bien avant l'exposition diceyenne. Voir en ce sens P. Craig, « Proportionality and Judicial Review: a UK Historical Perspective », *op. cit.*, pp. 1-3

⁶⁶³ J. W. F. Allison, *op. cit.*

⁶⁶⁴ P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law – Foundations and Challenges*, *op. cit.*, p. 37

⁶⁶⁵ *Thomas Bonham v College of Physicians* (1610) 8 Co Rep 114

⁶⁶⁶ P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law – Foundations and Challenges*, *op. cit.*, pp. 37-38

⁶⁶⁷ S. Gardbaum, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », 49 *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001, pp. 707-758, J. Waldron, « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale Law Journal*, Vol. 115, N. 6, 2006, pp. 1346-1406

⁶⁶⁸ P. Craig., *UK, EU and Global Administrative Law – Foundations and Challenges*, *op. cit.*, p. 38

administratifs se poursuit par le recours aux autres *prerogative writs*, comme celui de *certiorari* dans l'affaire *Rooke*⁶⁶⁹ ou dans l'affaire *Hetley*⁶⁷⁰.

224. Le contrôle des juges porte alors à la fois sur les pouvoirs exercés par l'administration en vertu de pouvoirs délégués par les *statutes*, mais aussi sur l'exercice des *prerogative powers* comme illustrés par les affaires *Prohibition del Roy*⁶⁷¹ et *The Case of Proclamations*⁶⁷². La *common law* n'est d'ailleurs pas la seule source du droit à produire des règles visant à limiter l'exercice du pouvoir Exécutif. Les *statutes* posent aussi un certain nombre de limitations matérielles à la Couronne. Limitations matérielles qui se retrouvent aussi pour cette période dans les principes dégagés par le juge pour limiter l'exercice du pouvoir royal. L'étendue du contrôle du juge au-delà de limitation formelle distingue l'étude historique des *prerogative writs* du *judicial review* défini par le modèle orthodoxe. En effet, encore hanté par une définition diceyenne formelle du « *Rule of law* », le caractère principal du *judicial review* dans les années cinquante et soixante est de se limiter à un contrôle de la forme et de l'adoption des actes de l'administration. Une telle limite est liée au respect et à la centralité pour le modèle des principes formel et matériel de la souveraineté du Parlement. Néanmoins, la possibilité d'un contrôle substantiel est portée en puissance dans l'histoire du concept.

225. Si l'ensemble des *prerogative writs* dégagés dès le XVIIe sont pensés et liés à l'exercice de pouvoirs rattachés à la Couronne, elles ne sont pas systématisées dans des catégories distinctes du droit privé⁶⁷³. L'approche généalogique de la méthode de *common law* ne favorise pas cette structuration catégorielle qui relève d'une méthode déductive. Cette absence de structuration dans le droit positif de la période pré victorienne ajoute à l'impact de *The Law of the Constitution* qui empêche de penser et d'analyser ces procédures comme du droit administratif pour mieux les intégrer dans l'approche du « *private law constitutionalism* » proposée par Dicey qui nie alors leurs spécificités. Cette « éclipse » des *prerogative writs* au profit du droit privé et notamment de la *Tort Law* se prolonge de la fin du dix-neuvième siècle aux années 1950. À cette période, « l'inadéquation de la *common law* et de la méthode des juges pour contrôler ce qui a été appelé « *the law of statutory discretion* » est acquise. Pour en arriver là, il a fallu que le juge reconnaisse la spécificité de la matière administrative⁶⁷⁴, qu'il

⁶⁶⁹ 1598 5 Co. Rep.

⁶⁷⁰ *Hetley v. Boyer* (1614) Cro. Jac. 336.

⁶⁷¹ (1607) 12 Co. Rep. 63

⁶⁷² (1611) 12 Co. Rep. 74

⁶⁷³ P. Craig, *op. cit.*, p. 26

⁶⁷⁴ *Local Government Board v. Arlidge* [1915] AC 120.

fasse tomber l'immunité de la Couronne⁶⁷⁵ et que le premier grand arrêt de droit administratif, l'arrêt *Wednesbury*, pose pour principe que l'Administration doit utiliser raisonnablement les pouvoirs qui lui sont délégués par le Parlement⁶⁷⁶.

226. Parallèlement, plusieurs études de doctrine, notamment celle du professeur De Smith⁶⁷⁷, proposent une exposition des *prerogative writs* historiques. L'ensemble de ces écrits participent alors à une narration de l'histoire du *judicial review* qui se voudrait linéaire et qui reconnecterait la période pré-Diceyenne à celle faisant suite à l'« hiver du droit public britannique »⁶⁷⁸. Comme le développement de l'administration Tudors puis Stuart avait conduit les juges et notamment Sir Edward Coke à puiser dans la *common law* pour limiter et encadrer l'exercice du pouvoir Exécutif, la multiplication des délégations de pouvoirs du Parlement souverain vers le Gouvernement et derrière lui l'Administration pour la réalisation d'activités administratives rendues de plus en plus techniques et intensives par la Révolution industrielle, mais aussi les efforts de guerre nécessaires pendant la Première et la Seconde Guerre mondiale, appelleraient à une utilisation renforcée des *prerogative writs* pour contrôler l'activité de l'Administration. Mais cette histoire qui reconnecte le *judicial review* moderne et le concept orthodoxe du « *Rule of law* » a des racines anciennes est contestée⁶⁷⁹.

227. Il demeure néanmoins que la naissance du *judicial review* moderne et plus largement du droit administratif anglais contemporain permet une déconstruction effective du second mécanisme du concept diceyen du « *Rule of law* » invalidant dès lors ce dernier. Cette déconstruction passe, à travers des décisions comme les arrêts *GCHQ*⁶⁸⁰ ou *Anisminic*⁶⁸¹, par le développement de procédures assurant l'effectivité du contrôle sur l'administration, mais aussi par des réformes du système judiciaire permettant un accès élargi à ces procédures pour les citoyens. Le contrôle exercé par le juge est alors entendu comme ne portant que sur la procédure d'adoption des mesures administratives et non sur leur contenu. Il s'agit pour le juge d'apprécier la validité de la décision et non son « mérite »⁶⁸². Derrière cette ligne de

⁶⁷⁵ *Adams v. Naylor* [1946] AC 543, *Royster v. Cavey* [1947] KB 204, *Crown Proceeding Act* 1947.

⁶⁷⁶ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

⁶⁷⁷ S. A. de Smith, « The Prerogative writs », *CLJ*, Vol. 11, No.1, 1951, pp. 40-56.

⁶⁷⁸ S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.*, p. 23, « *Lions in winter: public law in the twentieth century* ».

⁶⁷⁹ Le changement d'attitude à l'égard du droit administratif compris comme un outil de limitation du pouvoir Exécutif ne passe pas tant par la revalorisation des anciens *prerogative writs* que par que l'attention nouvelle portée aux « *statutory tribunals* » à la suite du rapport du Franks Committee dans les années 50. Ce mouvement est accompagné par une revalorisation et une refonte de la place et du rôle des juges et redéfinit l'équilibre des pouvoirs.

⁶⁸⁰ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9.

⁶⁸¹ *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 A. C.

⁶⁸² P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, p.5 et s.

démarcation se joue le respect par le juge de *common law* de la *delegated legislation* et derrière elle de la séparation des pouvoirs et du principe de souveraineté du Parlement. Afin de respecter ces principes, les différents *grounds* autorisant le contrôle du juge sont soit « processuels » en ce qu'ils vérifient le respect de la procédure pour prendre la décision administrative⁶⁸³, soit « substantifs » et ne concernent alors que l'étendue et l'usage du pouvoir, mais en aucun cas le contenu même de la décision⁶⁸⁴. En ce sens l'ensemble *des substantive grounds* définis par Lord Diplock dans l'arrêt *GCHQ* renvoie à un contrôle juridique et purement formel de l'action de l'administration. Derrière ces définitions prétorienne demeure ainsi un concept formel du « *Rule of law* ». Cette limitation du contrôle du juge semble néanmoins s'atténuer dans les principes posés par l'arrêt *Anisminic* et ouvre la porte à un *judicial review* matériel renouant avec la pratique historique des *prerogative writs*, ou du moins la pratique aujourd'hui décrite comme ayant été celle des *prerogative writs*.

228. Mais au-delà de ses racines britanniques, la transition d'un contrôle formel vers un contrôle matériel de l'administration trouve une partie de ses sources et dynamiques dans l'influence exercée par les droits européens sur le système britannique, posant alors la question de l'extension du champ d'application du *judicial review* et de la définition même du principe de « *Rule of law* » pour le modèle orthodoxe du droit public britannique.

B. L'eupéanisation de la notion du *Rule of law*

229. L'extension du concept de « *Rule of law* » d'un principe purement formel vers un principe matériel. Si le tournant opéré par les juges britanniques au cours des années soixante autour de la notion de *judicial review* a participé à la redéfinition et à une nouvelle délimitation du concept du *Rule of law*, libérant pour partie la notion de son ancrage victorien, le contrôle du *judicial review* demeure jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix un contrôle portant sur la validité formelle de la décision administrative. Ce contrôle formel correspond à l'acception stricte et restrictive du principe du *Rule of law* portée par le modèle orthodoxe⁶⁸⁵.

⁶⁸³ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ Ce dernier se manifeste en particulier dans l'approche dite « *ultra vires* » du *judicial review*. Fondé sur la distinction stricte entre *appeal* et *review*, cette approche entend articuler les pouvoirs reconnus au juge dans le développement du *judicial review* de manière à ce qu'ils soient en conformité et respecte le principe orthodoxe de la souveraineté du Parlement. Pour voir une discussion sur cette approche : P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.* par. 1-023 et suiv.

230. Cependant, la réalisation d'un *Rule of law* purement formel n'apparaît plus dans les années quatre-vingt-dix comme une garantie suffisante pour encadrer l'exercice du pouvoir étatique. Le développement d'un discours sur les droits et libertés tant au niveau interne avec la reconnaissance des *common law rights* qu'au niveau international avec le renforcement de l'Europe des droits de l'Homme, mais aussi l'intérêt nouveau porté à la matière au sein du *Commonwealth*⁶⁸⁶, participent à ce qu'« une conscience des droits de l'homme infiltre le processus de décision administrative à partir des années 70 »⁶⁸⁷, conscience culminant au Royaume-Uni en 1998 avec l'adoption du *HRA*⁶⁸⁸. Ce contexte favorable aux droits des individus amène à un « *redressement* » du droit administratif qui se traduit par l'intégration des droits fondamentaux dans son discours et par l'extension du champ du *judicial review* grâce à la reconnaissance du principe de proportionnalité⁶⁸⁹ et de celui de *legitimate expectations*⁶⁹⁰. De cette reconnaissance et intensification nouvelle d'un discours sur les droits fondamentaux dans le droit positif naît une tension supplémentaire sur le modèle orthodoxe du droit public britannique. L'équilibre qui existait au sein du système entre les deux concepts structurant l'identité de la catégorie « droit public » est remis en question. En effet, la politique entre les concepts de souveraineté du Parlement et de « *Rule of law* » ne peut plus être la même dès lors que l'élargissement du pouvoir du juge par la reconnaissance d'un *judicial review* matériel renforce le poids du principe de « *Rule of law* » dans le discours du droit public au détriment d'un concept orthodoxe de souveraineté du Parlement dont la déconstruction alimente et est alimentée par le développement du « *Rule of law* ».

231. L'intégration des principes de proportionnalité et de *legitimate expectations* dans les mécanismes du *judicial review* amène le juge à intensifier son contrôle sur les actes de l'administration et l'invite à dépasser le simple contrôle du respect des limites juridiques formelles posées à l'administration pour mieux l'étendre à un contrôle des limites matérielles. Cette intensification s'effectue dans le contexte de l'application du droit de l'Union et de la reconnaissance des droits protégés par la CEDH.

⁶⁸⁶ L'adoption de la Charte Canadienne des droits et libertés en 1982, d'une *Bill of Rights* en Nouvelle-Zélande en 1990 participent de ce mouvement.

⁶⁸⁷ M. Taggart, « Proportionality, Deference, Wednesbury », *New Zealand Law Review*, 2008, pp. 422-480, p. 432, « *Clearly, a human rights-consciousness began to infiltrate administrative law decision-making from the 1970s* ».

⁶⁸⁸ *Human Rights Act* [1998].

⁶⁸⁹ *Daly v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.

⁶⁹⁰ *In the matter of an application by Geraldine Finucane for Judicial Review* [2019] UKSC 7.

232. L'intégration des principes de proportionnalité et de *legitimate expectations* dans le droit public britannique. Bien que sa reconnaissance en droit britannique ait été annoncée dès 1985 par Lord Diplock dans l'arrêt *GCHQ*⁶⁹¹, le principe de proportionnalité apparaît encore au milieu des années quatre-vingt-dix comme « une chimère étrangère émanant des systèmes juridiques européens et de l'Union européenne et peu aisément transplantable sur une terre de *common law* »⁶⁹². Dix ans plus tard, le professeur M. Taggart relève cependant que « l'eurolangage de la proportionnalité abonde au Royaume-Uni »⁶⁹³. Le tournant conceptuel a lieu en 2001 avec l'arrêt *Daly v. Secretary of State for the Home Department*⁶⁹⁴ qui intègre dans le discours du droit britannique la notion de proportionnalité⁶⁹⁵. Il est alors acquis que dans le contexte de la protection des droits reconnus par la CEDH et intégrés au système britannique par le *HRA* que le « filet de sécurité » prodigué par le test du caractère raisonnable de la décision administrative tel que proposé par Lord Greene dans l'arrêt *Wednesbury*⁶⁹⁶ et redéfini par Lord Diplock dans l'arrêt *GCHQ*⁶⁹⁷ n'offre pas la protection suffisante pour garantir le respect des droits fondamentaux. Tel que formulé en 1948, le *Wednesbury test* sensé encadrer la rationalité des décisions administratives, porte une double dimension. Sur le plan formel, il suppose qu'une décision illégale ne peut satisfaire le test de rationalité⁶⁹⁸. Sur le plan matériel, il reconnaît qu'une décision administrative, bien que respectant les limites de la compétence de l'organe décisionnaire, pourrait se voir sanctionnée si le contenu même de la décision, au regard du contexte, se révélait « si irraisonnable qu'aucun organe rationnel n'aurait pu arriver à cette décision »⁶⁹⁹. Les juges se montrent cependant

⁶⁹¹ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9, « That is not to say that further development on a case by case basis may not in course of time add further grounds. I have in mind particularly the possible adoption in the future of the principle of "proportionality" which is recognised in the administrative law of several of our fellow members of the European Economic Community ».

⁶⁹² M. Taggart, « Proportionality, Deference, *Wednesbury* », *op. cit.*, p. 423.

⁶⁹³ *Idem.*, p. 424 « Ten years ago, it was seen as a foreign will-o'-the-wisp, emanating from continental European legal systems and the European Union, and not easily transplantable to common law soil.' Nowadays, the "Eurospeak" of proportionality abounds in the United Kingdom (...) ».

⁶⁹⁴ [2001] UKHL 26.

⁶⁹⁵ Cette lecture est néanmoins contestée par le Professeur Paul Craig pour qui le concept de proportionnalité était déjà présent dans la grille d'analyse du juge de common law bien avant l'europanisation du droit britannique. Voir en ce sens : P. Craig, « Proportionality and Judicial Review : À UK Historical Perspective », *op. cit.*

⁶⁹⁶ [1948] 1 KB.

⁶⁹⁷ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9, Lord Diplock « 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 could have arrived at it ».

⁶⁹⁸ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 638, M. Taggart, M. Taggart, « Proportionality, Deference, *Wednesbury* », *op. cit.*, p.427.

⁶⁹⁹ *Associated provincial picture houses, limited v. Wednesbury corporation* [1948] 1 KB 223, « Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority. *Warrington L.J. in Short v. Poole Corporation* [1926] Ch 66, 90, 91 gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. That is unreasonable in one sense. In another sense it is taking into

extrêmement prudents quant à l'utilisation de la dimension matérielle du test. Il y siège en effet pour les juges le risque de porter atteinte à la fois au principe de souveraineté du Parlement et à celui de la séparation des pouvoirs. Pour déterminer du caractère raisonnable de la décision, ces derniers viendraient à apprécier l'opportunité de l'exercice de pouvoirs que l'Administration ne détient pas en elle-même, mais en vertu de la volonté du Parlement. Ainsi, l'application matérielle du test ne relève que de cas extrêmes comme l'exemple du « licenciement à cause de cheveux roux »⁷⁰⁰ proposé par Lord Greene. Le curseur pour une application matérielle du test apparaît difficilement atteignable et impose de fait un degré important de *judicial restraint* ou *judicial deference* aux juges. L'efficacité du contrôle exercé par le recours au *Wednesbury test* se trouve dès lors contesté. Sa logique de tout ou rien⁷⁰¹ n'offre en réalité qu'un contrôle restreint des décisions administratives⁷⁰² ne permettant pas une limitation efficace du pouvoir discrétionnaire de l'administration face aux droits individuels. Bien que le test ait été assoupli par les décisions *Kennedy*⁷⁰³ ou *Pham*⁷⁰⁴, cette évolution n'est arrivée que dans un second temps, après que le test ait déjà cédé le pas au principe de proportionnalité dans toutes les matières relatives aux droits fondamentaux, permettant dès lors aux juges de se saisir pleinement du fond des affaires portées devant leur prétoire. Cet assouplissement du test traduit néanmoins un élargissement du *judicial review* au-delà même d'affaires relevant des droits européens, mais qui découle de l'influence de ces derniers.

233. Déjà appliqué pour les affaires relevant du droit de l'Union européenne⁷⁰⁵, le principe de proportionnalité n'a cependant pas été reconnu comme un principe général du droit britannique⁷⁰⁶ et voit son application circonscrite aux seules affaires relevant des droits et libertés protégés par le *Human Rights Act*. Cette limitation aux cas des *convention rights* s'explique au regard des obligations que fait peser le *HRA* sur le juge. En effet, l'article 6(1) du *HRA*⁷⁰⁷ implique pour les juges de s'assurer que l'action administrative est conforme à la

consideration extraneous matters. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into one another ».

⁷⁰⁰ *Idem*.

⁷⁰¹ L'exigence d'une irrationalité telle que celle du licenciement d'un professeur roux, amène à un curseur extrêmement élevé pour autoriser le contrôle du juge.

⁷⁰² M. Taggart, *op. cit.*, p. 427-428

⁷⁰³ *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20

⁷⁰⁴ *Pham v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19

⁷⁰⁵ *International Trader's Ferry* [1999] 2 AC 418.

⁷⁰⁶ *Brind* [1991] 1 AC 696, *R (Association of British Civilian Internees: Far East Region) v Secretary of State for Defence* [2003].

⁷⁰⁷ Human Rights Act [1998] Section 6 (1), « *It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right* ».

CEDH⁷⁰⁸. Pour ce faire, le juge ne peut se contenter d'un contrôle de la procédure d'adoption de la décision, mais doit bien se saisir de la substance de la décision pour en apprécier le respect du *HRA*⁷⁰⁹. Ce contrôle au fond de la décision administrative a été reconnu dans les arrêts *R (on the applications of Begum) v Head Teacher and Governors of Denbigh High School*⁷¹⁰ et *Miss Behavin Ltd v. Belfast City Council*⁷¹¹ pour ce qui concerne le respect des *conventional rights*, mais avait été annoncé, indirectement⁷¹², dès l'arrêt *Daly* avant la mise en application du *HRA*⁷¹³. De manière similaire, l'intégration du principe de *legitimate expectation* tiré du droit de l'Union a amené le juge à contrôler en substance la décision administrative⁷¹⁴.

234. Les deux principes participent ainsi à l'encadrement du pouvoir de l'administration, mais se voient aussitôt opposer le principe de *judicial deference* ou de *judicial restraint*, réactivé par les lectures orthodoxes du droit public britannique sur laquelle s'enracinent certains discours du *legal constitutionalism*. Pensé comme une garantie d'un pouvoir judiciaire limité, le *judicial restraint* permet de ne pas remettre en cause l'équilibre des pouvoirs représenté par le modèle orthodoxe et derrière lui la question de la souveraineté du Parlement. En effet, en contrôlant au fond les décisions prises par l'administration sur la base du principe de proportionnalité ou de *legitimate expectations*, le juge met à mal la distinction posée entre appel et *judicial review*, en semblant substituer sa décision à celle de l'Administration. Pour garantir l'intégrité du système constitutionnel à deux piliers tel que pensé et défini par Dicey et repris par le modèle orthodoxe, cette distinction ne doit pas tomber. Il s'agit d'éviter que le juge ne substitue sa décision au fond à celle de l'administration sous peine de porter atteinte à la délégation de pouvoir effectuée par le Parlement vers ladite administration et, ce faisant, de détruire pour partie le principe matériel de souveraineté du

⁷⁰⁸ P. Craig, *op. cit.* p. 652.

⁷⁰⁹ *Idem.*, p. 652 et p.622.

⁷¹⁰ [2007] 1 AC 100.

⁷¹¹ [2007] 1 WLR 1420.

⁷¹² Lord Steyn fonde son opinion sur le test de proportionnalité en trois étapes, dégagé par la décision du Privy Council dans l'affaire *De Freitas*, test lui-même tiré d'une décision de la Cour Suprême canadienne inspirée par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Le principe de proportionnalité proposé par Lord Steyn en ce qu'il implique une véritable balance entre les intérêts et considérations en présence permet « une intensité de contrôle plus grande. ». Si le recours indirect à un principe européen dans l'arrêt *Daly* semble permettre de justifier l'adoption d'un mécanisme hexogène dans le système de la *common law* britannique, le principe de proportionnalité a été pleinement accepté et intégré par l'adoption du *HRA*.

⁷¹³ En l'espèce, il s'agissait d'apprécier la validité d'un règlement de prison imposant au prisonnier l'examen de sa correspondance personnelle lors d'une fouille de sa cellule et ce en l'absence du détenu. Il s'agissait alors pour le juge de déterminer si le règlement en question portait atteinte ou non au *common law right* protégeant la vie privée des individus.

⁷¹⁴ P. Sales, K. Steyn, « Legitimate expectations in English public law: an analysis », *P.L.*, 2004, pp. 564-593

Parlement. Le rôle du *judicial restraint* est, dans les lectures orthodoxes, de faire peser sur le juge une obligation à reconnaître les limites de sa propre compétence juridique dès lors que le contrôle d'un acte de l'administration au fond le conduirait à se prononcer sur des questions politiques ou techniques dont la compétence relève des services administratifs ou du Parlement. Une telle position présuppose un cloisonnement du discours juridique que rejette le *common law constitutionalism*. Reconnaisant l'activité du juge comme adoptant une forme juridique, mais porteuse d'une nature politique et morale, ces discours sur la constitution britannique affirment au contraire une compétence du juge permettant d'étendre son contrôle sur les actes de l'administration et par là même de rendre effectif l'idée d'une *common law* comme source au fondement de l'ordre juridique, car s'imposant à la Couronne. La réalisation de cette idée va plus loin et appelle à dépasser l'encadrement judiciaire de la Couronne pour l'étendre au Parlement lui-même⁷¹⁵.

235. La reconceptualisation du principe du « *Rule of law* » dans la doctrine publiciste britannique. Derrière cette opposition autour du *judicial restraint* se dessinent deux grandes approches du principe de *Rule of law* alors même que la notion appelle à une redéfinition dans le champ du droit interne britannique. En effet, si Dicey avait fait de ce principe, un principe secondaire et juridique permettant d'assurer la stabilité de son modèle constitutionnel censé traduire la réalité d'une démocratie unitaire et auto-correctrice à l'image de ce que sa lecture politique lui donnait à voir de l'Angleterre victorienne, la déconstruction de la seconde proposition structurant le concept, puis de la troisième proposition par l'adoption du *HRA* et l'intégration d'une déclaration de droit, laissent pour seule définition juridique, la première proposition diceyenne selon laquelle le pouvoir doit être encadré pour ne pas être arbitraire. Dérivée du *writ d'Habeas Corpus*, cette proposition sert certes de base commune à l'ensemble des discours sur le *Rule of law* qui est dès lors entendu comme le principe « qui contraint l'exercice de tout pouvoir »⁷¹⁶ et traduit l'idée déjà présente chez John Locke que « partout où le droit s'arrête, la tyrannie commence »⁷¹⁷.

236. Mais à elle seule, cette proposition informe peu sur les modalités juridiques permettant le passage du concept à sa réalisation dans le droit positif. À la fois trop large et évasive,

⁷¹⁵ P. Craig, *Administrative law*, op. cit., p. 61, « *The increasing popularity of the idea that the rule of law requires even elected legislatures to be subjected to judicially enforceable limits is easy to understand* ».

⁷¹⁶ S. A. De Smith, Lord Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative action*, Londres, Sweet and Maxwell, 5e ed., p.14, « *It acts as the constraint upon the exercise of all power* ».

⁷¹⁷ J. Locke, cité par T. Bingham *The Rule of law*, Londres, Penguin, 2011, p. 8.

l'expression «*Rule of law*» est « un concept insaisissable et changeant. Il n'a pas de signification fixe »⁷¹⁸. Face à l'ambiguïté de la notion juridique, les réflexions et débats autour du concept quittent peu à peu le champ des études dites « *black letters* »⁷¹⁹ pour investir le champ de la *jurisprudence* et de la *théorie politique*. La perméabilité entre les deux champs disciplinaires amène à un réenracinement du concept juridique dans le champ du politique. Le « *Rule of law* » désigne alors à la fois un idéal politique et l'ensemble des mécanismes juridiques permettant la recherche de cet idéal politique⁷²⁰. De cette dépendance du concept juridique au concept politique découle la pluralité des approches données à la terminologie juridique et qui impliquent derrière elles une variété de mécanismes et de procédures en fonction des objectifs assignés à la notion politique et plus particulièrement en fonction des théories de la Justice à laquelle cette dernière est rattachée. Le *Rule of law* peut ainsi être entendu dans un sens strict, purement formel, selon lequel sa réalisation « exige qu'il y ait une autorité légale pour l'exercice du pouvoir, et que les individus puissent organiser leurs vies privées sur la base de lois claires, ouvertes et générales »⁷²¹. Une deuxième approche, matérielle cette fois, dépasse la première acception en entendant le *Rule of law* comme ayant « les attributs formels mentionnés plus haut », mais se trouvant complétée « par des droits matériels qui sont pensés comme basé, ou dérivé, du *Rule of law*. Le concept est utilisé comme le fondement de ces droits, qui sont alors utilisés pour distinguer entre les « bonnes » lois, qui respectent ces droits, et les « mauvaises lois » qui ne les respectent pas »⁷²². Le professeur P. Craig relève l'existence de deux autres approches. Une troisième approche, consciente des limites inhérentes aux deux premières acceptions proposent de donner une dimension à la fois formelle et matérielle en cherchant pour cette dernière dimension à ne retenir que les droits faisant consensus entre les différents discours et théorie de la Justice. La quatrième et dernière

⁷¹⁸ S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, op. cit., p. 280, « *The rule of law is an elusive and protean concept. It has no fixed meaning* ». Dans le même sens, voir E. Zoller, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 91 ; C. Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, 2019, p. 12, « Un certain flou subsiste autour de la notion de rule of law et du constitutionnalisme britannique en général ; une étude de la formation et des transformations du rule of law dans l'histoire, fournira indéniablement des clés de compréhension de cette résistance. »

⁷¹⁹ Voir, *infra*, par. 357.

⁷²⁰ P. Craig, « Formal and substantive conceptions of the rule of law : an analytical framework. », *PL*, 1997, p. 466

⁷²¹ P. Craig, p. 18, 1-020, la définition se fonde ici sur l'approche formelle proposée par J. Raz, voir en ce sens, J. Raz, « The Rule of law and its virtues » *LQR*, 1977, 93 195, P. Craig, « Formal and substantive conceptions of the rule of law : an analytical framework. », *P. L.*, 1997, p. 467.

⁷²² P. Craig, « Formal and substantive conception of the rule of law », op. cit., p. 467, « *Those who espouse substantive conceptions of the rule of law seek to go beyond this. They accept that the rule of law has the formal attributes mentioned above, but they wish to take the doctrine further. Certain substantive rights are said to be based on, or derived from, the rule of law. The concept is used as the foundation for these rights, which are then used to distinguish between "good" laws, which comply with such rights, and "bad" laws which do not* ».

acception repose davantage sur le concept de démocratie et entend faire du *Rule of law* un principe de participation des citoyens et de responsabilité des gouvernants.

237. Le travail de redéfinition juridique du *Rule of law* n'est pas réservé aux auteurs académiques. L'une des contributions les plus marquantes de cette reconceptualisation est le fruit des écrits extrajudiciaires de Lord Bingham. Pour ce dernier, le principe de *Rule of law* doit désormais être compris comme l'articulation de huit mécanismes⁷²³, relevant à la fois de l'approche formelle du *Rule of law* et de son approche matérielle⁷²⁴. Face à cette proposition de définition, Stephen Sedley relève dans ses propres écrits extrajudiciaires que la conceptualisation proposée Lord Bingham demeure silencieuse sur un certain nombre de valeurs pourtant rattachées en *jurisprudence* à la notion du *Rule of law* telles que la démocratie, la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juges⁷²⁵. Ces valeurs semblent acquises pour Lord Bingham⁷²⁶ qui relève que les juges « doivent être indépendant de tout élément ou de toute personne qui pourraient les amener à trancher les affaires présentées devant eux en se fondant sur d'autres motifs que les motifs juridiques et factuels de l'affaire tels que dégagés par l'exercice de leur propre jugement »⁷²⁷.

238. L'impact du *Human Rights Act* sur la question de l'indépendance des juges britanniques est d'ailleurs un point important de la reconceptualisation de la notion de « *Rule of law* » sous l'effet de l'eupéanisation. Les exigences posées par l'article 6(1) de la CEDH quant aux conditions d'un procès équitable, en ce qu'elles supposent une indépendance des juges non pas simplement fonctionnelle, mais bien matérielle, ont conduit le Parlement britannique à adopter le *Constitutional Reform Act* de 2005 mettant fin aux fonctions juridictionnelles de la Chambre des Lords et portant création de la *Supreme Court of England and Wales*, afin de garantir la pleine indépendance de la juridiction, telle qu'entendue par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme⁷²⁸. Le concept de *Rule of law* se retrouve d'ailleurs au cœur de *Constitutional Reform Act*. La loi prévoit en effet dans son premier article de ne pas affecter le principe constitutionnel de *Rule of law* et impose en son article 17(1) au Lord Chancellor de prononcer un serment assurant de protéger le *Rule of law* et l'indépendance de

⁷²³ Lord Bingham, *The Rule of law*, Londres, Penguin, 2011.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ Stephen Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.*, p. 273, « Bingham's list, while uncontentious, is interesting for what it does not contain: a democratic polity; separation of the state's powers; an independent judiciary ».

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ Lord Bingham, cité par Stephen Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.*, p. 279

⁷²⁸ *Constitutional Reform Act* [2005] Titre 3

la justice. Néanmoins, et bien que présent dans le droit écrit, bien que « régulièrement invoqué par les juges dans leurs jugements »⁷²⁹, aucune définition claire du concept n'est donnée dans le discours du droit, faisant du principe de *Rule of law* européenisé un concept ouvert et malléable. Si pour certains auteurs le principe de *Rule of law* européenisé participe d'une « rhétorique de la suprématie judiciaire » et apparaît dans sa forme la plus poussée imposant un contrôle du pouvoir du parlement comme « une innovation constitutionnelle corrompue », il n'en demeure pas moins que ces évolutions récentes dans le droit positif ont conduit à une adaptation du modèle orthodoxe dont la résilience semble poussée vers un point de rupture, dès lors que l'élargissement et le renforcement du *Rule of law* vient à inverser le rapport entre les deux concepts au fondement du modèle, laissant entrevoir l'émergence d'une nouvelle orthodoxie : celle du contrôle du *Rule of law* sur le Parlement.

Section 2. Les composantes anglicisées du droit public britannique

239. Les développements précédents ont permis de souligner l'effet de l'intégration du droit européen sur les concepts d'origine britannique du droit public au Royaume-Uni. Plus qu'un ajout à la structure du modèle orthodoxe, le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention EDH ont redéfini la nature même des concepts construisant et structurant l'identité du modèle orthodoxe du droit public britannique. Il les a pleinement infiltrés, jouant sur les apories de chaque concept pour mieux les rendre compatibles aux logiques qui lui sont propres. Mais ce mécanisme d'eupéanisation des concepts anglais n'est pas la seule dialectique qui existe entre les concepts du système juridique britannique et des autres systèmes juridiques. À cette modification de la qualité des concepts britanniques s'ajoute un second phénomène, celui de l'adjonction aux concepts préexistants de nouveaux concepts dont l'origine n'est cette fois pas à trouver dans le droit public britannique lui-même, mais dans le droit des systèmes juridiques continentaux ou européens. Le motif de cette nouvelle dialectique ne semble plus tant celui de l'intégration que celui de l'emprunt juridique⁷³⁰. Il ne

⁷²⁹ Lord Bingham, « The Rule of law », *CLJ*, Mars 2007, numéro 66, pp. 67-85, p.67, voir à la même page note 3

⁷³⁰ A. Watson, *Legal Transplants: An Approach of Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974; A. Watson, « Aspects of Reception of Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, 1996, p. 335; O. Kahn-Freund, « On uses and Misuses of Comparative Law », *Modern Law Review*, vol. 37, 1974, p. 1; J. Bell, « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe », in J. Beatson, T. Tridimas (dir.), *News Directions in European Public Law*, Oxford, Hart, 1998, p. 147; J.W.F. Allison, « Transplantation and Cross-fertilisation », in J. Beatson, T. Tridimas (dir.), *News Directions in European Public Law*, *op. cit.*, p. 171. Pour

se caractérise alors plus par l'influence du droit européen sur des concepts nationaux, mais au contraire par la naturalisation, la nationalisation de concepts exogènes. Cette dynamique apparaît dans le système britannique à la fois dans l'adoption d'une déclaration de droit (§1.) mais aussi par la création jurisprudentielle d'une distinction entre droit privé et droit public (§2.).

§1. L'anglicisation du concept de Human Rights

240. Le modèle diceyen fait de la *common law* classique la matrice de la liberté individuelle dans le système constitutionnel britannique. C'est cette idée qu'exprime la troisième proposition permettant à Dicey de structurer son concept de *Rule of law*. En l'absence de déclaration de droits, la liberté se trouve directement exposée aux choix politiques. En effet, le Parlement pouvant modifier la *common law*, peut limiter les libertés individuelles sans que ne soit exercé de contrôle juridique sur sa volonté. Un contrôle politique existe cependant. Les conventions de la constitution et les limites extérieures à la souveraineté juridique du Parlement assurent pour Dicey le respect de la liberté des individus. Cette vision, renforcée par l'apparente continuité et stabilité de la *common law* ainsi que par un discours en faveur des droits enracinés dans les XVIIe et XVIIIe siècles participent de la construction et de la cristallisation d'une « conception anglaise des libertés »⁷³¹.

241. Cette conception anglaise se retrouve, dans un premier temps, adoptée par le modèle orthodoxe de la constitution britannique. Malgré la déconstruction du concept diceyen de *Rule of law*, la *common law* demeure pour le modèle la source de la liberté individuelle. Cette

une présentation et une discussion des débats de la doctrine comapatiste autour de la notion d'« emprunt juridique », voir : M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, op. cit., pp. 154-187.

⁷³¹ C. Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, op. cit., pp. 9-10, « (...) la culture juridique anglaise classique explique en grande partie la conception de la liberté développée par le constitutionnalisme britannique. Ce travail cherche, en effet, à lever le voile posé sur les 'représentations fondamentales' qui ont déterminé, non pas une théorie des droits fondamentaux, mais plutôt une conception de la liberté dans la culture juridique anglaise. La spécificité de cette conception a été amplement soulignée. Distincte de la vision 'continentale', cette conception anglaise engendre d'autres manières de garantir la liberté⁴. Ainsi, la conception continentale voit dans la déclaration de droits le meilleur outil de protection de la liberté politique et civile. Ces déclarations – qui apparaissent sous la forme de ce que le doyen Hauriou qualifiait de 'crises de normativisme' ou de 'poussées normativistes' – sont sous-tendues par un volontarisme politique qui font alors apparaître une théorie des droits déterminée. Or, en Angleterre, aucune théorie, du moins du type de celles qu'E. W. Böckenförde évoque, n'a précédé la prise en charge juridique de la liberté politique et civile. Dans ces conditions, parler de 'conception de la liberté' équivaut peut-être déjà à s'aventurer un peu trop loin puisque cette liberté, en Angleterre, semble s'éprouver et se donner à voir ».

source apparaît néanmoins comme insuffisante à la sortie des années soixante-dix/quatre-vingt⁷³². Les évolutions des pratiques parlementaires, le renforcement de l'État administratif, le contexte sécuritaire font du contrôle politique proposé par Dicey un contrôle insuffisant pour garantir la liberté individuelle. Ce constat amène à l'incorporation dans le droit positif britannique d'un ensemble de droits définis et protégés par la CEDH par l'adoption du *HRA*. Pour la première fois dans son histoire constitutionnelle, le Royaume-Uni se dote d'une déclaration de droits. Se trouvent alors mis face à face deux approches et idéologies du rapport entre les individus et l'État (A.). Pensée comme un correctif à la conception anglaise des libertés, l'adoption d'une déclaration de droits dans le discours du droit public britannique n'est cependant pas un processus statique qui aurait simplement comblé un vide dans l'architecture constitutionnelle. Non seulement l'adoption du *HRA* entraîne une conceptualisation nouvelle des droits et libertés et l'adaptation du modèle orthodoxe à cette nouvelle acception, mais elle amène aussi à une structuration nouvelle des principes et institutions du droit public britannique. En réponse, le juge de *common law* redéfinit et réadapte les droits d'origine européenne à la langue du droit britannique, stimulant dans un même mouvement une narration nouvelle de la *common law* et de son aptitude à protéger les libertés individuelles (B.).

A. Les *Human Rights*, un concept exogène

242. La *common law*, cadre classique de protection des libertés anglaises. La conception traditionnelle des droits et libertés cristallisée par Dicey dans *The Law of the Constitution*, est une approche résiduelle⁷³³. Elle présuppose non pas l'existence d'une pluralité de droits distincts, définis et hiérarchisés entre eux comme le donnent à voir les déclarations de droits adoptées à partir de la fin du XVIII^e siècle par les exemples américain puis français, mais l'existence d'une liberté individuelle, comprise comme un tout indifférencié⁷³⁴. En d'autres termes, le discours anglais classique reconnaît pour liberté aux individus tout ce qui n'a pas été explicitement interdit par le Parlement⁷³⁵. De cette acception holiste des libertés reprise et

⁷³² *Ibid.*, p. 11, « Cette 'vision britannique de la liberté britannique' est entrée dans une zone de turbulence au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, lorsque la question des déclarations de droits a pris une ampleur nouvelle, tant au plan européen que mondial ».

⁷³³ A. McHarg, « Rights and democracy in UK public Law », in D. Feldman, M. Elliott (ed.), *The Cambridge Companion to Public Law*, op. cit., p. 119, E. Barendt, « Dicey and civil liberties », *PL* 1985, p. 599.

⁷³⁴ D. Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, OUP, 2nd ed., 2002, 1184 p., p. 4.

⁷³⁵ *Ibid.*, C. Munro, *Studies in Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2nd ed, 2005, 392 p., p. 334.

intégrée par la modélisation orthodoxe tout au long du XX^e siècle, se dégagent néanmoins certains droits. Ainsi, l'adoption de la *Magna Carta*, de l'*Habeas Corpus* ou de la *Bill of Rights* font émerger la garantie de droits processuels assurant aux individus le respect de leur propriété et de l'accès au juge. Plus que par la cristallisation dans un document écrit de droits négatifs ou positifs afin d'assurer l'autonomie des individus, il apparaît pour ce modèle classique que la liberté réside dans la possibilité d'enclencher une action devant le juge visant à mettre fin à l'atteinte portée par un tiers, privé ou public, à la liberté de l'individu⁷³⁶. Cette conception d'une liberté non pas matérielle, mais processuelle s'explique en partie par la centralité du droit de propriété dans le discours classique de la *common law*. Elle se voit compléter et renforcer par l'absence de toute conscience d'une *common law* de droit public, dont il a été déjà souligné l'émergence récente et qui amène les auteurs contemporains à relire l'histoire des principes de *common law* en termes de droit public sans que ce vocabulaire n'ait été celui utilisé à l'époque de la formation de ces principes.

243. En ce sens et contrairement, aux droits politiques, c'est bien le seul droit de propriété qui se voit explicitement reconnaître par la *common law* classique. Il est ainsi accepté par les juges « que la grande fin pour laquelle les hommes font société et la protection de leur propriété. Ce droit est protégé, sacré et inviolable (...) »⁷³⁷. Si le juge précise que ce droit connaît une seule et unique limite dans le cas de l'intérêt général, la lecture libérale du système juridique britannique assure un respect relativement strict du droit de propriété. Dès lors et afin d'en protéger la jouissance, vont être reconnus par les cours un ensemble de *torts*, permettant aux propriétaires subissant des atteintes à leur propriété d'actionner des procédures visant l'accès au juge pour faire cesser tout empêchement dans l'exercice de leur droit de propriété. Indirectement, le développement du *Tort Law* va permettre la protection de certaines libertés individuelles. À titre d'exemple, le droit privé va permettre d'assurer une protection minimale du droit à la vie privée. En effet, s'il n'existe pas dans la conception classique de la *common law* de droit à la vie privée, la procédure de *trespass to property* visant à faire reconnaître et mettre fin par le juge à une violation de la propriété, permet, lorsqu'une

⁷³⁶ C. Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, *op cit.*, p. 120, « Il ne s'agit pas de droits à..., avec la connotation de revendication que ce terme peut avoir. Il s'agit seulement d'attributs – et à l'extrême limite de droits sur... – qui sont caractéristiques, le propre, de tous les sujets anglais. Conformément au mode de reconnaissance décrit par D. Baranger, ce sont des attributs, et ils sont immédiatement perceptibles par et dans le regard de l'Autre⁶⁷. En conséquence, lorsque l'on parle de «libertés procédurales», on parle d'un rapport complexe entre le sujet et celui qui exerce le pouvoir. Les «libertés anglaises» prennent racine dans ce mouvement qui est visible et identifiable dans les textes cités plus haut. Pour comprendre les « libertés» en Angleterre, il faut se défaire du présupposé que le droit français des libertés semble avoir établi entre la raison, la liberté et le droit».

⁷³⁷ *Entick v. Carrington* (1765) 19 St. Tr 1030, 1066, cite par E. Barendt, «Dicey and civil liberties»; *op. cit.*

telle violation est conduite par un tiers et notamment des agents de la Couronne⁷³⁸ pour s'emparer d'un bien, en sanctionnant la violation de la propriété de sanctionner indirectement l'atteinte à la vie privée.

244. Sous ce régime de protection, un certain nombre de libertés individuelles ne se voient pas protégées. Dans le cas où elles le sont, ce n'est jamais qu'indirectement, à partir de situations où le juge peut appliquer une procédure de droit privé existante et rattachée à un titre de propriété pour mettre fin à une violation dudit droit de propriété et non de la liberté. La langue de la protection des libertés est ainsi classiquement celle du droit privé et non du droit public. Dans ce contexte, Dicey a pu affirmer l'absence en droit britannique de concept comme la liberté de la presse ou la liberté de manifester⁷³⁹. Ni l'une ni l'autre ne sont en effet reconnu par le Parlement ou par le juge. En revanche en ce que chaque individu se voit reconnaître une liberté d'expression ou une liberté de circulation, l'exercice collectif de libertés individuelles peut mener à la constitution d'une liberté de la presse ou une liberté d'association de fait qui sera tolérée par le Parlement et le juge sans pour autant conduire à sa formulation dans une loi ou un principe de *common law*⁷⁴⁰. Même lorsque reconnue dans une norme, la garantie du respect de la liberté n'est pas pour autant assurée.

245. Un cadre de protection insuffisant (1900-1980). Au cours du XIX^e siècle, la reconnaissance par le juge de *common law* de certaines libertés se révèle être à géométrie variable. Si l'arrêt *Beatty v. Gillbanks* reconnaît pour la première fois qu'une manifestation pacifique ne portant pas en elle-même atteinte à l'ordre public y compris dans le cas où la tenue de ladite manifestation risquerait d'entraîner des comportements enfreignant l'ordre public chez des contre-manifestants, ne saurait être interdite⁷⁴¹, le principe dégagé par le juge n'a pas nécessairement été appliqué à des cas similaires ultérieurs. Ni les suffragettes⁷⁴² ni les représentants irlandais au Parlement⁷⁴³ bien que manifestant pacifiquement ne se sont vus reconnaître les mêmes droits que les militants de l'ordre du Salut dans l'arrêt *Beatty*. Le

⁷³⁸ *Entick v. Carrington* [1765] 19 St Tr1030

⁷³⁹ E. Barendt, « Dicey and Civil Liberties », *P. L.* 1985, pp. 596-608, p.604; pour une approche historique du droit de manifester au Royaume-Uni, voir : C. Roynier, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *Jus Politicum*, vol. 17, 2017, pp. 445-466 ; A. Antoine, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, vol. 17, 2017, pp. 473-488.

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ *Beatty v. Gillbanks* [1882] 9 QBD 308, voir plus largement pour la reconnaissance d'une liberté de manifestation, C. Royer, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *op. cit.*

⁷⁴² *Despard v. Wilcox* [1910] 26 TLR 226

⁷⁴³ *O'Keilly v. Harvey* [1883] 15 Cox CC 435

professeur Conor Gearty relève que le principe dégagé par le juge et célébré par A. V. Dicey dans *The Law of the Constitution*, « en vérité dépend du type de manifestation « paisible et légale » que vous souhaitez organiser »⁷⁴⁴.

246. Lorsque la liberté reconnue par la *common law* n'est pas directement refusée, le juge, en étendant les pouvoirs de police et de préservation de l'ordre public dévolu à l'Administration, permet la limitation de son exercice. Ainsi, le triptyque des arrêts *Elias v Pasmore*, *Thomas v Sawkins* et *Duncan v Jones* rendus dans les années 30 illustrent l'extension des pouvoirs de police dans le cadre de manifestations publiques socialistes ou communistes. Cette extension reconnue par les juges de *common law* disparaît cependant quand les mêmes cours de *common law* ne reconnaissent pas la compétence de la police à faire cesser une manifestation fasciste tenue par Oswald Mosley et donnant lieu à des affrontements entre chemises noires et opposants à la *British Union of Fascists*, au motif que cette dernière manifestation se trouvait dans une propriété privée et qu'entrer pour mettre un terme à l'évènement supposait en premier lieu d'obtenir l'autorisation d'accès sur le terrain de la part du propriétaire⁷⁴⁵. Si ce choix peut sembler s'expliquer par la sacralisation du droit de propriété, il ne semble cependant pas avoir la même valeur lorsque ce dernier est exercé par des syndicats⁷⁴⁶.

247. Le droit écrit n'offre pas davantage de protection absolue pour les droits qui y sont reconnus. En effet, y compris les garanties contre la détention arbitraire prévue par la *Magna Carta*, l'*Habeas Corpus* ou la *Bill of Rights* peuvent se voir limiter. La détention administrative pendant la Première guerre mondiale de citoyens britanniques d'origine allemande sans que le Parlement n'ait délégué ce pouvoir à l'Administration en est un exemple. Face à une décision manifestement *ultra vires*, les juges ont retenu dans le cadre de l'arrêt *R v. Halliday ex parte Zadig*⁷⁴⁷, qu'« il pouvait être nécessaire en période de danger public sérieux de reconnaître des pouvoirs importants à la Couronne et que le Parlement le ferait certainement lui aussi en sachant que de tels pouvoirs seraient exercés raisonnablement »⁷⁴⁸. Des situations relativement similaires sont à observer pendant la Seconde Guerre

⁷⁴⁴ C. A. Gearty, *On Fantasy Island – Britain, Europe and Human Rights*, Oxford, OUP, 2016, 257 p., p. 44

⁷⁴⁵ K. D. Ewing, « The Futility of the Human Rights Act », *PL*, 2004, pp. 829-852, p. 834, voir aussi K. D. Ewing, C. A. Gearty, *The struggle for Civil Liberties – Political Freedom and the Rule of law in Britain, 1914-1945*, Oxford, OUP, 2001, 468 p., pp. 275-331, à contrebalancer avec l'adoption du *Public Order Act* de 1936.

⁷⁴⁶ *Thomas v Sawkins* [1935] 2 K.B. 249.

⁷⁴⁷ [1917] A.C. 260.

⁷⁴⁸ *R. v Halliday Ex p. Zadig* [1917] UKHL 1, Lord Chancellor, pt. 268-269, « *It appears to me to be a sufficient answer to this argument that it may be necessary in time of great public danger to entrust great powers to His*

mondiale. Cette fois néanmoins, la délégation de pouvoir vers la Couronne est encadrée par le Parlement par l'adoption du *Deference Regulation 18B Act* et semble dès lors rendre la possibilité d'une détention administrative conforme au principe de souveraineté du Parlement. Pour autant, l'arrêt *Liversidge v. Anderson* illustre de nouveau le cas d'un recours contre une décision de détention administrative *ultra vires*. Si cette fois encore l'opinion majoritaire adopte une lecture extensive des pouvoirs de la Couronne afin de garantir au nom de la stabilité et de la sécurité publique, l'opinion minoritaire de Lord Atkins laisse entendre une voix dissidente quant au périmètre à donner aux droits et libertés individuelles en période de crise. En ce sens, il relève que « dans ce pays, malgré le fracas des armes, les lois ne restent pas silencieuses. Elles peuvent être modifiées, mais elles utilisent le même langage en temps de guerre qu'en temps de paix. Cela a toujours été un des piliers de la liberté (...) les juges (...) se dresse entre les sujets et toutes tentatives de limitation de leurs libertés par l'exécutif, vigilant à ce que toute action coercitive soit justifiée en droit »⁷⁴⁹. La nécessité de garantir en tout temps une protection suffisante des libertés individuelles face à la volonté du Parlement et de la Couronne semble émerger.

248. L'ensemble de ces exemples laissent apparaître une fragilité des libertés individuelles, reconnues par le Parlement ou par la *common law*, dès lors que mises en balance face à la garantie de la stabilité et de la sécurité de l'État. Le discours classique britannique ne suffit pas à une protection suffisante et la position des juges de *common law*, loin de l'activisme qui a pu être le leur et leur être prêté au XVII^e siècle, démontre au contraire une large déférence à l'égard du pouvoir décisionnaire et plus particulièrement de l'Exécutif. Cette déférence s'inscrit dans le contexte déjà évoqué du renforcement de la Couronne, de l'évolution de la pratique parlementaire au début des années 1910 et de l'affaiblissement de la Chambre des Lords comme contre-pouvoir au gouvernement. À cette évolution dans les faits de l'équilibre institutionnel de la constitution britannique, la socialisation du modèle Diceyen de la constitution britannique ancre dans les esprits l'idée de subordination du principe du *Rule of law* au principe de souveraineté du Parlement et de fait des cours de *common law* au Parlement. Le XX^e siècle britannique, dans sa succession de périodes de guerres, totales ou

Majesty in Council, and that Parliament may do so feeling certain such powers will be reasonably exercised », cite par K. D. Ewing, « The Futility of the Human Rights Act », *op. cit.*, p. 834

⁷⁴⁹ *Liversidge v. Anderson* [1941] UKHL, Lord Atkin, « In this country, amid the clash of arms, the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace. It has always been one of the pillars of freedom... that the judges are no respecters of persons and stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law », cité par Lord Bingham of Cornhill, « The Case of *Liversidge v. Anderson*: The Rule of Law Amid the Clash of Arms », *International Law*, Vol. 43, 2009, pp. 33- 38, p. 36

larvées, de revendications politiques, de terrorisme, amène à une forte contraction du discours sur les libertés face à l'exigence de la sécurité nationale défendue par le Gouvernement. L'affaiblissement des contre-pouvoirs politiques amène le Royaume-Uni à se retrouver face « au paradoxe de l'illibéralisme dans un pays marié au principe *du Rule of law* et aux politiques démocratiques »⁷⁵⁰.

249. La crise des libertés sous les gouvernements Thatcher. Alors qu'au niveau international les droits de l'Homme deviennent la « *lingua franca* » juridique, la contraction du discours classique des libertés individuelles au Royaume-Uni se poursuit. Le contexte sécuritaire lié à la guerre en Irlande du Nord et aux attentats de l'*IRA* dans les années soixante-dix amène à une extension de la législation antiterroriste. Dans un même temps, la détention administrative de membres de l'*IRA* et leurs conditions de détention par les services britanniques se voient contestées devant les juges de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui condamne le Royaume-Uni⁷⁵¹. Malgré ces condamnations, le renforcement de la législation sécuritaire ne se limite pas au cadre nord-irlandais et le déborde. L'émeute de Brixton en 1981, les grèves de mineurs en 1984 conduisent à l'adoption d'un nouvel *Public Order Act* en 1986 qui étend de nouveau les pouvoirs police en matière de préservation de l'ordre public⁷⁵². Cette extension s'accompagne d'atteintes répétées à la liberté de la presse et à la liberté d'expression durant la période Thatcher. Les arrêts *Secretary of State for Defence v Guardian Newspapers Ltd*⁷⁵³, *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*⁷⁵⁴ et *Att-Gen v Guardian Newspapers Ltd (No.1)*⁷⁵⁵ semblent alors montrer que le « Thatcherisme fait des libertés intellectuelles une commodité comme les autres, qui peut être appréciées quand il n'y a pas de prix politique, commercial ou administratif particulier à payer, mais qui se voit abandonner, sans regret apparent, quand le prix commence à grimper »⁷⁵⁶.

250. À la fin des années quatre-vingt, il apparaît clairement que le modèle classique britannique de protection des libertés individuelles célébré par Dicey et intégré par le modèle orthodoxe au cours du XX^e siècle n'offre plus une protection suffisante aux individus. Bien

⁷⁵⁰ K. Ewing, « The Futility of the Human Rights Act », *op. cit.*, p. 840, « *the paradox of illiberalism in a country wedded to the rule of law and democratic politics* ».

⁷⁵¹ *Ireland v UK* (1978) 2 E.H.R.R. 25.

⁷⁵² La question de l'opportunité de cette extension est posée, n'y avait-il pas déjà les instruments nécessaires dans ⁷⁵³ [1985] 1 A.C. 359.

⁷⁵⁴ [1985] 1 A.C. 374

⁷⁵⁵ [1987] 1 W.L.R. 1248

⁷⁵⁶ R. Dworkin, « Devaluating Liberty », *Index on Censorship*, vol. 17, 1988, pp. 7-8, p. 7, « *Thatcherism makes intellectual liberty just another commodity, to be enjoyed when there is no particular political or commercial or administrative price to be paid for it, but abandoned, with no evident grief, when the price begins to rise* ».

que parallèlement la reconnaissance et le développement du *judicial review* participent d'une évolution positive du *rule of law*, Le Professeur Ronald Dworkin tire la conclusion suivante : « la Liberté est malade en Grande-Bretagne »⁷⁵⁷. Le constat est partagé dans les milieux académique, judiciaire comme politique. Il semble alors nécessaire d'assurer une protection efficace des minorités, notamment politiques, face à la majorité exprimée au sein du Parlement afin de « restaurer l'esprit de liberté qui a apparemment été perdue sous le gouvernement Thatcher »⁷⁵⁸.

251. Revenu de l'idéal diceyen d'une protection assurée principalement par les seules conventions de la constitution et subsidiairement par la *common law*, l'adoption d'une *Bill of Rights* assurant une rigidification de la constitution britannique autour des droits fondamentaux apparaît comme le remède nécessaire aux insuffisances de la protection classique en périodes de crise. La campagne en faveur de l'adoption d'une *Bill of Rights* est ainsi défendue tant par des scholars comme Ronald Dworkin que par des juges comme Lord Thomas Bingham sans que ne soit cependant trouvé entre les différents partisans un consensus réel sur le modèle politique et social que devrait sous-tendre l'adoption d'une telle déclaration de droit⁷⁵⁹. Il apparaît en effet que les droits fondamentaux ne peuvent être regardés comme des catégories politiques neutres. Leur définition en droit appelle en toile de fond à effectuer des arbitrages politiques autour desquels les conservateurs et libéraux s'accordent difficilement. À défaut de pouvoir déterminer un consensus purement britannique sur ces questions, le consensus relatif autour de la Convention EDH semble permettre l'intégration et la concrétisation d'un discours sur les droits fondamentaux dans le droit britannique.

252. Au-delà du spectre des partisans d'une *Bill of Rights*, l'efficacité d'une protection des libertés individuelles par une déclaration de droits dont le respect se verrait sanctionner par le juge de *common law* est sujette à critiques. Si la faiblesse des contre-pouvoirs politiques ne fait pas de doutes, le choix d'un contre-pouvoir judiciaire est discuté. Se voit opposée à la solution juridique de l'adoption d'une *Bill of Rights*, la nature politique tant de la détermination des droits et libertés que des situations qui voient ces derniers remis en cause. C'est au regard de cette nature politique que J. A. G. Griffith rejette l'idée d'une *Bill of rights* britannique ou l'intégration de la CEDH dans le système juridique au Royaume-Uni. Relevant

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ C. Adjei, « Human Rights Theory and the Bill of Rights Debate », *The Modern Law Review*, Vol. 58, N. 1, Janvier 1995.

la tendance illibérale des juges⁷⁶⁰, le professeur de la *LSE* ne voit pas dans une protection judiciaire des libertés individuelles de meilleures garanties en faveur de ces dernières. Il lui apparaît au contraire que là où la politique ouvre un forum et un espace de délibération permettant aux consensus sur les valeurs et libertés fondamentales reconnues au sein d'une société d'évoluer, leur inscription dans le droit les fige, les rigidifie et ce faisant empêche de faire évoluer les rapports politiques qui s'y dessinent en arrière-plan. Dès lors, et selon les mots de J. A. G. Griffith, « Ceux pour une constitution écrite, pour une *Bill of Rights*, une Cour Supreme et le reste essaient de résoudre les conflits politiques dans notre société d'une manière particulière, en minimisant le changement, de manière à maintenir (autant qu'il est possible) la distribution déjà existante des pouvoirs politiques et économiques »⁷⁶¹. S'il convient d'encadrer la tentation autoritaire des gouvernements, cette dernière ne peut l'être et ne doit l'être selon l'auteur que depuis le monde politique et non le champ du juridique. Le droit n'a pas vocation à réguler la politique, il n'en est qu'un instrument⁷⁶². Se dessine ici l'approche du *political constitutionalism*. Une compréhension du droit public britannique, qui n'envisage pas la suprématie du Parlement en termes de principes juridiques, mais au terme d'une hiérarchisation entre politique et juridique, où le premier l'emporte sur le second⁷⁶³. Mais cette acception du *political constitutionalism* n'est ni celle adoptée par le modèle orthodoxe ni celle venant à se matérialiser dans le droit public britannique à la suite de l'adoption du *HRA* sous le gouvernement travailliste de T. Blair et de l'intégration et l'adaptation des droits reconnus par la Convention *EDH* dans la langue du droit britannique.

B. L'anglicisation du concept de Human Rights

253. L'adoption d'une déclaration de droit comme un correctif aux dérives liberticides.

Le *Human Rights Act* ne procède pas des mêmes logiques que le *European Communities Act de 1972*. Contrairement à ce dernier qui, selon les interprétations données, ouvrait entre les systèmes juridiques britannique et européen un canal faisant entrer dans le droit britannique les normes européennes sans les couper de leur racine communautaire, ou bien ajoutait

⁷⁶⁰ J. A. G. Griffith, « The Political Constitution », *The Modern Law Review*, Vol. 42, N.1, Janvier 1979, pp. 1-21, p.12

⁷⁶¹ *Idem.*, p. 17, « Those for a written constitution, a Bill of Rights, a supreme court, and the rest are attempts to resolve political conflicts in our society in a particular way, to minimise change, to maintain (so far as possible) the existing distribution of political and economic power ».

⁷⁶² *Idem.* p.16

⁷⁶³ *Ibid.*

directement une nouvelle source autonome à l'ordre juridique britannique⁷⁶⁴, le *HRA* relève d'une logique plus classique de la circulation des concepts juridiques. Là où les normes issues du droit de l'*UE* après leur intégration demeurent innervées par les dynamiques propres au système juridique de l'*UE*, le *HRA* doit être envisagé comme une greffe juridique qui n'intègre pas en elle-même la Convention EDH dans le système britannique⁷⁶⁵. Il y traduit certain droit reconnu par la Convention, mais leur offre un statut juridique spécifique au sein du droit britannique⁷⁶⁶ qui, et bien que les juges soient invités à regarder la jurisprudence de la Cour EDH, ne dépend pas ou plus des seuls mouvements et évolutions propres au système EDH, dès lors que la jurisprudence de cette dernière ne constitue pas des précédents pour les cours britanniques⁷⁶⁷. Ainsi, « les '*Convention rights*' sont maintenant des droits indépendants et autonomes (même si pas « substantivement ») du droit britannique que les juges peuvent développer comme ils le souhaitent, en étant guidés, mais pas contraints par la jurisprudence de la CEDH »⁷⁶⁸.

254. Or, traduire revient à faire passer une idée, un concept d'une langue dans une autre, et non pas un mot dans un autre. Le mot n'est que le signifiant, le support matériel permettant l'expression d'un signifié, un concept, une idée, dont la structure, la mise en mouvement se fait toujours au sein d'une culture, d'une manière de représenter le monde, via le jeu d'une interprétation. En ce sens, la traduction des droits de l'Homme porté dans le discours du système EDH, suppose une réidentification, une réassignation des concepts et notions dans le contexte du droit britannique.

255. Le *Human Rights Act* 1998, nouvelle langue des droits et libertés au Royaume-Uni.

Cette réidentification de concepts produit par des juges dans un système purement libéral, sans marqueurs démocratique signifiant, dans le contexte d'un système dont le principe même de souveraineté du Parlement, aussi fragilisé soit-il en 1998, exprime la nature politique et démocratique place « une tension au cœur du *HRA* de 1998 » : « d'un côté, la réforme se présente elle-même comme établissant une nouvelle langue opposable des droits de l'Homme ; mais de l'autre elle se déclare elle-même comme étant toujours prisonnière du

⁷⁶⁴ *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5

⁷⁶⁵ K. D. Ewing, « The Human Rights Act and Parliamentary Democracy », *The Modern Law Review*, Vol 79, 1999

⁷⁶⁶ *Idem.*, p. 84

⁷⁶⁷ *Idem.*, p. 86

⁷⁶⁸ *Ibid.*, « *Convention rights are now free standing and autonomous (even if not 'substantive') rights of British law which the judges are empowered to develop as they wish, guided but unconstrained by the Convention jurisprudence* ».

principe constitutionnel fondamental de souveraineté du Parlement »⁷⁶⁹. Cette tension se matérialise dans l'articulation entre les articles 3, 4, 10 et 19 du *HRA* qui en redessinant l'équilibre des pouvoirs entre le Parlement, le gouvernement et les juges construit le cadre au sein duquel les « *convention rights* » transposés par le *HRA* vont se voir interprétés. En effet, si le *HRA* reprend la lettre de de la Convention EDH, lui soustrayant néanmoins les dispositions des articles 1 et 13, c'est dans le contexte du *weak judicial review* et du *judicial deference* créés par les articles 3, 4, 10 et 19 que le contenu des dispositions de la Convention EDH va se voir interprété pour permettre la détermination du périmètre et la protection des nouveaux *conventions rights*.

256. L'article 19 fait peser sur le gouvernement l'obligation d'émettre une déclaration avant la présentation de toute nouvelle loi devant le Parlement visant à attester de la volonté de l'Exécutif à respecter les *convention rights* créés dans le système britannique par le *HRA*. Cette obligation n'est qu'une obligation de moyens devant attester de la volonté du gouvernement, puis du Parlement lors de l'adoption de la proposition de loi, d'avoir recherché le respect du *HRA* et non d'y être effectivement parvenu. Cette disposition semble ainsi cristalliser dans le droit la convention de la constitution identifiée par le professeur Mark Elliot selon laquelle le Parlement ne peut raisonnablement pas souhaiter porter atteinte aux droits et libertés. À cette obligation de moyen imposée au gouvernement, s'ajoute la constitution d'une forme spécifique de contrôle par les juges sur les lois du Parlement. Alors que l'article 3 étend et renforce les pouvoirs des juges de *common law* en matière d'interprétation des lois⁷⁷⁰, l'article 4 ne permet cependant pas aux juges d'écarter la loi contraire aux *convention rights*. Ils ne peuvent qu'en signifier l'incompatibilité au gouvernement qui au regard de l'article 10 demeure libre d'enclencher une procédure d'amendement ou d'abrogation du texte en question. Cette structure particulière de *judicial review* est désignée par Richard Bellamy comme relevant d'un « *weak judicial review* »⁷⁷¹.

257. Par opposition au « *strong judicial review* » qui se caractérise par la reconnaissance pour les juges d'une autorité leur permettant d'écarter l'application d'une loi contraire aux droits individuels ou d'en redéfinir le champ d'application⁷⁷², Jeremy Waldron définit le « *weak*

⁷⁶⁹ C. A. Gearty, « Reconciling Parliamentary democracy and human rights », *L. Q. R.*, 2002, p. 248, « *The Human Rights Act 1998 has a tension at its core. On the one hand the measure presents itself as establishing a new, justiciable language of human rights; on the other it declares itself to be still in thrall to the fundamental constitutional principle of Parliamentary sovereignty* ».

⁷⁷⁰ Voir, *supra*, par. 130 et suiv.

⁷⁷¹ R. Bellamy, « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *I. CON*, 2011, pp. 86-111, p. 87

⁷⁷² J. Waldron, « The Core of the Case Against Judicial Review », *op.cit.*, p. 1354

judicial review » comme la seule capacité des cours à vérifier le respect des droits individuels par une loi sans pouvoir écarter la loi en question en cas de non-respect constaté de ces mêmes droits individuels⁷⁷³. Cette forme faible de contrôle des lois au Royaume-Uni s'inscrit dans un mouvement partagé par différents systèmes juridiques de *Common Law* visant au développement et renforcement d'un discours sur les droits de l'Homme dans des systèmes largement marqués par la théorie classique des libertés anglaises. Cet équilibre particulier entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est décrit et analysé par Stephen Gardbaum comme constitutif d'un nouveau modèle de constitutionnalisme spécifique aux pays du *Commonwealth*⁷⁷⁴. Ce modèle, en opposition avec le « *strong judicial review* » du modèle américain et conscient des limites portées par le seul légicentrisme, cherche à réaliser la synthèse entre l'exigence libérale de la protection des libertés individuelles et la légitimité démocratique détenue par le Parlement. Cette recherche s'exprime dans le champ juridique par la création d'une entre-deux, « entre une Bill of rights totalement constitutionnalisée et une suprématie législative total »⁷⁷⁵ que permet la définition et l'inscription dans le droit écrit du concept de *judicial deference*.

258. Tel que prévu et encadré par les articles 3 et 4 du HRA, le *judicial deference* en matière de *convention rights* se distingue de celui limitant l'action des juges dans le *judicial review* administratif. Dans le cadre de la relation entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, le principe du *judicial deference* s'entend de la reconnaissance par le juge, parce qu'il est un forum démocratique limité par rapport au forum démocratique que représente le Parlement, que la balance entre certains droits ne relève pas de sa compétence, mais de celle des citoyens telle que représentée et exprimée au Parlement. En cela, le *judicial deference* permet, tout en reconnaissant une compétence au juge de contrôler les lois adoptées par le Parlement, de ménager un espace pour reconnaître la supériorité de ce même Parlement sur les cours comme lieu de décision politique dont relèverait la détermination des droits opposables dans la société et de leur périmètre. Le *judicial deference* législatif, comme dans le cadre du droit administratif, semble permettre la permanence et la persistance du principe de souveraineté du Parlement. En cela, sa définition et sa reconnaissance cristallisent les controverses entre *legal constitutionalists* et *common law constitutionalists*. Là où les premiers reconnaissent et acceptent le *judicial deference* comme permettant la sécurisation de la suprématie ou de la souveraineté du Parlement, les seconds, à la suite notamment du professeur Trevor Allan y

⁷⁷³ *Idem.*, p. 1355

⁷⁷⁴ S. Gardbaum, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », *op. cit.*

⁷⁷⁵ *Idem.*, p. 732.

voient au contraire le risque d'une abdication de la part des juges de leur compétence juridique, politique et morale à créer et développer la *common law* pour encadrer l'expression d'intérêts partisans au sein du Parlement et qui se manifestent dans le droit écrit⁷⁷⁶. Le mécanisme de *judicial deference*, langue « d'une servitude étouffée ou peut-être d'une concession gracieuse »⁷⁷⁷, participerait plus largement à l'affaiblissement même du *HRA*, rendant ce dernier « futile »⁷⁷⁸.

259. Le Human Rights Act 1998 et le principe de souveraineté du Parlement. Ce dernier constat est notamment dressé par le professeur Keith Ewing qui, sans entrer explicitement dans le débat théorique qui oppose *legal* et *common law constitutionalists*, relève un affaiblissement des pouvoirs que le *HRA* octroie au juge, non en raison du *judicial deference* intégré et prévu par l'article 4 du *HRA*, mais à raison d'un déplacement dans la pratique de l'autolimitation des juges, notamment en matière de législation antiterroriste. Malgré l'arrêt *Belmarsh*⁷⁷⁹ dans le cadre duquel les juges de la Chambre des Lords ont eu recours à l'article 4 pour déclarer les dispositions du *Antiterrorism and Security Act* de 2001 relatives à l'emprisonnement sur le territoire britannique et sans procès d'étrangers suspecté d'actes terroristes contraires au *HRA*, inscrivant leur décision dans la lignée de celle rendue par la Convention EDH contre le Royaume-Uni en 1996⁷⁸⁰, la réintégration de procédures de détention sans procès préalable dans les législations antiterroristes de 2005 n'ont-elles pas données lieu à des déclarations d'incompatibilité alors qu'elles apparaissaient contraires à la fois au *HRA* et à la jurisprudence de la Convention EDH. Au contraire, K. D. Ewing souligne que dans le contexte sécuritaire suivant les attentats de Londres, les juges n'ont plus recours à la déclaration d'incompatibilité qui est censée encadrer et organiser dans le cadre de la protection des libertés individuelles l'autolimitation des juges en matière de contrôle de la loi. Il apparaît ainsi que plutôt que de recourir au mécanisme de l'article 4, les juges utilisent l'article 3 pour déclarer ou interpréter les législations prévoyant des *control orders* comme compatible avec les droits et libertés protégés par le *HRA*⁷⁸¹. Ce faisant, ils adoptent une lecture plus restrictive des droits à la liberté et à un procès équitable que celles retenues par la

⁷⁷⁶ T. R. S. Allan, « Human Rights and Judicial Review: a critique of "due deference" », *CLJ*, Vol. 65, N. 3, 2006, pp. 671-695

⁷⁷⁷ *R. (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2003] UKHL 23; [2004] 1 A.C. 185 at [75] per Lord Hoffmann, cité par A. Kavanagh, « Defending deference in public law and constitutional theory », *LQR*, Vol. 126, Avril 2010, pp. 222-250, p. 222, « Some have criticised the language of deference, claiming that it has "undertones of servility, or perhaps gracious concession" ».

⁷⁷⁸ K. D. Ewing, « The Futility of the Human Rights Act », *op. cit.*, p. 829.

⁷⁷⁹ *A and others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

⁷⁸⁰ *Chahal v. UK* [1996] 23 EHRR 413.

⁷⁸¹ K. D. Ewing, « The continuing futility of the Human Rights Act », *P. L.*, 2008, pp. 668-693.

Convention EDH afin de respecter le principe de souveraineté du Parlement⁷⁸². En effet, « l'incapacité à faire tomber les *control orders* sous le champ d'application de l'article 4 (...) donne de nouvelles preuves, si tant est qu'elles fussent nécessaires, de l'influence tenace du principe de souveraineté du parlement dont il semble impossible de se libérer (...). Malgré des juges revendiquant à titre individuel un mandat démocratique les autorisant à pratiquer les déclarations d'incompatibilité et malgré une rhétorique téméraire affirmant que le principe du *Rule of law* surpasse celui de souveraineté du Parlement, la réalité est bien différente »⁷⁸³. La réminiscence du principe de souveraineté du Parlement dans le contexte d'application du *HRA* et le déplacement du *judicial deference* conduisant les juges à se montrer complaisants face au gouvernement et à sa politique sécuritaire amènent K. D. Ewing à conclure à l'existence, derrière les problématiques relatives aux droits et libertés individuelles, d'un problème institutionnel inhérent au principe juridique de Souveraineté du Parlement. Loin de proposer comme les partisans du *common law constitutionalism* un modèle juridique défait du principe juridique de souveraineté du Parlement, il fait appel aux logiques du *political constitutionalism* et rejoint les remarques proposées par J. A. G. Griffith en affirmant que « les problèmes de pouvoir institutionnel sont des problèmes politiques plus que juridiques et ils sont d'abord des problèmes relatifs à la recherche d'une meilleure limitation du pouvoir Exécutif par la construction d'un contre-pouvoir parlementaire (...) »⁷⁸⁴.

260. Face aux critiques à l'égard du pouvoir du juge et de son application limitée au travers du *judicial deference* législatif, A. Kavanagh écarte les remarques de T. R. S. Allan, relevant que le principe *judicial deference* ne signifie pas une abdication totale de la part des juges. Le principe ne suppose pas en effet une logique de tout au rien, mais s'exerce selon un principe de pondération qui permet au juge de déterminer au cas par cas quand la légitimité démocratique détenue par le Parlement se trouve supérieure à la leur pour déterminer la

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ *Idem.*, pp. 681-682, « *This failure to address control orders on the high plains of s.4--after a flurry of excitement and misplaced optimism caused by the declaration of incompatibility in the A case--provides further evidence, if any were needed, of the enduring influence of the principle of parliamentary sovereignty, from which it seems impossible to break free. This failure to engage with s.4 on the substance of the control orders is thus not exceptional, with the report of the House of Lords Constitution Committee in 2007 informing us that only one post-2000 statute had been declared incompatible by the Lords, which had also overturned a number of declarations of incompatibility made by lower courts. Despite individual judges claiming a democratic mandate to make such declarations, and despite bold rhetoric about the rule of law trumping parliamentary sovereignty, the reality is very different* ».

⁷⁸⁴ K. D. Ewing, « The continuing futility of the Human Rights Act », *op. cit.*, p. 693, « *The problem of institutional power is a political problem rather than a legal one, and it is a problem of how best to constrain the power of the executive by building up the countervailing power of Parliament, with strategies that will enable Parliament more easily politically to use the legal powers at its disposal.* », voir aussi J. A. G. Griffith, « The Political Constitution », *op. cit.*

balance entre différents droits fondamentaux. En ce sens, et comme le rappelle A. Tomkins, « c'est le rôle d'une décision constitutionnelle : de savoir, dans une espèce particulière, quel poids attacher à chaque valeur en présence »⁷⁸⁵. Dès lors, le peu d'usage par les juges du recours à l'article 4, notamment en matière de législation terroriste ne traduit pas tant un déplacement de l'autolimitation des juges que d'un exercice raisonné et méticuleux de l'article 3 qui s'inscrit dans le respect du légalisme décrit par Sir Philip Sales conditionné par la garantie d'un principe de sécurité juridique qui se fonde à la fois sur le respect et la stabilité des principes juridiques présents dans le droit positif et du rôle des autres acteurs constitutionnels, comme le Parlement⁷⁸⁶.

261. Là où l'*ECA* amène les concepts du droit public britannique à se faire à la langue du droit européen, l'*HRA* amène les concepts du système EDH à se faire à la langue du droit britannique. Si les deux modifient le droit positif, les effets de ces modifications sur les représentations de ce même droit positif ne sont pas pour autant les mêmes. Le premier, en ce qu'il implique pour les juges la possibilité d'écarter une loi du Parlement, place sous une pression plus importante le modèle orthodoxe, il l'étire jusqu'à des points de rupture où sont mis en tension les concepts identitaires du modèle et la réalité de leur déconstruction dans le droit positif. Le second déforme au contraire les concepts de la Convention EDH à la taille des mécanismes du droit constitutionnel britannique et entraîne ainsi le juge, en respectant le principe de souveraineté du Parlement, à redéfinir le périmètre de certains droits issus du système EDH. Cette déformation étant alors comprise comme la transposition du mécanisme de marge nationale d'appréciation au niveau du droit interne. Pour autant et malgré cette anglicisation de la substance de la Convention EDH par l'application du *HRA*, ce dernier ne parvient pas à obtenir l'adhésion des partisans d'une *Bill of rights* britanniques. Pas plus qu'il n'obtient la pleine adhésion des défenseurs des droits de l'Homme qui voient dans l'anglicisation des droits une défaite face à la souveraineté du Parlement. La tension préexistante à l'adoption du *HRA* ne se dilue pas dans l'application de ce dernier et la multiplication des projets politiques et appels à son abrogation et remplacement par une *British Bill of Rights* font peser une incertitude importante sur sa pérennité.

262. Dans ce contexte, et alors que l'adoption du *HRA* avait été pensée comme devant palier aux insuffisances de la protection des libertés par la seule *common law*, le juge se ressaisit des

⁷⁸⁵ A. Tomkins, « What's left of the Political Constitution? », *German Law Journal*, Vol. 14, 2013, p. 2275, cité par P. Sales, « Legalism in constitutional law: judging in a democracy », *PL.*, 2018, pp. 687-707, p. 701, « *This is the task of constitutional judgment: To know, in any particular case, what weight to attach to each good* ».

⁷⁸⁶ P. Sales, « Legalism in constitutional law: judging in a democracy », *op. cit.*, p. 698

principes dégagés par les cours dans le cadre de la protection anglaise classique des droits et libertés individuels. Il en réinvestit la rhétorique pour compléter la protection proposée par le *HRA*⁷⁸⁷. Ces *common law rights*, renforcés par l'évolution du discours judiciaire sur la souveraineté du Parlement et son intégration dans le champ des principes de la *common law* apparaissent comme le lieu d'un nouvel activisme judiciaire sur lequel se fonde le discours du *common law constitutionalism*. Se trouvent alors réanimées et exaltées les figures classiques des juristes britanniques afin de légitimer dans le champ des droits et libertés la compétence des juges et le renouveau du pouvoir de la *common law*. Face à cette réactivation d'un imaginaire et d'une mythologie centrée sur le juge et plus particulièrement sur la figure du juge au XVII^e siècle, les défenseurs des *human rights* s'alertent et rappellent les dérives sécuritaires et conservatrices des juges pendant le XIX^e et le XX^e ainsi que leur incapacité à proposer une protection suffisante des droits et libertés⁷⁸⁸. Dans l'instrumentalisation des exemples historiques proposés par les deux camps, apparaît néanmoins un motif marquant : l'activisme des juges au XVII^e se fait dans le contexte d'un Parlement faible, qui n'oppose pas de contre-pouvoir politique à l'Exécutif. Au contraire, le XIX^e et le début du XX^e renforcent le Parlement comme lieu de contre-pouvoir à l'Exécutif et se caractérisent par un effacement du juge en matière de droits et libertés. L'évolution contemporaine de l'équilibre des pouvoirs entre les institutions britanniques semble nous ramener vers le motif du XVII^e. Mais cela ne signifie pas pour autant que le retour à l'activisme des juges est une solution suffisante pour faire contre-pouvoir à l'Exécutif. L'évolution du régime politique, sa démocratisation et sa modernisation, empêche une telle conclusion. La tension actuelle entre libéralisme et démocratie, qui n'est pas propre au seul système britannique, mais affecte toutes les démocraties libérales, ne doit pas faire oublier que « différents dosages entre démocratie et droits sont possibles ». Ainsi, et selon les mots de Sir Philip Sales « un ordre politique fiable ne peut être réalisé de manière permanente par un droit créé par les élites administratives et judiciaires, séparés du processus de formation de l'opinion publique et de l'action politique, car les citoyens risquent de se sentir aliéner dans le processus et seraient alors dépossédés de l'expérience du monde politique, les rendant vulnérables au populisme »⁷⁸⁹. À la lumière de l'expérience britannique à travers l'adoption du *HRA*, le nouveau modèle du *Commonwealth Constitutionalism* ne semble pas plus que le modèle du constitutionalisme américain ou

⁷⁸⁷ *Osborn v Parole Board* [2013] UKSC 61; [2014] 1 All E.R. 369; [2014] H.R.L.R. 1., *Guardian News and Media Ltd v City of Westminster Magistrates' Court* [2012] EWCA Civ 420; [2013] Q.B. 618; [2012] C.P. Rep. 30.

⁷⁸⁸ C. A. Gearty, *On a Fantasy Island*, *op. cit.*, pp. 17-33

⁷⁸⁹ P. Sales, « Legalism in constitutional law: judging in a democracy », *op. cit.*

européen réussir à résoudre la tension contemporaine entre libéralisme et démocratie, elle n'en propose qu'une autre modalité d'organisation⁷⁹⁰.

§2. *L'anglicisation de la distinction public/privée*

263. Affirmer que le droit britannique ne connaît pas de distinction entre droit privé et droit public a longtemps relevé du lieu commun. Le constat était en effet vrai dans le sens où le système juridique britannique ne connaît pas et ne s'articule pas autour d'une *summa divisio* entre droit privé et droit public. Néanmoins, et comme le souligne le professeur Elisabeth Zoller « le mot 'droit public' existe aujourd'hui en Angleterre et la distinction 'droit public – droit privé' est couramment admise, mais elle n'a pas la même signification que sur le continent »⁷⁹¹.

264. Par opposition, la centralité de la distinction droit privé/droit public en droit français, si elle est le plus souvent expliqué par le dualisme de juridiction, doit aussi et peut-être avant tout être lue par le prisme de la construction du droit public comme discipline universitaire. En effet, comme le souligne le professeur Xavier Bioy « la naissance du droit public comme espace académique coïncide avec celles des 'Ecoles' génératrices de l'identité du droit public »⁷⁹². Or, ces dernières ont construit un droit public pensé et articulé autour du prisme de l'exorbitance du droit commun entendu comme le droit privé⁷⁹³. Cette distinction si elle semble se venir se brouiller dans la pratique du droit, offre en revanche dans le champ de la discipline académique un principe formel à même de clôturer la catégorie droit public sur elle-même. En cela, la *summa divisio* remplit dans le droit français un rôle similaire à celui joué par le principe formel de la souveraineté du Parlement dans le droit public britannique et permet d'autonomiser un objet pour le discours doctrinal.

265. Cette distinction dans le rapport à la distinction droit public/droit privé tracée, il convient néanmoins de relever qu'au tournant des années soixante-dix, les réformes successives liées au judicial review au Royaume-Uni ont conduit les juges à emprunter plus directement cette

⁷⁹⁰ Dont l'étude permet néanmoins de remettre en perspective les modèles européen et américain en ouvrant une troisième voie. Voir, S. Gardbaum, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », *op. cit.*

⁷⁹¹ E. Zoller, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 72.

⁷⁹² X. Bioy, « L'identité disciplinaire du droit public. L'*ipse* et l'*idem* du droit public... », in. X. Bioy (dir.), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, pp. 13-38, p. 35.

⁷⁹³ *Ibid.*

distinction au droit continental sans réel succès (A.) et ce, avant que l'intégration du *HRA* et du droit de l'Union européenne ne viennent renouveler la conceptualisation en droit britannique de la distinction droit privé/droit public (B.).

A. L'échec de la transposition prétorienne de la distinction droit privé/droit public dans la *common law*

266. Le rejet classique de la distinction droit privé/droit public. La nature privée du modèle constitutionnel proposé par A. V. Dicey dans *The Law of The Constitution* et qui trouve à s'exprimer dans la définition et la substance de son concept du *Rule of law* a longtemps empêché toute pensée de la distinction droit privé/droit public dans le champ du discours sur le droit public au Royaume-Uni. Elle la rend en effet inopérante à la fois par l'affirmation d'un principe d'égalité d'application du droit privé à tous les acteurs du monde juridique, social et politique – que ces acteurs servent des intérêts individuels ou ceux de la communauté – ainsi que par l'incompréhension et le rejet de tout modèle de droit administratif. La distinction n'a en effet pas de place ni de rôle à jouer dans un modèle qui fait du droit constitutionnel une catégorie annexe du droit privé et où l'identité du modèle se joue uniquement dans la narration de son altérité avec l'extérieur du droit et non avec le pluralisme interne au droit lui-même. En l'absence d'une pensée de l'État, la spécificité du droit constitutionnel n'apparaît pas, pas plus qu'une notion d'un quelconque caractère « public » qui, le rappelle Jason Varuhas⁷⁹⁴ à la suite de John Allison⁷⁹⁵, ancre et justifie la distinction droit privé/droit public dans les modèles continentaux et plus particulièrement dans le modèle français. La dépendance mise à jour par les auteurs britanniques entre la notion de chose « publique » et d'une théorie de l'État alliée à la faiblesse des cadres conceptuels permettant de construire le discours du caractère « public » du droit, participent et justifient l'absence dans le champ théorique d'une telle distinction. Elles n'offrent cependant pas une explication suffisante à l'absence de la distinction droit privé/droit public dans le système britannique. La force de la distinction en droit français ne saurait en effet ne trouver son explication que dans la concomitance et la concordance des espaces théoriques juridique et politique. C'est bien parce que la distinction française trouve un fondement en droit positif que son affirmation théorique est validée et acceptée. Ce fondement positif est d'ailleurs multiple.

⁷⁹⁴ J. Varuhas, *Damages and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, Bloomsbury, 2016, p. 5/79 (numérotation ebook).

⁷⁹⁵ J. W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford, OUP, 2000, p. 235.

267. En effet, c'est dans l'existence et la superposition de distinctions à la fois dans l'organisation juridictionnelle, dans le droit processuel et dans le droit matériel que la distinction trouve sa force et sa réalité dans le droit positif français. Force et réalité actualisée par sa saisie dans le champ théorique et dont la socialisation par le monde académique achève l'enracinement dans les schèmes cognitifs des juristes français⁷⁹⁶. Dans le cadre britannique, la superposition en droit positif des distinctions droit privé/droit public qui permet de matérialiser la *summa divisio* française n'a pas lieu. Historiquement, cette absence de distinction s'explique par le développement casuistique de la *common law*. Là où les catégories juridiques du droit continental organisent des concepts, celles de la *common law* classique n'organisent que des faits. Sur cette base, chaque action reconnue par la *common law* est rattachée à une certaine catégorie de faits et propose pour cette catégorie de faits un ou des *remedies* spécifiques. Chacune des procédures ainsi développées demeure autonome des autres et développe indépendamment de tout concept plus abstrait ses propres règles de fond et de forme et ses propres solutions. Les *remedies* proposés par la *common law* ne sont pas organisés entre eux et ne font donc pas système⁷⁹⁷. Ainsi, les *writs* identifiés de manière rétrospective comme se rattachant à la matière administrative ignorée par Dicey se sont développés indépendamment les uns des autres, adoptant dès lors leurs propres procédures et proposant des *remedies* distincts. Ces procédures ne pouvaient être actionnées en parallèle les unes des autres et toute personne souhaitant contester la validité d'un acte administratif devait dès lors sélectionner le *writ* et la procédure lui permettant d'obtenir le résultat souhaité. Les *writs* de droit public ne se distinguent pas en cela des procédures de droit privé et en l'absence de systématisation entre ces procédures, la construction du caractère public ou privé de ces dernières est impossible⁷⁹⁸.

268. L'évolution procédurale majeure dans le champ du droit administratif britannique a lieu à la fin des années soixante-dix. En 1977, l'adoption de nouvelles règles de procédures par amendement du *Rules of Supreme Court* conduit à l'adoption d'une procédure unifiée pour l'ensemble des anciens *prerogative writs*⁷⁹⁹. Cette procédure nouvelle de *Judicial review*

⁷⁹⁶ Cette superposition apparaît aujourd'hui comme remise en question : la ligne n'est ni aussi claire ni aussi stricte en droit matériel et droit processuel.

⁷⁹⁷ G. Samuel, « Public and Private Law : A Private Lawyer's Response », *The Modern Law Review*, sept. 1983, pp. 558-583, J. Varuhas, « Taxonomy and Public Law », *Melbourne Legal Studies Research Paper Series*, N. 789, 35 p., J. Varuhas, « The Public Interest Conception of Public Law: its procedural origins and substantive implications », *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge, paper n. 64/2014, octobre 2014, p.35.

⁷⁹⁸ *The Rules of the Supreme Court (Amendment N. 3) 1977*.

⁷⁹⁹ J. Varuhas, « The Public Interest Conception of Public Law: its procedural origins and substantive implications », *op. cit.*, p. 2.

permet alors de chercher de manière cumulative ou alternative les effets des anciens *prerogative orders* contre les décisions de l'administration⁸⁰⁰. Révisé en 1981 par la section 31 du *Supreme Court Act*, la procédure de *Judicial review* est alors entendue comme l'action « permettant de contrôler la légalité d'un acte administratif ou d'une décision, de l'action ou inaction dans l'exercice des fonctions publiques »⁸⁰¹. Elle permet aux citoyens de rechercher, par une même procédure les effets distincts d'un *mandatory*⁸⁰², un *prohibiting*⁸⁰³ ou un *quashing order*⁸⁰⁴ ainsi que d'une *injonction* de la Cour afin de mettre fin au mauvais exercice de ses pouvoirs par l'administration. « L'objectif de la réforme était (...) d'offrir aux demandeurs une flexibilité procédurale pour éviter qu'une action soit écartée seulement à cause de formalités de procédures »⁸⁰⁵. Cette souplesse procédurale émerge dans le contexte d'un véritable renforcement de l'action administrative et permet dès lors d'élargir le contrôle exercé sur les autorités publiques. Pour autant, cette évolution n'est comprise en 1977 puis 1981 que comme une évolution procédurale qui n'a alors pas vocation à constituer une catégorie de procédures clairement autonomes du droit privé. Pourtant, en 1984, les juges se saisissent de l'opportunité offerte par la réforme de la procédure de *judicial review* pour venir affirmer la spécificité du droit public face au droit privé.

269. Le principe d'exclusivité procédurale de l'arrêt O'Reilly v. Mackman. L'arrêt *O'Reilly v. Mackman* fournit au juge le contexte nécessaire pour fonder un principe d'exclusivité procédurale matérialisant pour la première fois dans le droit positif une distinction claire entre droit public et droit privé. Selon C. F. Forsyth, ce principe d'exclusivité procédurale doit s'entendre du « principe [selon lequel] un requérant en fonction de l'occasion peut être limité à ne faire usage que d'une procédure sur les deux potentiellement

⁸⁰⁰ P. Craig, *Administrative Law*, op. cit., p. 823

⁸⁰¹ *Idem.*, p. 824

⁸⁰² A. W. Bradley, K. D. Ewing, C. S. J. Knight, *Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p. 700, « A *mandatory order* is an order from the High Court commanding a public authority or official to perform a public duty, in the performance of which the applicant has a sufficient legal interest ».

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 700, « A *prohibiting order* is an order issued to prevent a public body from exceeding its jurisdiction, or acting contrary to the rules of natural justice, where something remains to be done which can be prohibited ».

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 700, « A *quashing order* (formerly *certiorari*) is today a means of quashing decisions by public authorities where one or more grounds for judicial review exist. By setting aside a defective decision, a quashing order enables a fresh decision to be taken, albeit that the decision-maker's freedom is likely to be heavily circumscribed by the judgment of the court ».

⁸⁰⁵ J. Varuhas, *Damages and Human Rights*, op. cit., p. 7/59 (numérotation ebook), « The purpose of the reforms was, rather, to afford applicants procedural flexibility so that an applicant would not be denied relief solely because of procedural formalities.15 In Lord Wilberforce's words, "R.S.C., Ord. 53 was, it is well known, introduced to simplify the procedure of applying for the relief formerly given by the prerogative writ or order – so the old technical rules no longer apply ».

applicables »⁸⁰⁶. Jusqu'en 1984, la réforme du *judicial review* et les conditions d'enclenchement de la procédure telle que prévues par l'*Order 53*, du *RSC* de 1977 puis la section 31 du *SCA* de 1981, si elles prévoyaient des conditions de délais et d'intérêt à agir relativement restrictives pour les requérants, n'excluaient pas la possibilité dans le cas où la procédure de *judicial review* aurait été frappée de forclusion de recourir aux procédures ordinaires afin notamment d'obtenir des dommages et intérêts. C'est à cette concurrence entre procédure de *judicial review* et procédure ordinaire que met fin l'arrêt *O'Reilly v. Mackman*. Lord Diplock dans l'opinion majoritaire de l'arrêt limite en ces termes le recours au *judicial review*: « Ce serait selon moi, une règle générale contraire aux politiques publiques et en tant que tel un abus de pouvoir de la part de la Cour, d'autoriser une personne cherchant à faire reconnaître la violation par une décision d'une autorité publique de droits protégés par le droit public à recourir à une procédure ordinaire et ce faisant d'échapper aux dispositions de l'*Order 53* pour protéger une telle autorité publique »⁸⁰⁷. Il apparaît ainsi au lendemain de l'arrêt *O'Reilly* que les requérants ne disposent pas d'une capacité de choix entre le recours au *judicial review* et le recours aux procédures ordinaires, mais, dès lors que des « droits protégés par le droit public », des « *public rights* » sont en jeu, se trouvent tenus à l'enclenchement de la seule procédure de *judicial review* et au respect de ses conditions de formes et notamment ses conditions de délais. Il s'agit en effet pour les juges non pas de protéger les intérêts individuels comme dans le cadre d'un recours de droit privé, mais de limiter la contestation des décisions des autorités publiques afin de protéger à la fois ces autorités publiques et l'intérêt général que leurs actions sont censées servir.

270. La dualité procédurale ainsi créée est un pur produit de l'activisme judiciaire⁸⁰⁸. En fondant la distinction entre procédure de droit privé et procédure de droit public sur un test du caractère « public » des droits protégés au cours de l'espèce, le juge semble lier la procédure de droit public à une matière publique dont aucune clef de définition n'est pourtant fournie. La distinction apparaît dès lors, selon la formule de C. Harlow, sans définition⁸⁰⁹. Du moins,

⁸⁰⁶ C. F. Forsyth, « Beyond O'Reilly v. Mackman: the foundations and nature of procedural exclusivity », *Cambridge Law Journal*, Vol 44, N. 3, November 1985. pp. 415-434, p. 416, « We may call the principle that a litigant may on occasion be restricted to the use of only one of the two potentially applicable procedures, the principle of procedural exclusivity ».

⁸⁰⁷ O'Reilly v. Mackman [1983] UKHL 1, Lord Diplock « it would in my view as a general rule be contrary to public policy, and as such an abuse of the process of the court, to permit a person seeking to establish that a decision of a public authority infringed rights to which he was entitled to protection under public law to proceed by way of an ordinary action and by this means to evade the provisions of Order 53 for the protection of such authorities ».

⁸⁰⁸ J. Varuhas, *Damages and Human Rights*, op. cit.,

⁸⁰⁹ C. Harlow, « 'Public' and 'Private' Law: Definition without distinction », *The Modern Law Review*, Vol. 43, N. 3, 1980, pp. 241-265

sans autre définition que celle, aux contours vagues et poreux de l'« intérêt public ». En effet, selon Lord Woolf, ce qui distingue la sphère publique de la sphère privée réside dans le fait pour les autorités publiques n'ont pas de rechercher la jouissance de leurs droits privés, mais de remplir leurs obligations à l'égard de la société⁸¹⁰. À la lecture proposée par Lord Diplock fondant la distinction droit privé/droit public sur la protection de l'action de l'administration face aux revendications individuelles afin de garantir l'intérêt public s'ajouterait ainsi, au cœur du droit public, un autre degré de protection appelant les juges à défendre l'intérêt public face à l'action administrative elle-même. Se dessine ici un concept de « *bonne administration* »⁸¹¹ qui une fois enfreint par l'administration ferait naître non pas des « *private wrongs* », mais des « *public wrongs* »⁸¹² nécessitant l'application d'une procédure spécifique où le rôle du juge se trouverait fortement limité. Il ne revient en effet pas au juge de déterminer le contenu même de l'intérêt public. S'il le faisait, le juge porterait alors atteinte à la séparation des pouvoirs et au principe de souveraineté du Parlement. Malgré la reconnaissance d'un contrôle de l'administration par le juge de *common law*, ce dernier se voit à nouveau renvoyer vers l'idée d'une « *judicial deference* » afin de sauvegarder la clef conceptuelle et structurelle de l'ordre administratif et constitutionnel. Au-delà des limites ainsi posées au juge dans la définition même de l'intérêt public qui ne permettent aux cours guère plus de précision que la définition adoptée par Lord Woolf, la spécificité même de la notion s'efface devant les intérêts poursuivis par un certain nombre d'associations et de sociétés de droit privé, telles que les *charities*, qui, poursuivant un intérêt général ne se voient pas pour autant reconnaître la capacité à créer des droits publics à même d'ouvrir la possibilité de recourir contre leurs décisions à la procédure de *judicial review*. L'intérêt général n'apparaît ainsi pas comme un critère de définition suffisant pour sécuriser la distinction posée dans *O'Reilly v. Mackman*.

271. L'absence d'un test fiable pour identifier le caractère public au sein de la *common law*. Si le test du caractère « public » des droits mis en jeu au cours d'une instance semble vague et ne trouve pas une définition précise dans la langue du juge, une présomption du caractère « public » des droits émerge cependant lorsque la décision contestée est adoptée par

⁸¹⁰ H. Woolf, « Public law – private law: why the divide? – a personal view », *P. L.*, 1986, pp. 220-238, p. 221 « *I regard public law as being the system which enforces the proper performance by public bodies of the duties which they owe to the public. I regard private law as being the system which protects the private rights of private individuals or the private rights of public bodies* ».

⁸¹¹ J. Varuhas, *op. cit.*, p. 2

⁸¹² *Ibid.*

une autorité dont l'activité est prévue et encadrée par une *statute laws*⁸¹³. L'identification d'une fonction claire définie et prévue par la volonté du Parlement serait marqueur d'un caractère public, faisant dès lors du Parlement la source même de ce caractère public. Là où dans les systèmes continentaux, l'État assure ce rôle de source à la matière publique, le Parlement au Royaume-Uni assurerait une fois de plus un rôle similaire. Mais une difficulté nouvelle apparaît : le test fondé sur l'encadrement direct par *statutes* est à la fois trop large et trop restrictif et risque bien de laisser en dehors de son champ un certain nombre d'activités pourtant regardées comme publiques⁸¹⁴. Un certain nombre d'activités privées sont elles-mêmes encadrées par des *statutes* sans que leur nature privée ne puisse être remise en question. Inversement, la nature publique d'une activité ne trouve pas nécessairement à être encadrée directement par une loi du Parlement. Ainsi, ni la présomption proposée et le rattachement à un encadrement par le Parlement, ni un test de « publicness » n'autorisant le seul recours au *judicial review* que sur la notion d'un « intérêt général » sans définition claire n'apparaît comme satisfaisant. Ces deux critères de définition ne constituent pas à première vue un test fiable, d'autant plus lorsqu'émergent les questions suivantes : les autorités publiques recherchent-elles toujours l'intérêt général ? Des sociétés privées ne peuvent-elles pas aussi assurer des missions d'intérêt général ? Les autorités publiques doivent-elles nécessairement bénéficier de la protection stricte offerte par la procédure du *judicial review* tel que lue et comprise à la suite d'*O'Reilly v. Mackman* ? Les tests proposés pour venir pallier à cette faiblesse dans les critères d'identification de la matière publique -l'origine du pouvoir⁸¹⁵, la présence suffisante d'élément public⁸¹⁶, etc.- ne semblent guère plus convaincants. L'ensemble des interrogations liées à la porosité de la définition du « public » face au « privé » se matérialise dans la confrontation de la distinction stricte créée par le juge à la réalité de la pratique administrative. Cette confrontation va amener à la dilution de la distinction dans les *case laws* faisant suite à l'arrêt *O'Reilly v. Mackman*.

272. Dans cet affaiblissement progressif de la distinction qui va conduire un certain nombre d'auteurs académiques⁸¹⁷ à réclamer son abandon, l'évolution de la pratique administrative joue un rôle non négligeable. Le processus de privatisation des services publics engagé sous le gouvernement Thatcher apparaît comme un des premiers éléments plaçant sous pression la

⁸¹³ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 784

⁸¹⁴ *Idem.*, p. 784-785

⁸¹⁵ *R. v. Panel on Take-Overs and Mergers ex. p. Datafin plc* [1987] QB 815 CA, Lloyd LJ, pt. 847

⁸¹⁶ *R. v. Panel on Take-Overs and Mergers ex. p. Datafin plc* [1987] QB 815 CA, pt. 838-839, Lord Donaldson

MR

⁸¹⁷ J. W. F. Allison, *op. cit.*, p. 237 et suiv.

notion même de « chose publique »⁸¹⁸. Alors qu'est réduit le champ du secteur public au profit du secteur privé, les sociétés privées peuvent dans certains cas continuer à agir dans le champ du droit public. Plus fondamentalement, le processus de privatisation « nous rappelle qu'il n'y a pas de consensus sur la nature des activités « administrative », et que le fait de dresser une distinction entre le public et le privé implique inévitablement de faire des choix politiques »⁸¹⁹. La délégation de service public développée à la même période participe en ce sens de l'affaiblissement de la distinction. En effet, s'il est toujours possible d'enclencher une procédure de *judicial review* contre la décision de l'administration de déléguer un service public à un acteur privé, qu'en est-il de l'ouverture du *judicial review* contre l'acteur privé exerçant une fonction publique ? Bien que de telles délégations soient prévues par des *statutes* et trouvent dès lors un fondement qui pourrait satisfaire à la présomption de « *publicness* », il a été retenu par les juges dans l'arrêt *R v. Servite House ex p. Goldsmith*⁸²⁰ que l'existence d'un *statute* autorisant la délégation de pouvoir n'était pas suffisant pour fonder le caractère public et instaurait dès lors entre le prestataire privé assurant un service pourtant d'intérêt général et le public ayant accès à la prestation un simple rapport de droit privé. La présence d'un contrat entre l'autorité publique et le prestataire privé semble empêcher toute diffusion du caractère public vers le prestataire privé. En effet, en l'absence de la notion de « contrats publics », le retour vers le droit commun semble stopper tout prolongement et diffusion de la nature publique.

273. Cette dilution de la notion de « la chose publique » par le processus de privatisation est accompagnée par le développement de la doctrine du *New Public Management* et du recours grandissant par les autorités publiques à l'outil contractuel. Survient ici une nouvelle difficulté. Construite dans le seul et pour le seul cadre de la procédure de *judicial review*, la distinction privé/public tend à s'effriter lorsque les autorités publiques sont entraînées sur le terrain contractuel et de la responsabilité civile où les procédures de droit privé l'emportent sur le caractère public des acteurs. Pour C. Harlow, ce retour même au droit commun et l'absence apparente de distinction matérielle entre public et privé dans le champ contractuel et extracontractuel tendent à invalider la distinction procédurale posée par le juge. Il semble néanmoins à G. Samuel que bien que n'organisant pas des règles distinctes dans le champ contractuel ou extracontractuel, le caractère public des organes soit pris en compte dans le

⁸¹⁸ T. Poole, « Back to the Future – Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, N. 3, 2003, pp. 435-454, p.437

⁸¹⁹ A. Davis, « Public law and privatisation », In. M. Elliott, D. Feldman, *The Cambridge Companion to Public Law*, Cambridge, CUP, 2015, 286 p., pp. 172-192, p. 176

⁸²⁰ [2001] LGR 55

raisonnement du juge et ne puisse donc totalement y disparaître. Apparaît ici une distinction notable avec le droit français : en l'absence d'un concept d'« État » sur lequel fonder le caractère public des actions de l'administration, ces dernières sont réputées agir comme des acteurs individuels et privés lorsqu'elles contractent ou causent des *wrongs* rattachables au domaine du *tort Law*⁸²¹. Aucune théorie du contrat⁸²² ou de la responsabilité publique n'émerge alors et la distinction procédurale ne trouve pas à se renforcer dans sa superposition avec une distinction matérielle, affaiblissant de fait l'idée d'une distinction stricte entre public et privé dans le système juridique.

274. À ces effets de la pratique administrative et de l'indétermination de la matière publique face à la matière privée qui ne permet pas le renforcement et la concrétisation de la distinction procédurale, s'ajoute l'affaiblissement même du principe d'exclusivité procédurale. En effet, la difficulté pour les juges à distinguer les *private rights* des *public rights* et la faiblesse de la définition par l'intérêt général se matérialisent dès le milieu des années 80⁸²³. La fragilité inhérente à la distinction procédurale transparaît plus clairement dans l'arrêt *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*⁸²⁴. Lord Lowry y propose deux lectures concurrentes de l'arrêt *O'Reilly v. Mackman*. Une première lecture, stricte, pose le principe de l'exclusivité procédurale pour tous cas où se trouveraient contestés des « *public rights* ». Une seconde lecture, souple, entend ne faire jouer le principe d'exclusivité procédurale que dans le cas où des « *public rights* » contestés ne seraient accompagnés d'aucun « *private rights* » affectés de manière collatérale. Dans ce dernier cas, le requérant ne pourrait voir son droit à agir par une procédure ordinaire être écarté y compris dans le cas d'une forclusion de la procédure de *judicial review*⁸²⁵. Demeurerait toujours pour les requérants la possibilité de faire sanctionner l'administration en droit commun, sur le terrain contractuel ou extracontractuel. Cette dernière lecture réduit considérablement la force de la distinction procédurale telle que comprise et envisagée par Lord Diplock. Elle se trouve néanmoins majoritairement adoptée par les cours de *common law*⁸²⁶ et participe alors de la

⁸²¹ Augmentation de l'approche en *tort Law* par la justice distributive et non corrective amène à un changement d'échelle qui participe à brouiller la distinction entre droit privé et droit public sur le seul élément de l'intérêt général, voir en ce sens, D. Nolan, « Tort and public law : overlapping categories ? », *LQR*, 2019, Vol. 135, pp. 272-293.

⁸²² Si le *judicial review* peut être reconnu contre un contrat public comportant suffisamment de « public law elements », aucune règle exorbitante du droit commun ne régit les effets matériels dudit contrat, P. Craig, *Administrative Law*, op. cit., par. 5-038.

⁸²³ *Coks v. Thanet DC* [1983] 2 AC 286, *Davy v. Speltborne BC* [1984] AC 282, *Wandsworth LBC v. Winder* [1985] AC 461.

⁸²⁴ [1992] 1 AC 624.

⁸²⁵ P. Craig, *Administrative Law*, op. cit., par. 16-026.

⁸²⁶ *Idem*.

dissolution même du principe d'exclusivité procédurale et derrière elle de l'effacement de la distinction stricte entre droit privé et droit public dans le droit positif.

275. Les difficultés à matérialiser et sécuriser la distinction en droit positif ouvrent une controverse doctrinale. Dans le champ académique, la distinction est largement discutée, voire condamnée⁸²⁷. Elle est en effet comprise par certains auteurs comme un emprunt juridique à la fois peu souhaitable et voué à l'échec au regard de la tradition même de la *common law* et des évolutions de l'étendue et des fonctions assurées par l'État dans le cadre de la globalisation et de l'eupéanisation. L'affaiblissement de la distinction en droit positif, loin de concrétiser une *summa divisio* qui pourrait clôturer le système de droit public renforce les discours doctrinaux faisant de l'apport d'*O'Reilly v. Mackman* un dispositif impraticable et tend davantage à mettre en lumière les spécificités qui font de la distinction en droit continental et plus particulièrement en droit français une distinction certes critiquée, mais encore capable de résister aux effets de la globalisation économique et juridique.

276. Le caractère exogène et les limites à l'emprunt juridique soulignés⁸²⁸, les auteurs relèvent l'incapacité des juges à fournir un test satisfaisant pour appliquer la distinction et en soulignent alors la nature prescriptive et non descriptive⁸²⁹. Plus encore, dans le champ du discours sur le droit, le concept n'apparaît pas comme nécessaire au modèle orthodoxe qui loin de construire l'identité de sa catégorie droit public autour d'une distinction claire avec un autre droit, fait de la narration de l'identité du droit public une narration du rapport entre droit et hors droit. En cela, le discours identitaire de la catégorie est assuré par le concept de souveraineté du Parlement qui permet de distinguer droit et hors droit et d'organiser, de structurer les propositions de droit public entre elles. Là où le caractère exorbitant du droit commun fondé sur le concept d'État structure le discours du droit public en droit continental, un rôle similaire est assuré par le principe de souveraineté du Parlement. La distinction n'apparaît donc pas comme nécessaire de prime abord pour refermer la catégorie et assurer son identité. Pour autant, et malgré son échec relatif au sein de la *common law*, le discours sur une distinction droit privé/ droit public ne disparaît pas totalement ni du champ du discours du droit ni de celui du discours sur le droit. L'impossibilité de concrétiser dans la *common law*

⁸²⁷ Voir en ce sens, C. Harlow, *op. cit.*, D. Oliver, « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », *RIDC*, 2-2001, pp. 327-338, P. Cane, « Accountability and the Public/Private Distinction », in N. Bamforth und P. Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 247-276

⁸²⁸ J. W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law – A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, *op. cit.*, p. 236

⁸²⁹ J. Varuhas, *Damages and Human Rights*, *op. cit.*, p.

une distinction droit public/droit privé qui structurerait l'ensemble du discours du droit ne signifie que la négation des différences entre espace public et espace privé et le droit s'appliquant à chacun de ces ensembles. Bien au contraire si une seule et unique distinction ne parvient pas à être construite et consolidée dans la *common law*, le développement de la matière public, l'intégration des normes communautaires, le développement d'un discours sur les droits fondamentaux font apparaître et concrétisent une pluralité de distinctions droit public/droit privé dans le système britannique.

B. La multiplication des distinctions droit privé/droit public dans le droit positif

277. La distinction droit public/droit privé tirée du droit communautaire. L'échec relatif⁸³⁰ du principe d'exception procédurale au sein de la *common law* tient à n'avoir pu dresser une distinction claire et générale, à la fois procédurale et substantielle, autour de laquelle organiser non seulement tous les domaines internes à la *common law*, mais dont l'application aurait pu s'étendre au-delà de cette dernière, aux autres sources du droit public britannique. Si la distinction se trouve aujourd'hui ancrée dans la structure juridictionnelle par l'existence d'une chambre administrative au sein de la *High Court*, la distinction droit public/droit privé ne porte pas la force structurelle et systémique qui lui est reconnue en droit français. Au contraire, « Les approches juridiques de la distinction dans la législation, les régimes de responsabilités et les écrits académiques comprennent la distinction droit public/droit privé comme un phénomène résolument altérable, malléable, dépendant du contexte et des spécificités des régimes juridiques et des champs du droit applicable dont l'application trop stricte est potentiellement problématique »⁸³¹. Ce sentiment se trouve renforcé dans le droit positif par la concrétisation au sein du droit britannique de distinctions venues des systèmes européens, qu'elles soient le produit de l'Union européenne ou de la Convention EDH et dont les critères de définition, le champ d'application et la plasticité ne se superposent pas avec la distinction floue et perméable dressée au sein de la *common law*.

⁸³⁰ Dans une comparaison avec la distinction connue en droit français, mais dont la perception appelle à un regard critique : la dimension sociale et identitaire de cette dernière gomme ou atténue les décalages entre régimes juridiques en droit positif.

⁸³¹ C. Mac Amhlaigh, « Defending the Domain of Public law (against three critiques of the Public/Private Divide) », *Research Paper Series* N. 2012/29, University of Edinburgh – School of Law, 2012, 54 p., p. 2, « *Legal approaches to the divide in legislation, adjudication, and scholarly writing see the public/private divide as a resolutely non-immutable, malleable phenomenon which is context-dependent to specific regulatory regimes and fields within the law and potentially problematic if applied too rigidly* ».

278. En ce sens, il convient de relever que si le régime d'application des directives européennes et plus spécifiquement la question de l'effet direct de ces dernières en ce qu'il implique la détermination des organismes tombant ou non sous la qualification d' « émanation de l'État » contre lesquelles les individus peuvent se prévaloir des droits prévus par une directive européenne non transposée par l'État, a amené les juges britanniques à intégrer le test prévu par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt *Foster*⁸³² permettant d'identifier les « émanations de l'État », la distinction ainsi dressée ne recoupe pas .ni ne se superpose à celle développée dans le cadre du *judicial review* de *common law*. Composé de 3 éléments, le test communautaire implique que sera reconnu comme « émanation de l'État » tout organisme « quelque soit sa forme juridique [qui] a été chargé en vertu d'un acte [d'une] autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers ». La traduction française de l'arrêt pourrait ici se révéler trompeuse. Si l'emploi du terme « service d'intérêt public » semble faire écho au concept d'« intérêt général » retenu par Lord Woolf comme critère de définition dans la *common law* de la nature publique d'un organe, la traduction anglaise lui préfère le terme de « public service » qui ne laisse aucun doute sur la distinction entre le concept de droit européen et celui de droit interne. Il apparaît tout au contraire que le concept européen de « public service » ne trouve pas d'équivalent en droit britannique et pose dès lors problème pour son application au niveau interne⁸³³. L'articulation entre les différents éléments de la définition européenne fait l'objet d'une application incertaine par les juges britanniques qui révèle alors un périmètre plus large que celui accepté dans le cadre du *judicial review* de *common law* pour déterminer la nature publique d'un organe⁸³⁴.

279. La distinction droit public/droit privé tiré du *Human Rights Act 1998*. Si la distinction droit public/droit privé tracé par le droit de l'Union au sein du droit interne ne se superpose pas et ne renforce pas celle déjà tracée par la *common law*, il en va de même pour la distinction créée dans le champ des droits fondamentaux par l'adoption du *HRA*. La détermination des espaces juridiques compris comme relevant du privé et ceux relevant du public sont en effet au cœur de l'application du *HRA*. L'article 6 de ce dernier rend ainsi

⁸³² *Foster v. British Gas plc* (1990) C-188/89.

⁸³³ N. Bamforth, « The Application of the Human rights act 1998 to Public Authorities and Private Bodies », *CLJ*, Vol 58, N. 1, mars 1998, pp. 169-170.

⁸³⁴ *Ibid.*

obligatoire le respect des droits de la Convention EDH tels que transposés dans le droit interne en 1998 aux seules autorités publiques. En l'absence de reconnaissance d'un effet horizontal du *HRA*, la distinction entre autorités publiques et autorités non publiques apparaît donc comme fondamentale pour la reconnaissance et l'efficacité de l'application des droits fondamentaux au Royaume-Uni. Elle en est une condition *sine qua non*.

280. Néanmoins, le texte du *HRA* ne prévoit aucune définition stricte du terme « autorité publique », les paragraphes 3 et 5 de l'article 6 du *HRA* précisant simplement que le concept d'« autorité publique » peut s'appliquer à deux types distincts d'organes : les autorités exerçant « des fonctions de nature publique »⁸³⁵ ou des autorités dont les actes ne sont pas de droit privé⁸³⁶. Ressort de cette précision la distinction entre deux types d'autorités publiques : les autorités regardées comme « purement » ou « naturellement » publiques, la dénomination britannique retenant l'expression « *core* » ou « *pure public authorities* »⁸³⁷, et des autorités hybrides pouvant assurer des fonctions publiques comme des fonctions publiques. La difficulté nouvelle posée par cette distinction interne au *HRA* réside dans l'absence de définition de l'expression « fonctions de natures publiques » pourtant au cœur de l'identification des deux catégories d'autorités publiques auxquelles s'appliqueront les dispositions du *HRA*. Le travail de définition est ici laissé aux cours de *common law*. Les premières applications par le juge britannique des dispositions de l'article 6 révèle le choix d'une définition stricte. Dans les arrêts *Popular Housing & Regeneration Community Association Ltd. v. Donoghue*⁸³⁸ ou *R (Heather) v. Leonard Cheshire Foundation*⁸³⁹, le juge se fonde d'abord sur un critère organique et non fonctionnel pour retenir l'application de l'article 6 du *HRA* à des organismes assurant des délégations de services publics. Ce faisant, il ne leur reconnaît pas la qualité « d'autorité publique » au sens du *HRA* et de fait, les fait sortir du périmètre public dessiné par l'article 6, refusant dès lors de reconnaître aux plaignants un intérêt à agir fondé sur le non-respect par ces organismes des droits prévus par le *HRA*. Cette lecture stricte, si elle semble rapprocher la distinction droit public/droit privé dressée dans la procédure de *judicial review* au sein de la *common law* avec la distinction dressée par l'article 6 du *HRA* en laissant hors du champ du droit public les organismes privés assurant

⁸³⁵ *Human Rights Act 1998* Section 6 (3)

⁸³⁶ *Human Rights Act 1998* Section 6 (5)

⁸³⁷ S. Palmer, « Public, private and the human rights act 1998: an ideological divide », *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, N.3, November 2007, pp. 559–573, p. 562.

⁸³⁸ [2001] EWCA Civ 595

⁸³⁹ [2002] EWCA [2002] 2 All E.R. 936

une délégation de service public, a été largement critiquée⁸⁴⁰. Elle restreignait de manière trop importante le champ d'application du *HRA* dans le contexte même d'un mouvement visant à renforcer et élargir la protection des droits et libertés fondamentales. Le seul critère de définition fondé sur la nature des organismes et non sur la fonction a été écarté au profit d'une approche plus large répondant à la fonction de l'article 6 qui selon David Feldman n'est pas de s'appliquer aux seuls organes publics, mais à tout organe public ou privé, lorsque ce dernier fait usage de fonctions publiques⁸⁴¹. Conformément aux propos de Lord Nicholls dans l'arrêt *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Wallbank*⁸⁴², il s'agit de préférer une interprétation « généreusement large » du terme « fonction publique » afin de garantir la plus large application possible au *HRA*. Cette approche s'est trouvée concrétisée par l'arrêt *Aston Cantlow* avant que l'élargissement du critère de définition ne soit de nouveau brouillé par l'arrêt *YL v. Birmingham city Council* rendu en 2007⁸⁴³.

281. La multiplicité des lectures de la distinction droit public/droit privé dans la doctrine publiciste britannique. L'incertitude liée à la définition du terme « fonctions de natures publiques » dans le droit positif a amené la doctrine à se saisir de nouveau de la question de la distinction entre droit privé et droit public dans le contexte spécifique de l'application du *HRA*. Dans l'étude qu'il réserve aux effets du *Human Rights Act*⁸⁴⁴, Jason Varuhas place ainsi au cœur de sa réflexion la question de la distinction entre droit public et droit privé. Si elle ne lui semble pas proposer un point de départ convaincant pour une taxonomie de la matière juridique publique, J. Varuhas relève cependant une incertitude au sein du droit positif quant aux régimes à appliquer aux recours contre les actions de l'administration à la suite de l'adoption du *HRA*. Face à cette incertitude, J. Varuhas envisage le travail de catégorisation comme seule possibilité pour rationaliser et sécuriser l'application du droit. Il propose alors une systématisation fondée sur la distinction entre, d'une part les actions fondées sur le seul intérêt public qui ne relèveraient alors que du *judicial review* de *common law* et donc du contrôle du champ et de l'exercice des pouvoirs de l'administration

⁸⁴⁰ *Human Rights Joint Committee*

⁸⁴¹ S. Palmer, *op. cit.*, p. 569, « As David Feldman suggests, the *HRA* “does not say that a body with public functions is bound by the Convention rights only if it is exercising authority in the sense of power. ‘Public authority’ is a term of art in the Act. It is not an authority (in common parlance) which is exercising public functions”. 76 The issue is not whether the body is a public body but whether it is a body exercising a function of a public nature., D. Feldman, *English Public Law (Oxford 2004)*, para. 7.146. »

⁸⁴² [2003] UKHL 37, [2004] 1 A.C. 546.

⁸⁴³ [2007] UKHL 27

⁸⁴⁴ J. Varuhas, *Damages and Human rights*, *op. cit.*

et, d'autre part, les actions relevant au contraire de la protection d'intérêts individuels que protégerait le *judicial review* fondé sur le *HRA*, c'est-à-dire le contrôle du respect par l'administration des droits et libertés garanties par le *HRA*.

282. Cette proposition qui substitue à la centralité de la distinction droit privé/ droit public celle d'intérêt individuel/intérêt public, ne semble cependant pas fournir pour P. Craig un modèle de substitution efficace et réaliste. Il ne reconnaît pas à la distinction les qualités d'une représentation stable et efficace du droit positif, ni d'une analyse conforme à la réalité de la *common law*. Le professeur oxonien relève en effet que les intérêts privés ne sont pas absents de la procédure de *judicial review* de *common law*, les actions engagées contre l'administration sur cette base l'étant en général par des individus directement et individuellement concernés par les actes contestés, là où les *reviews* fondés sur le respect du *HRA* s'ils concernent des situations individuelles produisent dans leurs effets la satisfaction d'intérêts publics. La substitution d'une distinction aussi incertaine que celle existant entre les catégories intérêt public et intérêt privé ne peut dès lors fournir une solution à la controverse doctrinale construite autour de la détermination de la distinction droit privé/droit public.

283. Loin de rechercher un substitut à la distinction droit privé/droit public, les professeurs P. Cane et C. MacAmleigh retiennent quant à eux l'indétermination et l'impossibilité d'une seule et unique distinction au sein du droit public britannique. La pluralité des régimes de droit public est alors comprise comme entraînant une multiplicité de distinctions droit privé/droit public spécifiques répondant aux différentes questions juridiques spécialement posées à chacun des différents champs du droit public. Des « écosystèmes » distincts se dessinent alors, « écosystèmes » dont les régimes d'applications s'inscrivent dans des contingences différentes et appellent à des délimitations distinctes. Si les échanges et influences entre ces écosystèmes sont possibles, les distinctions droit public/droit privé spécifiques au droit européen, aux droits et libertés ou encore à la *common law* ne visent pas à répondre aux mêmes enjeux juridiques.

284. La lecture ainsi donnée d'une multiplicité des distinctions semble globalement acceptée par la doctrine. Elle permet une lecture des différentes distinctions droit privé/droit public présentes dans le droit positif et que les lectures positivistes et analytiques prennent dès lors en compte. Plus largement, cette lecture et le débat qui entourent la question de la distinction droit privé/droit public dans le système britannique ne semblent pas renseigner l'opposition entre *legal* et *common law constitutionalists*. Du moins, la controverse doctrinale ne semble pas être saisie par les approches modérées de ces deux versants du constitutionnalisme

britannique. Mais dès lors que le regard se porte vers les *political constitutionalists* et les *strong common law constitutionalists*, la recherche d'une unique distinction et derrière elle d'un critère unique de définition du droit public et non pas d'une multiplicité des distinctions et d'un faisceau d'indices permettant une définition, semble ressurgir. Dans le champ du *political constitutionalism*, le professeur M. Loughlin revendique l'idée d'un droit public comme un droit politique fondé sur la seule notion d'État et se distinguant dès lors par essence du droit privé. La proposition de définition soulève néanmoins les critiques, notamment méthodologiques en ce que le travail de distinction proposé par M. Loughlin ne permet pas la construction d'un modèle ou d'une distinction applicable et efficace en droit positif. Les critères choisis par l'auteur relèvent de la *jurisprudence* et n'apparaissent pas comme spécifiques au droit britannique, mais se fondant sur une analyse plus large et abstraite fondée sur l'ensemble de la tradition politique européenne. Du côté du *strong common law constitutionalism*, le professeur T. R. S. Allan propose lui aussi un critère de distinction unique permettant de fonder un discours identitaire du droit public se substituant à celui proposé par le modèle orthodoxe. En substituant au principe de souveraineté du Parlement, celui de la primauté de la *Common Law*, l'approche du professeur Allan doit pallier la fonction identitaire et structurelle qu'exerçait le concept de souveraineté du Parlement sur l'ensemble de la catégorie « droit public ». Là où la question de la souveraineté du Parlement était en soi, propre au droit public, la *common law* apparaît à nouveau comme une donnée transversale qui perfore tout effort pour distinguer dans le champ juridique privé et public. Une approche seulement fondée sur la *common law* ne permet pas de distinguer une distinction entre droit privé et droit public unique et convaincante. C'est en tout cas la conclusion à laquelle arrive D. Oliver en observant que les valeurs portées par la *common law* et appliquées par cette dernière sont les mêmes dans le champ du droit public et du droit privé et que dès lors une distinction entre les deux types de droit se révèle sans fondement ni intérêt. À cette approche, T. R. S. Allan oppose une unité morale au sein de la *common law* de droit public qui la rendrait par nature supérieure à la *common law* de droit privé. Le développement de *common law rights*, la constitution d'un *judicial review* matériel, et l'évolution des modes de formations et de justifications de la *common law* dans le champ des affaires relevant du droit public apparaissent comme autant d'arguments justifiant une telle approche, mais relèvent aussi d'un cadre théorique et méthodologique qui n'est pas celui du modèle orthodoxe. Dans les deux cas proposés par les formes les plus poussées de *common law* et *political constitutionalism*, la recherche d'une distinction unique entre le droit privé et le droit public sur laquelle fonder l'identité du droit public ne répond pas à une fonction pratique. Elle ne sert pas à organiser les

rapports et régimes juridiques de chaque part de la frontière entre droit public et droit privé, mais à instaurer une généalogie entre les espaces privés et publics, soit à raison d'éléments politiques soit à raison d'éléments moraux, affirmant dans les deux cas la prééminence du droit public sur le droit privé et ce faisant rompant définitivement avec l'idée diceyenne d'un droit public découlant du droit privé qui étend encore ses ombres dans le débat sur la distinction droit privé droit public dans le cadre du modèle orthodoxe.

285. Ces deux dernières approches de la distinction entre droit privé et droit public se fondent sur des présupposés se situant au-delà du monde juridique. C'est la réouverture du discours juridique au discours moral ou politique qui permet alors de justifier et fonder l'existence d'une distinction unique face à la pluralité des distinctions spécifiques du droit positif. Cette dimension externe du débat britannique autour de la distinction entre droit privé et droit public n'échappe pas aux études proposées par Lucy Williams. Si elle retient la thèse de la pluralité des distinctions internes au droit, ce n'est pas sans y ajouter la pluralité des distinctions entre public et privé cette fois-ci externe au monde du droit. Le premier type de distinctions est regardé par Lucy Williams comme un ensemble de distinctions spécifiques au monde juridique où ces dernières se voient assignées à une fonction pratique, celle de déterminer un régime juridique. Chacune de ces distinctions juridiques spécifiques fonctionne alors pour une institution, un champ du droit public spécifique sans que ne s'opère une superposition ni un recoupement de ces distinctions. Pour autant, ces différentes distinctions ne sont pas imperméables à un autre niveau de distinctions entre public et privé, qualifiées de générale par l'auteur et qui se trouvent déterminées non pas dans le champ du monde juridique, mais dans le champ du monde politique ou du monde social. Ainsi, l'approche externe du droit public, compris comme « droit politique » et l'approche interne faisant du droit public le droit qui régule les relations entre les institutions et entre les institutions et les individus, se fondent sur de nombreuses distinctions entre le privé et le public qui ne sont pas à proprement parler juridique. En effet, « la plupart des versions de la distinction sont une conséquence et non le déterminant de présupposés normatifs plus profonds et prioritaires. Ces présupposés détermineront sûrement la conception du droit public (et du droit privé) que nous embrassons, juste comme elles semblent déterminer différentes versions de la distinction droit privé/droit public »⁸⁴⁵.

⁸⁴⁵ L. William, *After Public Law*, Oxford, OUP, 2013, pp. 56-82, p. 58 « *Most versions of the distinction are a consequence and not a determinant, of prior and deeper normative commitments. Those commitments will surely determine the conception of public (and private) law we embrace, just as they seem to determine different versions of the public/private distinction* ».

286. Si la lecture ainsi donnée de la perméabilité et de la « faillibilité » du droit n'est pas majoritairement retenue par les *scholars* britanniques, elle offre en revanche une clef de lecture du débat Outre-Manche pour l'observateur français. La dimension externe de la distinction apparaît comme le facteur de stabilisation et d'enracinement de cette dernière à la fois dans le discours sur le droit et le discours du droit. Elle rappelle que la matérialisation d'une ou de plusieurs distinctions dans les représentations proposées par les différents modèles du droit public britannique tient à autre chose qu'à leur simple valeur explicative ou confirmation en droit positif. Un « en plus » mis à jour dans l'étude du cas anglais qui permet de remettre en lumière ce que la naturalisation de la distinction droit public/droit privé en droit français a pu masquer aux juristes français : la contingence et la fluctuation de la distinction. Si la rigidification de la distinction en droit français s'explique de par sa matérialisation institutionnelle et académique, de par sa socialisation à travers son enseignement où elle participe de l'identification des futurs juristes au droit français et s'ancre dès lors dans le modèle cognitif par lequel ces juristes vont saisir et appréhender le droit positif français ; le rappel de sa contingence et de sa nécessaire fluctuation permet d'aborder les débats sur la , pérennité et le maintien de la distinction française entre droit privé et droit public sous l'effet de l'eupéanisation et de la globalisation. L'évolution des modes de gouvernance, l'effet de globalisation juridique et de l'intégration européenne ont multiplié, déplacé et affaibli les distinctions présentes dans le droit positif, mais ces évolutions ne signifient pas l'obsolescence de la matière publique et de sa spécificité face au droit privé, seulement une évolution de son périmètre et une reconfiguration de ses modèles de représentation.

CONCLUSION

CHAPITRE 2

287. Deux phénomènes impactent l'identité de la catégorie orthodoxe du droit public : l'eupéanisation des concepts britannique et l'intégration britannique de concepts européens. Ces deux phénomènes participent de logiques distinctes : là où le second ajoute à la catégorie droit public britannique, le premier modifie la nature de concepts préexistants. L'eupéanisation du droit public britannique a affaibli le concept matériel de souveraineté du Parlement dans le droit positif britannique. Cet affaiblissement a conduit à recomposer la nature du concept au sein du modèle orthodoxe afin que ce dernier puisse continuer à remplir sa fonction scientifique de représentation du droit positif. La dénaturation du concept stricte de souveraineté du Parlement vers celui, ouvert, de suprématie du Parlement participe de l'affaiblissement du concept formel de souveraineté du Parlement et de l'affaiblissement de la structure verticale établie entre les sources juridiques du droit public britannique mais aussi entre droit et hors droit. Ainsi, l'eupéanisation du droit public britannique redéfinit tant la politique externe du discours que sa politique interne. Elle réécrit les rapports instaurés entre les deux concepts identitaires du modèle tandis que l'intégration britannique de concepts européens en faisant entrer dans le droit positif une déclaration de droits, fournit la matière nécessaire pour renforcer le concept du *Rule of law*. Concept que l'adoption d'une distinction entre droit privé et droit public sécurise et enracine dans un libéralisme permettant d'ancrer le discours sur les *Human rights* dans le discours du droit public britannique. Ce faisant, l'eupéanisation du droit public britannique et l'intégration britannique de concepts européens inversent le rapport hiérarchique entre les concepts de souveraineté du Parlement et du *Rule of Law*. Elles déconstruisent le couple identitaire de la catégorie orthodoxe du droit public britannique. Dès lors, la structure identitaire du modèle orthodoxe n'est plus. En résulte pour certains auteurs l'avènement d'une nouvelle orthodoxie, une nouvelle catégorie du droit public britannique ne plaçant plus en son cœur l'ancrage démocratique de la souveraineté du Parlement, mais seulement celle, libérale, du principe du *Rule of Law*.

288. Pourtant, et malgré l'écart creusé entre le droit public positif et la représentation qu'en propose le modèle orthodoxe, ce dernier perdure dans le discours sur le droit public britannique. Dicey se voit convoqué et le modèle réactualisé par le juge. La mise à mal des caractéristiques scientifiques du modèle orthodoxe ne suffit pas pour le mettre à l'écart. Autre

chose se joue dans sa structure. Un en plus de la fonction scientifique qui permet sa résilience et autorise la fonction conservatrice du modèle à perdurer. La police du discours de la catégorie orthodoxe du droit public britannique semble dès lors trouver dans les mythes et idéologies qui l'innervent en plus de sa fonction scientifique de quoi assurer la permanence et la pérennité du modèle au-delà même de sa conformité au réel du droit positif.

Conclusion

Titre 1

289. Inscrit dans l'épistémologie positiviste d'Albert Venn Dicey, le modèle orthodoxe se construit et se pense comme un discours scientifique sur l'objet « droit public britannique ». Le rapport qu'il instaure entre l'objet « droit public britannique » et le discours sur le droit public britannique se comprend et se revendique comme un rapport de vérité. Le discours est présenté comme une description neutre et objective du réel de son objet, capable d'en transcrire et d'en dire la vérité juridique. C'est dans l'affirmation de la qualité scientifique de son discours que le modèle orthodoxe construit le cœur de l'identité de la doctrine publiciste britannique.

290. Néanmoins, pour dire cette vérité juridique sur son objet encore faut-il pouvoir déterminer la nature et les frontières de ce même objet. En d'autres termes, il revient au modèle orthodoxe de construire l'objet de son propre discours. Pour cela, il doit déterminer quels sont les éléments qu'il va identifier, analyser et mettre en relation pour pouvoir parler juridiquement du droit public britannique. Pour procéder à cette sélection entre les éléments qui vont entrer dans le champ de son discours scientifique, le modèle orthodoxe crée un principe d'inclusion et d'exclusion des objets constitutionnels et administratifs qui seront compris comme entrant dans le champ du droit public britannique. Or, et parce que le droit public britannique est lui-même un discours, déterminer les objets constitutionnels et administratifs relevant du discours orthodoxe sur le droit public britannique revient à proposer une théorie des sources du droit public britannique.

291. Cette théorie des sources est organisée par le modèle orthodoxe autour d'un principe essentiel : le principe formel de souveraineté du Parlement. Ce principe fait du Parlement la source ultime du droit public britannique. Elle se trouve formulée par Herbert Hart dans la maxime célèbre « tout ce qu'édicte le Parlement est du droit »⁸⁴⁶. Dès lors, les autres sources du droit public, comme les actes de l'exécutif ou les décisions rendues par les juges de *common law*, n'ont valeur de sources juridiques pour le droit public britannique que parce que le Parlement a reconnu explicitement ou implicitement à leurs auteurs la compétence pour les édicter. A l'inverse, toutes les sources comme les conventions de la constitution ou les

⁸⁴⁶ H. L. A. Hart, *The concept of Law*, *op. cit.*, p. 98, «whatever the Queen in Parliament enacts is law».

pratiques administratives qui ne procèdent pas de la volonté du Parlement sont exclues des sources du discours scientifique sur le droit public britannique tel que construit par le modèle orthodoxe.

292. Les frontières de l'objet « droit public » ainsi déterminées par sa théorie des sources, il revient au modèle orthodoxe de dire ce qu'est cet objet juridique. Après avoir mis en oeuvre un processus d'inclusion et d'exclusion entre le droit public britannique et son hors droit, le modèle orthodoxe va construire des outils conceptuels pour pouvoir dire et représenter les normes produites par les sources qu'il a reconnu au droit public britannique. Pour ce faire et à la suite de l'œuvre d'Albert Venn Dicey, *The Law of the Constitution*, le modèle orthodoxe retient deux concepts principaux : le principe matériel de souveraineté du Parlement et le principe du *Rule of law*. Afin de consacrer la souveraineté du Parlement, une hiérarchie des concepts en miroir de la hiérarchie des sources et des institutions est établie : le principe de souveraineté du Parlement est supérieur à celui du *Rule of law*.

293. Le jeu étroit instauré entre ces deux principes et leur structure hiérarchique constitue la police interne du discours orthodoxe. En effet, tout nouvel énoncé sur le droit public britannique formulé dans le cadre du modèle orthodoxe, pour être compris comme vrai et comme scientifiquement valide devra, tout à la fois rendre compte du réel de l'objet « droit public » mais aussi respecter la structure entre les deux principes de souveraineté du Parlement et du *Rule of Law*. C'est dans l'équilibre entre la possibilité de dire les évolutions du droit public britannique et sa capacité à reproduire son modèle que le discours orthodoxe sur le droit public britannique se construit comme discours doctrinal. Cette possibilité de dire les évolutions du droit public britannique se concrétise dans les redéfinitions successives des principes de souveraineté du Parlement et du *Rule of law*, là où la stabilité du modèle est assurée par la reproduction de la hiérarchie entre ces deux principes.

294. Face à ce tableau, un certain nombre de difficultés se font néanmoins jour. Premièrement, et dans le champ de la théorie des sources proposée par le modèle orthodoxe apparaît une difficulté liée à la frontière du droit public britannique. Le discours pose des frontières apparemment claires au droit public et à son hors-droit par l'intermédiaire du principe formel de souveraineté du Parlement. Or, les évolutions du droit positif viennent brouiller ces frontières quand elles ne participent pas directement à leur remise en cause. En ce sens, la cristallisation d'une convention de la constitution par le juge de la Cour Suprême

dans l'arrêt *Cherry/Miller*⁸⁴⁷ illustre très clairement la difficulté à saisir la frontière entre le droit public et son hors-droit telle que décrite par le modèle orthodoxe. Le rapport entre le discours et son extérieur devient alors un espace de confrontation où d'autres manières de dire le droit public britannique, constatant les difficultés du modèle orthodoxe à rendre compte des frontières de son objet saisissent cette dernière pour contester la validité scientifique du modèle orthodoxe. De même, les évolutions des méthodes d'interprétation des lois où la pratique du pouvoir réglementaire viennent brouiller la hiérarchie pourtant établie entre les sources du droit public britannique.

295. A cette première série de difficulté s'en ajoute une seconde cette fois issue des concepts et de la structure instaurée entre ces concepts par le modèle orthodoxe pour représenter le droit public britannique. En effet, si les redéfinitions successives des principes de souveraineté du Parlement et du *Rule of Law* n'ont que peu affecté la structure instaurée par le modèle orthodoxe, les évolutions à la fois internes mais aussi provoquées par l'eupéanisation du droit anglais et de ces principes semblent avoir remis en cause durablement la primauté du principe de souveraineté du Parlement sur le principe de *Rule of law*. L'inversion de la hiérarchie dans le droit positif impliquerait de la part du modèle orthodoxe de renoncer à la primauté du principe de souveraineté du Parlement. Sans cela, le discours construit par le modèle orthodoxe sur le droit public britannique ne décrit plus le réel de son objet et renonce alors à sa fonction scientifique pourtant revendiquée comme le cœur de son identité. Pourtant, loin de donner raison à d'autres types de discours sur le droit public britannique ayant déjà renoncé à la souveraineté du Parlement, le discours orthodoxe maintient ce principe comme au sommet de sa construction conceptuelle. Il prend dès lors le risque de se voir invalider et écarter du paysage doctrinal sur le droit public britannique.

⁸⁴⁷ *R (Miller/Cherry) v The Prime Minister* [2019] UKSC 41

Titre 2 - La résilience du modèle orthodoxe face à la complexification de l'objet droit public

296. Face aux évolutions de leur objet de représentation, le professeur Renaud Baumert observe que les discours doctrinaux disposent de différentes stratégies pour absorber et rendre compte de ces modifications sans pour autant remettre en cause leur identité. Le premier de ces mécanismes d'adaptation consiste à sauvegarder la structure fondamentale du modèle explicatif et à ne proposer, pour rendre compte de l'évolution de l'objet, que des modifications à la marge du modèle⁸⁴⁸. Le second mécanisme consiste non plus à modifier le modèle mais à quitter sa position descriptive, ou du moins son affirmation, pour chercher à produire des effets et des évolutions dans le droit positif qui confirmeront le modèle⁸⁴⁹. Par ce processus et parce que le droit est un objet dynamique⁸⁵⁰, un modèle doctrinal qui avait été falsifié à un instant donné peut réintégrer le champ des discours valides sur le droit positif après avoir été de nouveau confirmé par la pratique⁸⁵¹.

297. Ainsi et face aux bouleversements du droit public britannique depuis la seconde moitié du XX^e siècle et qui font peser sur le modèle orthodoxe le risque de voir son discours scientifique invalidé, il existerait pour ce dernier des mécanismes d'adaptations. En effet, si le modèle orthodoxe ne parvient pas à absorber le hasard et la nouveauté des transformations du droit public dans sa représentation, alors sa prétention à une description neutre et objective du réel du droit public britannique ne sera plus réalisée et dès lors il ne pourra plus être considéré comme valide conformément aux présupposés qu'il s'est lui-même donné.

298. Or et s'il est retenu à la suite du professeur Renaud Baumert que « les programmes doctrinaux doivent être compris comme des conceptions structurées qui façonnent l'appréhension du droit positif. Ils ne sont pas seulement des amas de théories, de postulats et de concepts hétéroclites »⁸⁵², il convient alors de relever qu'« au sein d'un programme doctrinal, les concepts utilisés n'ont de sens que dans les rapports qui s'établissent entre eux

⁸⁴⁸ R. Baumert, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *Jus politicum*, n°24, 2020, pp. 209-230, p. 213.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 221.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 217.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 213.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 213.

et qui permettent de forger des théories »⁸⁵³. Ils participent en cela de la constitution de l'identité du programme doctrinal. Face à ce constat, la tension exercée sur le modèle orthodoxe semble impossible à résoudre. Soit ce dernier accepte de sauvegarder sa structure mais y sacrifie sa fonction scientifique, soit tout au contraire il sacrifie les rapports établis entre les concepts qui forgent sa théorie et sauve sa fonction scientifique. Dans les deux cas, il se renie lui-même et sacrifie son identité. La structure instaurée entre le principe de souveraineté du Parlement et le principe du *Rule of law* ne fait pas partie de la marge du modèle, elle en est le cœur, la structure fondamentale. La première des techniques d'adaptation doit donc être écartée. La seconde a pu, semble-t-il, être réalisée lorsque dans l'arrêt *Miller* de 2017 les juges de la *UKSC* ont rappelé la définition diceyenne de la souveraineté du Parlement⁸⁵⁴. Néanmoins, la redéfinition de ce même principe en 2019⁸⁵⁵ puis en 2021⁸⁵⁶ par les juges tend à écartier de nouveau la structure du modèle orthodoxe. Le principe de souveraineté du Parlement ne peut plus être regardé comme hiérarchiquement supérieur au principe du *Rule of law* dès lors que le juge de *common law* en dessine et redessine les contours.

299. Pourtant, et malgré cette difficulté au sein même du modèle et le développement de discours doctrinaux concurrent, le modèle orthodoxe ne semble pas être tout simplement écarté du paysage doctrinal publiciste britannique. Au contraire il constitue encore une part importante de ce qui est enseigné aux étudiants britanniques. Comment dès lors expliquer qu'un discours doctrinal construit dans l'affirmation d'une épistémologie positiviste puisse survivre à la faillite sa propre fonction de description scientifique ? Un glissement semble s'effectuer ici entre un principe de validation empirique et un principe de véridiction qui implique pour la validité du discours doctrinal plus que sa simple conformité au réel. Dans l'espace ainsi créé apparaît la possibilité pour le modèle orthodoxe de construire sa propre résilience face à la faillite de sa fonction scientifique.

⁸⁵³ *Idem.*

⁸⁵⁴ (*Miller*) v. *Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, pt. 43. « *This is because Parliamentary sovereignty is a fundamental principle of the UK constitution, as was conclusively established in the statutes referred to in para41 above. It was famously summarised by Professor Dicey as meaning that Parliament has "the right to make or unmake any law whatsoever; and further, no person or body is recognised by the law as having a right to override or set aside the legislation of Parliament"* ».

⁸⁵⁵ *R (on the application of Miller) v The Prime Minister Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.

⁸⁵⁶ *Attorney General and the Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of Child (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42.

300. Afin de mieux saisir les dynamiques complexes de cette résilience du modèle orthodoxe, il conviendra d'envisager les mécanismes qui permettent au modèle de se maintenir dans le champ du discours sur le droit public britannique malgré le dépassement de sa fonction scientifique (**CHAPITRE 1**). Dans un second temps, il s'agira d'observer les effets de ce modèle et du maintien de ses schémas d'explication et de représentation du droit public britannique sur la perception de ce dernier (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1

LE DEPASSEMENT DE LA FONCTION SCIENTIFIQUE DU MODEL ORTHODOXE DU DROIT PUBLIC BRITANNIQUE

301. Le discours du modèle orthodoxe s'écarte du réel du droit public britannique. La confrontation des structures de la catégorie, à la fois en termes de sources et de concepts, aux évolutions contemporaines du droit public britannique a permis la mise en lumière de cet écart. L'existence du modèle orthodoxe comme « connaissance vraie » du droit public britannique semble dès lors être mise à mal. Le jeu créé entre la représentation et son objet amène à deux conclusions. Soit l'adoption d'une épistémologie positiviste, qui assignerait comme seule fonction au modèle une fonction scientifique où le caractère descriptif l'emporterait sur tout autre critère pour déterminer la validité du modèle, amène à écarter le modèle orthodoxe. Sa fonction descriptive ne permettant plus une image satisfaisante du droit positif, le modèle orthodoxe semble dès lors devoir passer dans le champ de la « connaissance fausse » au même titre que les mythes de l'ancienne constitution⁸⁵⁷. Soit, il s'agit d'accepter, comme le propose le professeur Martin Loughlin, un déplacement du critère de validité du modèle au-delà de la seule fonction scientifique⁸⁵⁸ et suppose dès lors d'investir l'espace mis à jour dans le modèle orthodoxe pour comprendre ce qui se joue en plus du réel dans le discours. (*Section I*)

302. La première solution proposée semble problématique à double titre. Premièrement parce qu'elle ne correspond pas à la réalité propre au modèle. La résilience et la permanence de ce dernier dans les discours des juges⁸⁵⁹ et dans les débats académiques⁸⁶⁰ ne permettent pas de l'évacuer au simple constat de sa propre complexité et de son écart avec l'approche épistémique proposée par le positivisme. Rejeter le modèle orthodoxe sur ce seul critère semblerait stérile à toute étude du discours sur le droit public britannique. En effet, ce dernier persiste par et pour lui-même en même temps qu'il hante toute tentative pour proposer un modèle alternatif. Quand bien même la faiblesse de sa fonction scientifique rendrait le modèle

⁸⁵⁷ A. Antoine, *Droit Constitutionnel britannique*, *op. cit.*, pp. 20-25.

⁸⁵⁸ M. Loughlin, *Sword & Scales – An Examination of the Relationship Between Law & Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp.20-21.

⁸⁵⁹ R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5, pt. 43.

⁸⁶⁰ À la suite de l'arrêt Miller de nouvelles discussions doctrinales ont eu lieu quant à la pertinence du principe de souveraineté du Parlement utilisé par les juges et son possible retour en grâce, voir en ce sens : A. L. Young, G. Gee, « Brexit : Regaining Sovereignty ? Brexit, the UK Parliament and the Common Law », *European Public Law*, Vol. 22, N° 1, 2016, pp. 131-147 ; M. Gordon, « The UK's Sovereignty Situation: Brexit, Bewilderment and Beyond ... », *King's Law Journal*, Vol. 27, N°3, 2016, pp. 333-343.

orthodoxe non pertinent, ce dernier, parce qu'il apparaît comme le point de départ contre ou sur lequel tout autre discours sur le droit britannique vient se construire, semble devoir y laisser une trace qui lui permet de perdurer. Deuxièmement et contrairement à certains modèles épistémologiques proposés dans le champ des sciences de la Nature, il convient de retenir que le droit et plus largement l'ensemble des sciences sociales et humaines, ne fonctionnent pas sur un principe de révolution scientifique où le modèle désavoué serait rejeté purement et simplement au-dehors des modes de connaissances de sa discipline⁸⁶¹. Au contraire, le développement des discours sur le droit apparaît davantage comme procédant par incrémentation, développant une narration des changements qui s'enracinent dans des représentations préexistantes⁸⁶². Il faut ainsi convenir que la validité du modèle ne se joue pas uniquement dans sa fonction scientifique et son rapport au réel du droit public britannique. Sa vérité se trouve ailleurs et se manifeste dans les traces laissées par ce même modèle orthodoxe sur les représentations postérieures du droit public britannique (*Section 2*).

Section 1. L' « en plus » de la fonction scientifique dans le modèle orthodoxe du droit public britannique

303. Si la vérité du modèle se trouve ailleurs que dans la qualité de sa description du réel, de quelle nature relève cet ailleurs ? Les propos précédents laissent entrevoir une première réponse : le modèle orthodoxe par la place qu'il tient dans le développement d'un discours institué sur le droit public britannique, parce qu'il apparaît comme précédant et conditionnant toute tentative discursive pour le dépasser, semble devoir former la « matrice disciplinaire »⁸⁶³ par laquelle se forme la connaissance du droit public britannique, mais aussi les sujets connaissant eux-mêmes⁸⁶⁴. Le modèle orthodoxe ne saurait dès lors être regardé comme un simple système de propositions et de vérification clôt sur lui-même. Parce qu'il assure une fonction sociale, qu'il porte les valeurs de la communauté académique qui le forme et qu'il

⁸⁶¹ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015, pp. 79-130, disponible à <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01228870/document>, pp. 29-32.

⁸⁶² R. M. Cover, "Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, 1983, pp. 4-68, p. 5, « *In this normative world, law and narrative are inseparably related. Every prescription is insistent in its demand to be located in discourse - to be supplied with history and destiny, beginning and end, explanation and purpose* ».

⁸⁶³ T. S. Kuhn, *The structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 4th edition, 2012, 209 p., p. 181.

⁸⁶⁴ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.* p. 19.

forme⁸⁶⁵, ce dernier est rendu perméable à un extérieur qui conditionne et déborde sa seule fonction scientifique. Il y a un « en plus » en ce que si « nous créons un univers normatif qui nous permet de maintenir « un monde de vrai et de faux, de légal et illégal, de valide et invalide » [...] cet univers repose sur un ensemble d'histoires ou de traditions qui les investissent d'une signification »⁸⁶⁶. Il y a ainsi la trace d'autre chose que du droit dans le droit⁸⁶⁷. (§2.).

304. Dans son ouvrage *Droit Constitutionnel Britannique*, le professeur Aurélien Antoine propose comme source de cette signification extrascientifique un ensemble de mythes qui participeraient de la légitimation du discours sur le droit public britannique⁸⁶⁸. Si leur exposition ne renseigne pas sur le rôle assigné à ces mythes dans le principe de véridiction des représentations du droit public britannique, aucun de ces mythes n'apparaît comme étant exclusif au monde académique du droit public britannique⁸⁶⁹. Outre-Manche, le dévoilement de mythes au fondement de la compréhension du droit public proposée par le professeur Martin Loughlin permet de souligner que ces derniers « *sont des discours convaincants qui n'emploient pas le langage uniquement pour décrire un état des choses, mais pour renforcer certaines valeurs.* »⁸⁷⁰. Une fois encore, ces mythes débordent les simples croyances disciplinaires et amène au constat suivant : « *le droit n'occupe pas un monde qui lui est exclusif.* »⁸⁷¹.

305. Dès lors, ces « valeurs » ne sauraient se limiter à celles partagées au sein de la communauté des publicistes britanniques. L'« en plus » du modèle orthodoxe, parce qu'il dévoile aussi une certaine vision des rapports entre les institutions britanniques, dépasse le seul cadre de la matrice disciplinaire et de sa politique interne de véridiction pour mettre en lumière ou plutôt replacer sous la lumière l'enracinement des discours sur et du droit dans des valeurs politiques qui leur préexistent. Ce dévoilement, au cœur de la thèse défendue par

⁸⁶⁵ T. S. Kuhn, *op. cit.*, A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.* pp. 18-20.

⁸⁶⁶ M. Loughlin, *Sword and Scales*, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁸⁶⁷ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquées à mes étudiants » In. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits résolument*, Paris, PUF, 2009, 625 p., p. 233, « La trace, c'est la présence d'autre chose, d'une autre énergie signifiante, dans le droit – lequel n'est donc pas « pur ».

⁸⁶⁸ A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*, pp. 20-25.

⁸⁶⁹ *Idem.*

⁸⁷⁰ M. Loughlin, *Sword and Scales*, *op. cit.*, p.26

⁸⁷¹ Lord Sumption, *Trials of the State – Law and the decline of politics*, Londres, Profile books, 2019, 112 p., p. 3

Martin Loughlin⁸⁷² et de son approche du droit politique⁸⁷³, s'articule autour de cette dernière proposition : les valeurs politiques précèdent le droit et les représentations de ce dernier. Elles participent du modèle de précompréhension des représentations du droit et dès lors de leur mode de justification et de structuration de la représentation du droit public. Ainsi, « à travers leurs traces qui se sont dissoutes dans les mots du droit et qui y ont (...) survécu, des discours restent présents dans le droit, quoique de manière souterraine et donc invisible »⁸⁷⁴.

306. À la fonction scientifique, à la fonction disciplinaire, doit donc s'ajouter au cœur du modèle orthodoxe une fonction idéologique qui, malgré les affirmations de neutralité proposées par les méthodes positivistes héritées de Dicey, est inhérente à la représentation du droit public⁸⁷⁵. Se dévoile ainsi un espace remettant en cause la dimension neutre de la représentation du modèle pour en révéler sa charge idéologique⁸⁷⁶ (§.1).

§1. La fonction idéologique du modèle orthodoxe

307. Le modèle orthodoxe, comme reprise et reproduction du modèle diceyen, étire le « normativisme conservateur »⁸⁷⁷ porté par le discours du professeur oxonien. En effet, ce dernier en s'inscrivant dans une tradition et une pensée politique, qui le marque et le conditionne, devient le vecteur d'un projet politique : fonder et justifier une théorie juridique de la démocratie parlementaire britannique (A.). Ce projet politique qui fait entrer dans le modèle des traces d'un hors-droit s'appuie sur des fondements théoriques qui dépassent à leur tour le périmètre du droit positif (B).

⁸⁷² L'idée a été réaffirmée récemment par Lord Sumption lors des BBC Reith Lectures Series 2019, en ce sens voir : Lord Sumption, *Trials of the State*, *op. cit.*

⁸⁷³ M. Loughlin, « Droit politique », *Jus Politicum*, n° 17, disponible à : <http://juspoliticum.com/article/Droit-politique-1129.html>

⁸⁷⁴ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquées à mes étudiants », *op. cit.*, p. 232.

⁸⁷⁵ D. Baranger, *Écrire la constitution non écrite – Une introduction au droit politique britannique*, Paris, Léviathan, PUF, 2008, pp. 7-8.

⁸⁷⁶ J. Chevalier, « Les Fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, PUF 1979, pp. 3-57, p.49, « Les concepts juridiques sont, par essence même, chargés, pétris d'idéologie : par-delà leur fonction instrumentale, ils véhiculent nécessairement un ensemble de représentations établissant le bien-fondé de l'ordre social et politique ».

⁸⁷⁷ M. Loughlin, *Public Law and Political theories*, *op. cit.*, pp. 137-18.

A. Le projet politique du modèle

308. Le projet de démocratie représentative auto-correctrice dans les travaux d'Albert Venn Dicey. La structure du modèle orthodoxe n'est pas neutre. Elle porte un discours démocratique hérité et enraciné dans la représentation de la constitution britannique telle que proposée par Albert Venn Dicey⁸⁷⁸. Ce dernier, identifiant le principe de souveraineté du Parlement comme principe fondamental du système constitutionnel britannique⁸⁷⁹, en justifie le caractère primordial par deux arguments distincts : un argument empirique et un argument doctrinal. Si le premier est d'abord guidé par l'adoption d'une méthode affirmée comme positiviste, il permet à Dicey de développer à la fois des exemples historiques et positifs au soutien de la formulation de son principe. Le second, lui, légitimise le même principe en le rattachant à une tradition académique marquée par la figure de Sir William Blackstone. Pour autant, s'arrêter à ces deux justifications « ne serait pas faire une lecture fidèle »⁸⁸⁰ du modèle diceyen. En effet, si l'argument politique n'est pas explicitement développé par l'auteur, la théorie constitutionnelle construite par Dicey est « tempérée par sa conception de la démocratie et par l'adoption d'une conception prescriptive du droit »⁸⁸¹. Contrairement aux affirmations en introduction à son étude de la constitution britannique, Dicey propose une représentation normative qui repose sur une compréhension particulière de la démocratie représentative⁸⁸². Or, ce fondement ne se voit pas ou peu interrogé par le discours orthodoxe⁸⁸³. Se limitant à l'apparente neutralité du modèle, les successeurs de Dicey qui, par la reprise de sa pensée et la poursuite de son travail de systématisation, vont donner naissance à la vision orthodoxe de la constitution britannique, reproduisent la conception démocratique développée par Dicey⁸⁸⁴, une conception qualifiée par le professeur Paul Craig de « démocratie représentative autocorrectrice »⁸⁸⁵.

309. Sous cette appellation se voit désigner l'articulation que Dicey introduit entre trois mécanismes participants de la formation de son modèle constitutionnel. En effet, pour Paul Craig la pensée de Dicey est par essence démocratique en ce qu'en formulant le principe de souveraineté du Parlement, Dicey n'investit ce dernier que d'une souveraineté juridique. La

⁸⁷⁸ P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁷⁹ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁸⁰ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p.142.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁸³ La critique vient de l'école fonctionnaliste, mais n'est pas discutée au sein de l'école orthodoxe.

⁸⁸⁴ P. Craig, *op. cit.*, p. 12, p.54

⁸⁸⁵ *Idem*, p. 16.

souveraineté politique n'échoit pas à l'institution parlementaire, pas plus qu'au monarque, elle revient pour Dicey au seul peuple britannique. En ce sens, le professeur oxonien a pu écrire en introduction à la huitième et dernière édition de *The Law of the Constitution* : « (...) les électeurs, qui sont maintenant admis comme le souverain politique en Angleterre, devraient être autorisés à jouer le rôle dans la procédure législative qui était réellement joué, avec approbation populaire, par la Reine Elizabeth à une époque où le Roi ou la Reine d'Angleterre n'était pas le pouvoir souverain absolu dans le pays, mais était certainement la partie la plus importante de ce dernier, à savoir le Parlement »⁸⁸⁶. De même, Dicey relève dans *Relation between Law & Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, que l'avancée démocratique qui caractérise le Royaume-Uni dans la seconde moitié du XIX^e siècle, « signifie le transfert du pouvoir suprême d'une personne seule ou d'une classe privilégiée et limitée vers la majorité des citoyens ; soit, l'approche du gouvernement par les nombres, ou, dans son actuelle, bien qu'inexacte phraséologie, par le peuple »⁸⁸⁷.

310. En faisant du peuple le détenteur de la souveraineté politique, le modèle diceyen reconnaît que ce dernier détient la capacité et la légitimité pour agir politiquement. La désignation des membres du Parlement par ce même peuple permet l'articulation entre souveraineté politique et juridique. En effet, parce que le Parlement dispose de la souveraineté juridique ce dernier va pouvoir traduire dans le champ juridique, c'est-à-dire dans un système de normes reposant sur le principe de légalité, la volonté politique des électeurs. Par essence, la dichotomie posée par Dicey entre souveraineté juridique et souveraineté politique permet de matérialiser au cœur de sa représentation le principe de démocratie représentative. Elle permet aussi l'articulation entre deux systèmes normatifs reposant pour l'un sur le principe de légitimité⁸⁸⁸ et pour l'autre sur le principe de légalité⁸⁸⁹. Néanmoins, et parce que Dicey a conscience qu'un biais est possible entre la traduction par le Parlement et la volonté politique du peuple qu'il est censé traduire, que la rencontre entre souveraineté politique et souveraineté juridique n'est pas toujours possible, ce dernier offre un correctif à son modèle de démocratie représentative.

⁸⁸⁶ A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution : Introduction to the Eighth Edition (1915) », *Giornale Di Storia Costituzionale*, vol. 13, 2007, pp. 171-232, p. 215.

⁸⁸⁷ A. V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, London, Macmillan and co., 1905, pp. 48-61, p. 52.

⁸⁸⁸ Lord Sumption, *Trials of the State*, op. cit., p.24, « *Legitimacy is less than law but more than opinion. It is a collective instinct that we owe it to each other to accept the authority of our institutions, even when we do not like what they are doing. This depends on an unspoken sense that we are in together. It is the result of common historical attachments, language, place and culture: in short, of collective identity* ».

⁸⁸⁹ *Idem*, p. 34.

311. Le professeur Paul Craig identifie ce correctif dans le principe du *Rule of law* et plus particulièrement le principe de protection des libertés par la *common law*. Pour autant cette analyse du correctif au modèle de démocratie représentative proposé par Dicey n'est pas la seule. Ainsi, pour le professeur David Dyzenhaus, « Dicey pense que la démocratie est à la fois 'unitaire' et 'autocorrectrice'. Elle est unitaire en ce que l'autorité passe du peuple vers le législateur, qui articule le mandat électoral et contrôle sa mise en application. Elle est autocorrectrice parce que le législateur qui serait tenté de s'éloigner du mandat populaire le fait au risque de perdre la prochaine élection »⁸⁹⁰. Là où Paul Craig identifie dans le *Rule of law* un correctif juridique, David Dyzenhaus localise ce même correctif dans le champ du politique. Le choix d'un correctif politique ne semble cependant pas si éloigné de la pensée diceyenne, notamment telle que développée au début du XX^e siècle, lorsque Dicey développe l'idée d'un « veto populaire »⁸⁹¹.

312. Le modèle diceyen au soutien de la démocratisation du Parlement britannique. La reconnaissance de la souveraineté politique au peuple et la construction d'un modèle juridique traduisant dans le discours sur le droit les mécanismes d'une démocratie représentative autocorrectrice doivent être lues dans le contexte particulier des périodes victorienne⁸⁹² et édouardienne⁸⁹³. La réinscription du propos diceyen dans le contexte politique, juridique, mais aussi intellectuel de ces deux époques renforce le caractère démocratique et l'originalité de la démarche diceyenne. En effet, si le Parlement compris comme *the King* ou *the Queen-in-Parliament* doit être regardé comme le souverain juridique, et ce depuis la fin du dix-septième siècle, la détermination du souverain politique a, elle, été sujette à de nombreuses et intenses évolutions au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle et ce jusqu'au début du vingtième siècle. Le déplacement de la souveraineté politique s'amorce avec l'adoption du *Reform Act* de 1832. Précédemment à l'adoption de l'*Act*, l'assise démocratique du Parlement est limitée à une portion extrêmement réduite de la population britannique. En ce sens, Maitland relève

⁸⁹⁰ D. Dyzenhaus, « Dicey's Shadow », *University Toronto Law Journal*, vol. 43, 1993, pp. 127-146, p. 132, «*Dicey thought that democracy is both 'unitary' and 'self-correcting.' It is unitary in that authority flows from the electorate to the legislators, who articulate the electoral mandate and control its implementation. It is selfcorrecting because legislators who are tempted to stray from the popular mandate do so at risk of being dumped at the next election* ».

⁸⁹¹ A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the Eighth Edition (1915) », *op. cit.*, p. 215.

⁸⁹² 1837- 1901.

⁸⁹³ 1901-1910.

dans *The Constitutional History of England*⁸⁹⁴ « vous trouverez que tout au long de notre histoire, la détermination des électeurs dépendait d'une manière ou d'une autre de leur relation à ce que, de manière vague, nous pouvons appeler la propriété réelle »⁸⁹⁵. La constitution pré-1832 adoptant un principe de suffrage censitaire, ne reconnaît une capacité politique qu'aux seuls les grands propriétaires terriens. Le *Reform Act* de 1832 va venir élargir cette assise démocratique en incluant parmi les électeurs du Parlement à la fois les petits propriétaires terriens, les propriétaires de commerces, ou de fermes dans les *counties* et dans les villes aux petits propriétaires et certains locataires. La captation historique du pouvoir politique au sein de la Chambre des Communes par la seule *gentry*⁸⁹⁶ ne passe cependant pas uniquement par la question de la restriction du nombre et de la qualité des électeurs. Elle doit être lue comme le résultat des effets combinés du mode de désignation des électeurs, mais aussi des conditions économiques permettant à un citoyen de se présenter comme candidat pour les *General elections*. En l'absence de rémunération ou de compensation financière pour les membres du Parlement, seuls des individus disposant d'une situation financière privilégiée peuvent en réalité se présenter⁸⁹⁷. Or, y compris après 1832 et les réformes de 1867⁸⁹⁸ et 1884⁸⁹⁹ qui vont poursuivre « *la marche vers la démocratie* »⁹⁰⁰ de la constitution britannique, élargissant à leurs tours l'électorat, les conditions économiques permettant d'accéder au statut de candidat restent un obstacle majeur à la représentativité de la Chambre des Communes. Cette dernière demeure ainsi une chambre homogène au même titre que la Chambre des Lords⁹⁰¹, déniait dès lors, pour Keith D. Ewing, à la constitution britannique tout « *label démocratique* »⁹⁰². La coïncidence entre l'élargissement de l'assise démocratique et les conditions permettant à un

⁸⁹⁴ F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge, CUP, 1908.

⁸⁹⁵ *Idem*, p. 352, cite par K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *PL*, 2000, autumn, pp. 405-437, p. 406, « you will find that all through our history the qualification of the voter has depended in some manner or another on his relation to what, loosely speaking, we may call real property ».

⁸⁹⁶ Catégorie sociale qui se distingue de la noblesse titrée (la *nobility*) et de la bourgeoisie. Dispose de terre, mais pas d'un titre.

⁸⁹⁷ K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *op. cit.*, pp. 406-407, « But it was not only the franchise which was limited to men of property. So too de facto was the right to be a representative. MPs at the time were not paid, with the result that the ability to stand as a candidate and to represent the community was limited to those with means: people such as the fictitious Sir Graball D'Encloeland, the Member of Parliament for Mugsborough. Consequently, "it is not very far from the truth" to say with Laski that "we were governed by a single party divided into two groups each of which had little difficulty in accepting the major principles of action". The composition of this single party of two factions in the House of Commons was dominated by members who were "heirs to peerages, members of the old families, bankers and financiers, lawyers and business men, with a scattering of teachers, retired soldiers and sailors, a few doctors, a few journalists and so forth ».

⁸⁹⁸ *Second Reform Act* 1867.

⁸⁹⁹ *Third Reform Act* 1884.

⁹⁰⁰ D. F. Krein, « The Great Landowners in the House of Commons 1833-1885 », *Parliament History*, Vol. 32, n°3, 2013, pp. 460-476, p. 460.

⁹⁰¹ *Idem*, p. 407.

⁹⁰² *Idem*, p. 406.

individu d'assurer ses fonctions au sein de la Chambre des Communes ne sera réalisée qu'en 1913 après que le *Trade Union Act* ait autorisé les candidats à être soutenus financièrement par les syndicats⁹⁰³. Cet *Act*, qui écarte définitivement la solution retenue par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Osborne*⁹⁰⁴, permet le renforcement du parti travailliste au sein de la Chambre des Communes ainsi qu'une représentation élargie aux classes ouvrières. Le mouvement d'une constitution conservatrice et oligarchique vers une constitution libérale et démocratique est largement présenté comme s'achevant dans l'adoption en 1918 du *Representation of the People Act*, ce dernier mettant définitivement fin au lien entre propriété et droit de vote en reconnaissant le suffrage masculin⁹⁰⁵. Il n'est cependant pleinement réalisé qu'en 1928 après l'entrée de femmes au sein du Parlement⁹⁰⁶ et l'adoption du *Equal Franchise Act* reconnaissant le droit de vote aux femmes dans les mêmes conditions que les électeurs masculins⁹⁰⁷.

313. Face à ces évolutions, le discours adopté par les auteurs étudiant la constitution, que cela soit par le prisme de la science politique ou de l'histoire des institutions, demeure réservé quand il ne se révèle pas ouvertement critique. Maine affirme ainsi que :

« Tout ce qui a fait la renommée de l'Angleterre, et tout ce qui a fait la fortune de l'Angleterre résulte du travail d'une minorité, parfois très restreinte. Il me semble plutôt certain que, si pour quatre siècles il y avait eu un droit de vote élargi et un corps électoral important dans ce pays, il n'y aurait pas eu de réforme religieuse, de changement de dynastie, pas de respect de l'opposition, pas même un calendrier précis. (...) et nous pouvons dire généralement que l'établissement

⁹⁰³ *Idem.*, p. 410.

⁹⁰⁴ [1910] A.C. 87.

⁹⁰⁵ K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *op. cit.*, p. 409, « Perhaps the most important step in this direction was the introduction of adult male suffrage in 1918, virtually severing "the link between citizenship and property" ».

⁹⁰⁶ En 1918, Constance Markievicz est la première femme élue au Parlement Britannique. Elle ne siègera cependant pas étant membre du Sinn Fein. Nancy Astor, élue en 1919 sera la première femme à siéger effectivement au sein de la Chambre des Communes. Voir en ce sens, House of Commons Information Office, « Women in the House of Commons – Appendix B - Women MPs by date of first election », disponible à : <https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/m04b.pdf>

⁹⁰⁷ S. Ball, « The Reform Act of 1918 – the Advent of Democracy », *The Parliamentary History Year Book*, 2018, p. 4, « The 1918 Reform Act broke new ground in introducing votes for women. This was on a substantial scale, but with limitations: women had to be over the age of 30 years, and – a fact which is often forgotten – there was also a property requirement. As a contemporary guide to the act by a legal expert noted: 'there is a material difference, besides that of age, between the qualifications which confer the parliamentary franchise ... on a woman and those which confer it on a man'. A woman had to qualify personally for the local government franchise or be married to a man who did so, either as the occupant of a 'dwelling-house' (for which there was no minimum value or rent), or as the occupier of land or premises with an annual rental value of at least £5.16 The local government qualification in the 1918 Reform Act remained very similar to the previous parliamentary franchise, and so was more restricted than the simple 'residing' which was now all that was necessary for the male parliamentary vote ».

progressif de la masse au pouvoir est un présage des plus sombre pour toute législation fondée sur un avis scientifique qui demande une vivacité d'esprit pour la comprendre et de l'abnégation pour accepter de s'y soumettre »⁹⁰⁸.

314. Son scepticisme est partagé par Sir Ernest Barker⁹⁰⁹ ou encore par Walter Bagehot, particulièrement inquiet face à l'élargissement du droit de vote vers des classes insuffisamment éduquées pour saisir la complexité des questions politiques qui leur seraient soumises à travers l'élection de représentants au Parlement⁹¹⁰. Mais la réserve exprimée par Bagehot réside aussi dans son analyse et sa compréhension de la constitution britannique. Contrairement au mouvement *bottom-up* que suppose le discours démocratique diceyen, Bagehot observe un second mouvement dans les flux du pouvoir. Un mouvement qui prend naissance dans le développement et la capacité d'action du *Cabinet* face au Parlement. L'institution, largement absente du modèle diceyen, laisse apparaître une complexité nouvelle dans la répartition du pouvoir politique face à la vision simplifiée et simplificatrice de Dicey⁹¹¹. Dans ce contexte intellectuel, la position optimiste adoptée par Dicey se révèle originale et semble traduire une réelle conviction politique en faveur du développement de la démocratie au Royaume-Uni⁹¹². Jusque dans la fin de sa vie académique et plus particulièrement dans ses écrits publiés entre 1914 et 1915, Dicey propose une défense affirmée et de la souveraineté politique du peuple et de son expression par la représentation au sein du Parlement⁹¹³.

⁹⁰⁸ Sir H. S. Maine, *Popular Government*, cité par A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the eight edition », *op. cit.*, p. 215.

⁹⁰⁹ E. Baker, *Political thought in England*, Londres, 1885, cité par M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 142, « [Maine] was the tragic voice, sonorous behind the mask of Cassandra, which uttered the feelings that had gathered since the extension of the suffrage in 1867 ».

⁹¹⁰ W. Bagehot, *The English Constitution*, Londres, R. H. S. Crossman, 1965, pp. 274-275, voir aussi M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 143.

⁹¹¹ Cet impensé dans le modèle proposé par The Law of the Constitution projette une ombre qui affecte tant le modèle orthodoxe que l'émergence des discours concurrents du common law constitutionalism et du political constitutionalism. Il semblerait ainsi, qu'au-delà des traces « positives » laissées par le modèle sur les modes de cognition et de représentation du droit public, doivent aussi être observés des traces « négatives » qui feront l'objet de développements dans le chapitre suivant.

⁹¹² Il convient néanmoins de nuancer cette affirmation en relevant que le modèle de démocratisation soutenu par Dicey se limite au seul l'élargissement de l'électorat masculin.

⁹¹³ A. V. Dicey, « Lectures on the Relation between Law Public Opinion in England during the Nineteenth Century », *op. cit.*; A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the Eighth Edition (1915) », *op. cit.* Apparaît cependant dans ces écrits une forme de questionnement et de crainte dans la réalité et la qualité de la représentation dans un Parlement maintenant encadré et organisé autour des logiques de partis.

315. La critique du système des partis comme menace à la démocratie représentative auto-correctrice. Néanmoins, ce dernier ne laisse pas sa vision de la démocratie représentative se figer. Face aux évolutions de la pratique politique qui accompagnent la démocratisation de la constitution britannique, Dicey se révèle soucieux. Le développement des partis au sein de la Chambre des Communes lui semble mettre en danger la corrélation entre la volonté politique du peuple et la traduction de cette dernière dans le droit par le Parlement. Dicey constate que :

316. « le mécanisme d'un parti ne peut pas être identifié de manière permanente à l'autorité de la nation ou avec les exigences du patriotisme. », avant d'ajouter : « Ce fait est devenu récemment tellement évident que l'on trouve certains penseurs éminents pour qui l'usage du langage de l'autorité ou de la souveraineté de la nation, ou même la conception de la volonté nationale est une sorte de fiction politique ou métaphysique qu'un homme sage devrait abandonner »⁹¹⁴.

317. Face à ce phénomène qui conduit à l'affaiblissement du lien entre le peuple et ses représentants et par là même à l'affaiblissement du concept même de souveraineté du Parlement au cœur de sa modélisation juridique, Dicey ne propose pas un correctif juridique. Le risque de divorce entre la volonté populaire et les normes adoptées par ses représentants au Parlement n'est pas encadré par la proposition du recours au *judicial review*. Dicey ne modifie pas ni ne renforce le concept du *Rule of law* pour corriger la dérive de la démocratie représentative. À la crise politique, le professeur oxonien répond par un mécanisme politique réaffirmant la nature démocratique de son projet : le référendum.

318. En 1915, Dicey propose de contrer le jeu des partis, qui met à mal la démocratie représentative, par le renforcement du peuple en soutenant l'adoption d'un mécanisme de démocratie directe. La proposition résonne avec une étrange modernité et n'est pas étrangère aux interrogations du système français. Présenté comme un « veto populaire »⁹¹⁵, le référendum diceyen fait du peuple un acteur de la procédure législative. Il s'agit, avant que la loi ne reçoive le *Royal Assent*, de procéder à un référendum afin de confirmer la volonté du peuple d'adopter ou non la mesure. Ce mécanisme est pensé par Dicey comme un substitut au « veto populaire indirect »⁹¹⁶ que représentait le pouvoir d'obstruction détenu par la Chambre des Lords jusqu'à l'adoption du *Parliament Act* de 1911. L'exercice de ce dernier, en ce qu'il

⁹¹⁴ A. V. Dicey, « Lectures on the Relation between Law Public Opinion in England during the Nineteenth Century », *op. cit.*, p. 185.

⁹¹⁵ *Idem*, p. 215.

⁹¹⁶ *Ibid.*

conduisait à la dissolution de la Chambre des Communes et à la tenue de nouvelles *General elections*, était regardé par Dicey comme une forme de référendum indirect. Le peuple, s'il reconduisait la même majorité que celle ayant été bloquée par la Chambre des Lords, devait être regardé comme s'exprimant en faveur de la mesure contrée par la Chambre haute. A *contrario*, l'élection d'une nouvelle majorité devait être comprise comme un refus de ladite mesure. En proposant un mécanisme de « veto populaire direct » et en intégrant le peuple à la procédure législative, Dicey fait de ce dernier, temporairement, un élément du pouvoir législatif. Cette position est loin de la solution retenue en 1911 qui permet à la Chambre des Communes de contourner la Chambre des Lords en cas d'obstruction et de constituer un législateur composé uniquement par la chambre basse et le Monarque et non par le trio Chambre des Communes- Chambre des Lords- Monarque.

319. Si cette proposition illustre à nouveau le projet démocratique de Dicey dont l'essence se trouve largement reproduit dans la neutralité apparente des structures du modèle orthodoxe, la question du référendum, et plus largement celle de la place du peuple en tant qu'institution politique et potentiellement juridique, reste largement ignorée par le discours orthodoxe. Le modèle orthodoxe ne systématise pas dans sa représentation du droit positif l'outil référendaire. Cette absence, largement due à une absence de pratique du référendum jusqu'en 1974, demeure néanmoins un nouvel impensé du modèle. L'augmentation du recours au référendum pendant les années quatre-vingt-dix et jusqu'au référendum de 2016 rouvre la question déjà posée par Dicey de la compatibilité de l'expression de la volonté populaire avec le principe de souveraineté du Parlement. Les difficultés d'articulation entre ces deux principes sont d'autant plus saillantes que le discours démocratique du modèle orthodoxe tend à perdre de sa vivacité face à l'intégration d'un discours libéral plus affirmé faisant écho au développement dans le droit positif des droits fondamentaux.

320. Il convient néanmoins de souligner la différence de nature entre le référendum proposé par Dicey et ceux réalisés dans le droit positif contemporain. Là où le référendum diceyen fait du peuple un législateur et le fait ainsi participer au mécanisme de traduction de sa volonté politique dans les normes juridiques, les référendums adoptés en droit positif relèvent d'une logique différente. Ils demeurent avant tout des procédés politiques auxquels n'est pas reconnu de valeur juridique. Ce n'est qu'en ce que le Gouvernement et le Parlement s'engagent politiquement à respecter le résultat du référendum que la volonté du peuple peut être traduite dans le droit. Le peuple devient un élément passif. Il est évincé du processus de traduction au profit d'un retour vers le jeu des partis dans la Chambre des Communes et au

sein du Gouvernement, la Chambre des Lords ne pouvant plus s'opposer au pouvoir présent au sein de la chambre basse. Ainsi, le *Parliament Act* de 1911 en affaiblissant la Chambre des Lords a de même profondément atténué la séparation des pouvoirs au sein même du Parlement, laissant libre cours au renforcement de la place des partis, mais aussi du pouvoir de l'Exécutif qui s'appuie sur ces derniers. Renforcement qui vient à s'exprimer dans la crise constitutionnelle que traverse le Royaume-Uni depuis 2016 et les tentatives pour concrétiser le Brexit⁹¹⁷.

321. Si la proposition diceyenne semble permettre de reconnecter politique et juridique tout en donnant une place au peuple, élément relégué à la seule question de la représentation par le modèle orthodoxe, elle ne pose cependant pas la question des conditions politiques et prépolitiques nécessaires à la rationalisation du référendum. La question de l'éducation politique des nouveaux électeurs apparaît à nouveau comme centrale. Elle est le premier point d'inquiétude des auteurs contemporains de Dicey lorsqu'est soulevée la question du référendum et plus largement celle du processus de démocratisation. Pour autant, elle n'apparaît pas nécessaire à la vision diceyenne. En effet, Dicey a recours à un autre mécanisme pour stabiliser le modèle démocratique qu'il se propose de défendre. Ainsi, il écarte les craintes de ses contemporains par le recours à une notion non juridique sur laquelle se construit le rapport qu'entretiennent le peuple, souverain politique, et le Parlement, souverain juridique. Cette notion qui lui permet d'articuler le monde politique et juridique est résumée dans son utilisation, certes critique, du terme « *snobbishness* »⁹¹⁸, comme marqueur de l'élitisme qui caractériserait le peuple britannique et le conduirait dès lors à accepter la structure d'un modèle constitutionnel fondé sur le conservatisme.

B. Les fondements théoriques du modèle

322. Le conservatisme comme stabilisateur du modèle diceyen. Le conservatisme qui sous-tend le discours diceyen apparaît comme le réel stabilisateur du modèle construit par le professeur oxonien. Ce dernier n'est ainsi ni un mécanisme purement juridique au sens de Paul Craig, ni purement politique au sens de David Dyzenhaus⁹¹⁹. Il est avant tout le fruit d'une donnée idéologique et culturelle. Un de ces fondements théoriques extrajuridiques qui permettent cependant d'assurer dans le champ du discours sur le droit la fonction de

⁹¹⁷ Plus particulièrement avec la crise constitutionnelle liée à la suspension du Parlement amorcée fin août 2019.

⁹¹⁸ A. V. Dicey, « Lectures on the Relation between Law Public Opinion in England during the Nineteenth Century », *op. cit.*, p. 57.

⁹¹⁹ D. Dyzenhaus, « Dicey's Shadow », *op. cit.*

représentation et d'explication du discours diceyen. Il est une de ces traces décrites par Pierre Legrand⁹²⁰ qui, bien que n'étant pas du droit elles-mêmes, participent de la compréhension et de la structuration du monde juridique. Une trace qui rappelle que le droit n'est jamais « un objet autosuffisant »⁹²¹.

323. En effet, si le modèle constitutionnel diceyen s'appuie sur un discours démocratique, ce dernier se voit tempéré par l'affirmation d'une certaine disposition d'esprit qui serait observable chez les Britanniques de l'ère victorienne. C'est par cet état d'esprit, une donnée culturelle, que le *vinerian professor* trouve un élément lui permettant de rationaliser la pratique démocratique. En ce sens, Dicey relève que :

« La situation de la démocratie anglaise est particulière. Presque unique parmi les gouvernements populaires dans le monde (...) le point qui doit être spécialement souligné est que l'attitude du peuple anglais (et cela est vrai pour l'attitude et l'action législative du peuple de chaque grand pays) est déterminée moins par les avancées de la démocratie que par les circonstances historiques et, ce que certains désignent justement, comme des circonstances accidentelles. La démocratie en Angleterre a très largement hérité de la tradition du gouvernement aristocratique dont elle est l'héritière »⁹²².

324. Cette inscription dans une continuité historique fait logiquement de l'Angleterre « la demeure du conservatisme législatif »⁹²³ en même temps que cette inclination au conservatisme législatif assure la reproduction et la stabilité des institutions. Par cette simple

⁹²⁰ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*

⁹²¹ Lord Sumption, *Trials of the State*, *op. cit.*, p. 3.

⁹²² A. V. Dicey, « Lectures on the Relation between Law Public Opinion in England during the Nineteenth Century », *op. cit.*, p. 43, « *The position of the English democracy is peculiar. Almost alone among popular governments of the world, it has hitherto supported complete freedom of trade, and has on the whole, though on this matter one must speak with less certainty, favoured everything that promotes freedom of contract. Now the point to be specially noted is that the attitude of the English people (and this holds true of the attitude and legislative action of the people of every great country) is determined much less by the mere advance of democracy than by historical, and, even what one may fairly term, accidental circumstances. Democracy in England has to a great extent inherited the traditions of the aristocratic government, of which it is the heir. The relation of the judiciary to the executive, to the Parliament, and to the people, remains now much what it was at the beginning of the century, and no man dreams of maintaining that the government and the administration, are not subject to the legal control and interference of the judges. Our whole system of government, lastly, is, as it has been since 1689, essentially parliamentary. And the supremacy of Parliament involves in England constant modification of the law of the land. The English Parliament is now a legislative machine which, whatever the party in office, is kept constantly in action.* ».

⁹²³ A. V. Dicey, « Lectures on the Relation between Law Public Opinion in England during the Nineteenth Century », *op. cit.*

affirmation Dicey crée une narration de la continuité constitutionnelle⁹²⁴, l'inscrit dans une tradition qui vient impacter toute représentation ultérieure de la constitution britannique⁹²⁵.

325. Le lien ainsi tissé par Dicey entre la démocratie anglaise, « [l']amour de l'ordre, [l']esprit conservateur et [la] croyance dans les doctrines de la moralité ordinaire comme guide de la vie publique »⁹²⁶ ne se limite pas à renseigner l'état d'esprit d'une époque constitutionnelle qui semble aujourd'hui révolue⁹²⁷. Il éclaire un mode de compréhension et de représentation théorique dans lequel Dicey intègre son modèle juridique. En affirmant chez ses contemporains un esprit conservateur, le professeur oxonien dévoile son propre rapport aux changements politiques et juridiques et à la narration de ces changements. Dès lors, le lien entre l'affirmation du conservatisme du peuple britannique et le modèle du droit public diceyen s'inscrit dans une théorie politique plus large que le simple projet d'épistémologie positiviste affirmé en introduction à la première édition de *The Law of the Constitution*. Ce lien, rendu apparent dans les écrits plus tardifs de l'auteur, permet d'intégrer son modèle de droit public dans une compréhension élargie de la constitution britannique. Une compréhension où la rupture entre politique et juridique n'est pas consommée. Ces écrits, pensés avant tout comme politiques, autorisent, à l'instar de ceux de Hans Kelsen sur la démocratie⁹²⁸, un nouveau regard sur la modélisation juridique avancée par leur auteur. Un regard empreint d'une complexité nouvelle que la seule reprise du modèle pédagogique de *The Law of the Constitution* par le discours orthodoxe occulte en partie. Pourtant, loin des zones d'ombres laissées par le discours orthodoxe sur le modèle diceyen lors de sa réappropriation, la contextualisation de la pensée diceyenne et la mise en dialogue des articles et différentes éditions de *The Law of the Constitution* permettent de faire à nouveau sens des espaces laissés dans le modèle. Il est ainsi plus aisé de comprendre en quoi le projet démocratique défendu par Dicey s'appuie sur une vision conservatrice de la société où ne se dilue cependant pas les possibilités d'évolution.

⁹²⁴ C. Bell, « Constitutional Transitions: the peculiarities of the British constitution and the politics of comparison » *PL*, 2014, pp. 446-471, p. 451.

⁹²⁵ *Idem*.

⁹²⁶ R. Cosgrove, *The Rule of Law – Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, *op.cit.*, p. 159.

⁹²⁷ G. Graham, G. Webber, « A conservative disposition and Constitutional change », *OJLS*, Vol. 39, n. 3, 2019, pp. 526-552, p. 528.

⁹²⁸ A. V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, *op. cit.*, pour une analyse de l'impact de J. S. Mill sur la pensée d'A. V. Dicey, voir B. J. Hibbitts, « The politics of principle : Albert Venn Dicey and the Rule of Law », *Anglo-American Law Review*, Vol. 23, N. 1, 1994, pp. 1-31, voir aussi R. Cosgrove, *The Rule of Law – Albert Venn Dicey, Victorian Jurist op. cit.*, p. 158.

326. Le conservatisme comme élément de la compréhension démocratique de la constitution britannique. Le conservatisme diceyen n’efface pas le renforcement démocratique de la constitution britannique, pas plus qu’il n’empêche le développement d’un discours résolument individualiste et libéral. Comme le souligne Roger Scruton, le conservatisme est avant tout une posture⁹²⁹, il n’est dès lors pas le monopole d’une idéologie politique spécifique et peut donc s’accommoder tant d’un discours libéral que démocratique⁹³⁰. Enraciné dans une compréhension du politique et du juridique modelé par l’héritage d’auteurs aussi diverses que John Stuart Mill⁹³¹, Jeremy Bentham⁹³², Alexis de Tocqueville⁹³³ ou Edmund Burke, la pensée diceyenne prend pour unité fondamentale l’individu. C’est d’ailleurs peut-être dans la lecture qu’il propose de l’individualisme et de l’utilitarisme benthamien que Dicey dévoile le plus clairement l’articulation qu’il construit entre conservatisme, protection de l’individu et démocratie. En ce sens, il relève en analysant l’impact de la pensée benthamienne au Royaume-Uni dans *Relation between Law and Public Opinion* que :

« [d]urant les longs conflits qui ont fait l’histoire constitutionnelle de l’Angleterre, l’individualisme a signifié la haine des prérogatives arbitraires de la Couronne, ou, en d’autres mots, de l’autorité collective et arbitraire de l’État, et a renforcé l’effort instinctif et vigoureux pour assurer à l’anglais le plus humble le principe du rule of law »⁹³⁴, le lien entre les différents niveaux de sa pensée est rendu apparent.

Le mécanisme juridique du *Rule of law* devient le produit de l’individualisme comme disposition politique ayant « toujours trouvé sa place naturelle en Angleterre »⁹³⁵, alors même que ce dernier parce qu’il résulte de l’histoire constitutionnelle anglaise « tombe dans le conservatisme habituel des Anglais »⁹³⁶. Ainsi, là où le principe de souveraineté du Parlement

⁹²⁹ R. Scruton, *The Meaning of Conservatism*, London, Palgrave Macmillan, 2nd ed., 1984, 206 p., p. 4.

⁹³⁰ G. Gee, G. Webber, « A Conservative disposition and constitutional changes », *op. cit.*, p. 530.

⁹³¹ A. V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, *op. cit.*; pour une analyse de l’impact de J. Bentham sur la pensée d’A. V. Dicey, voir, B. J. Hibbits, « The politics of principle : Albert Venn Dicey and the Rule of Law », *op. cit.* ; de même R. Cossgrave, *op. cit.*

⁹³² B. J. Hibbits, « The politics of principle : Albert Venn Dicey and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 5.

⁹³³ *Idem.*, p. 3, « Dicey clearly regarded the individual - not classes or groups - as the essential social unit. The individual's good was the ultimate political and legal value ».

⁹³⁴ A. V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, *op. cit.*, p. 125, « During the long conflicts which have made up the constitutional history of England, individualism has meant hatred of the arbitrary prerogative of the Crown, or, in other words, of the collective and autocratic authority of the State, and has fostered the instinctive and strenuous effort to secure for the humblest Englishman the rule of law ».

⁹³⁵ *Idem.*, p. 125.

⁹³⁶ *Idem.*, p. 124.

traduisait dans le droit le projet politique et démocratique de Dicey, le principe du *Rule of law* semble devoir marquer la portée individualiste et conservatrice de la pensée diceyenne. En articulant la protection de l'individu et en l'enracinant dans la tradition, l'auteur dévoile les fondements théoriques qui précèdent le principe du *Rule of law*. Ces fondements orientent le concept analytique et explicitent son instrumentalisation lorsque Dicey s'engage sur le champ de la critique des réformes législatives de la fin du XIX^e siècle⁹³⁷.

327. En effet, si Dicey intègre dans son modèle juridique et défend la démocratisation du Parlement, la concrétisation de ce mouvement dans le monde réel ne se fait pas toujours dans le sens d'un respect de la tradition constitutionnelle britannique préexistante, telle qu'exprimée dans le principe individualiste du *Rule of law* et le conservatisme qui le soutient. Le développement des partis et surtout la reconnaissance et la montée en puissance à la fois de la pensée socialiste et du *Labour* s'opposent pour Dicey à toute vision d'une société fondée non pas sur le groupe, mais bien sur l'individu. Parce que les réformes guidées par le socialisme favorisent un interventionnisme étatique que Dicey redoute et comprend comme une menace contre les libertés des individus et qu'elles remettent en cela en cause à la fois la structure et la tradition constitutionnelle britannique⁹³⁸, le professeur oxonien va leur opposer le principe du *Rule of law*, tel que formulé dans *The Law of the Constitution* et ce quand bien même ces réformes seraient le produit du souverain juridique⁹³⁹.

328. La définition diceyenne du *Rule of law*, marqueur du conservatisme du modèle.

Ainsi, le projet démocratique porté par le modèle diceyen trouve sa limite dans les fondements théoriques du principe du *Rule of law*. « Dit autrement, le *Rule of law* fournit aussi les moyens pour la protection d'une structure politique particulière »⁹⁴⁰. Cette résistance aux changements constitutionnels portés par le principe du *Rule of law* a été l'objet de critiques de la part des auteurs de l'école fonctionnaliste qui, comme Sir Ivor Jennings, souscrivant à une approche sociale du droit, relevaient que le principe du *Rule of law* tel que défini par Dicey n'était que « l'opinion 'd'un Liberal-Unioniste conservateur de l'ère victorienne' et n'était pas en tant

⁹³⁷ A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the Eighth Edition (1915) », *op. cit.*

⁹³⁸ A. V. Dicey, cite par K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *op. cit.*, p. 9, « *the democratic ideal as understood by Englishmen is inconsistent with the ideals of socialism* ».

⁹³⁹ Pour une critique du principe de souveraineté du Parlement dans le contexte du développement des partis et des législations dites socialistes, voir A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the Eighth Edition (1915) », *Giornale Di Storia Costituzionale*, vol. 13, 2007, pp. 171-232.

⁹⁴⁰ K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *op. cit.*, p. 12.

que tel ‘une doctrine juridique’ »⁹⁴¹. Le fondement conservateur de cette résistance aux changements constitutionnelle ne se limite cependant pas à la question de nouvelles législations sociales. Elle s’exprime aussi à travers la position adoptée par Dicey face au statut de l’Irlande au sein de l’Empire britannique. Fervent unioniste, Dicey s’oppose violemment à l’adoption des *Home Rules Bills*⁹⁴² qui porteraient atteinte à la forme de l’État britannique en reconnaissant un statut spécifique à l’Irlande. Mère de toutes les batailles politiques pour Dicey⁹⁴³, la question irlandaise devient à nouveau un espace de dialogue entre les fondements politiques du modèle diceyen et les concepts juridiques construits pour représenter la constitution britannique. Ce qui est ici mis en danger n’est plus directement l’individu, mais cette fois-ci l’héritage commun produit par l’histoire constitutionnelle qui participe de l’identité britannique⁹⁴⁴.

329. En effet, si le conservatisme doit être compris selon Graham Gee et Gregory C. N. Webber comme la résultante de trois tendances distinctes que sont le traditionalisme, le scepticisme et l’organicisme⁹⁴⁵, il permet au sein de la construction diceyenne, le passage de l’individu tel que protégé par le principe du *Rule of law* à la communauté de citoyens telle que représentée par le Parlement souverain. Le conservatisme implique le « sentiment que l’identité de la communauté est entremêlée avec quelque chose qui existe à cet instant, que certains changements ne sont pas cohérents avec la continuité qui nous donne, individuellement et collectivement, le sentiment de soi »⁹⁴⁶. Il postule ainsi d’une identité collective qui parce qu’elle résulte de l’arrangement institutionnel produit par l’histoire enracine les individus dans une communauté qui leur préexiste et leur survivra⁹⁴⁷. Elle est au sens d’Edmund Burke « un partenariat non seulement entre les vivants, mais entre les vivants, ceux qui sont morts et ceux qui sont à naître »⁹⁴⁸. Transposé dans le champ du droit, le

⁹⁴¹ *Idem.*, p. 8.

⁹⁴² 1886, First Irish Home Rule Bill, 1893, Second Irish Home Rule Bill, 1912-14 Third Irish Home Rule Bill, 1920 Fourth Irish Home Rule Act.

⁹⁴³ R. Cosgrove, *The Rule of Law – Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, op. cit., p. 162.

⁹⁴⁴ A. V. Dicey, cite par M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, op. cit., p. 148, « *Federalism, as the dissolution of the United Kingdom, is absolutely foreign to the historical and, so to speak, instinctive policy of the English constitutionalists. Each successive generation from the reign of Edward I onwards has laboured to produce that complete political unity which is represented by the absolute sovereignty of the Parliament now sitting at Westminster* ».

⁹⁴⁵ G. Gee, G. Webber, « A Conservative disposition and constitutional changes », op. cit., p. 531.

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ *Idem.*, p. 532.

⁹⁴⁸ E. Burke, *Reflections on The Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event in a Letter Intended to have been sent to a Gentleman in Paris, USA*, Yale University Press, 2006, p. 80, « *It is a partnership in all science; a partnership in all art; a partnership in every virtue and in all perfection. As the ends of such a partnership cannot be obtained in many generations, it becomes a partnership not only between those who are living, but between those who are living, those who are dead, and those who are*

conservatisme comme protection de cette identité collective implique une posture particulière face aux réformes juridiques, une posture qui, consciente de la valeur de l'arrangement constitutionnel préexistant, se montrera sceptique face aux réformes avancées⁹⁴⁹ tant que ces dernières ne sauront faire la preuve de leurs avantages pour les institutions déjà existantes. Le conservatisme implique ainsi une évaluation du coût et des bénéfices des modifications de l'ordre constitutionnel⁹⁵⁰ qui trouve une illustration dans la réaction de Dicey face aux évolutions sociétales et territoriales du Royaume-Uni.

330. Néanmoins, si le conservatisme diceyen s'exprime en premier lieu dans la structure même du principe du *Rule of law* comme garantie des libertés individuelles et obstacle à l'intervention étatique, l'empreinte du conservatisme diceyen ne saurait se limiter au seul principe du *Rule of law* tel que défini dans *The Law of the Constitution*. En conditionnant le rapport que va instaurer le modèle entre son objet et la représentation qu'il en construit par le développement d'une narration des changements soucieuse de la continuité des institutions et de la valeur de ces dernières comme vecteur d'identité collective, le conservatisme diceyen n'est pas sans effet sur le modèle orthodoxe et sa reprise des principes et structures construites par le professeur oxonien. Il perdure dans le discours orthodoxe au-delà même de la réécriture du concept du *Rule of law* par l'exaltation d'un discours de la continuité.

331. Pour le professeur Martin Loughlin, le conservatisme diceyen trouve tout d'abord un héritier direct dans les écrits de Sir William Wade. Ce dernier relève que si « beaucoup [des idées de Dicey] peuvent être controversées, l'esprit de son travail est durable »⁹⁵¹. La démarche conservatrice est ici rendue double. Elle est d'abord interne au modèle lui-même en ce que William Wade va tout d'abord s'attacher à défendre « l'esprit diceyen » en réaffirmant le principe de souveraineté du Parlement⁹⁵² et en tentant de sauver le *Rule of law* diceyen tout en l'adaptant aux évolutions du droit positif⁹⁵³. S'effectue donc une démarche de conservation du modèle qui va entraîner une répétition de la pensée conservatrice interne au modèle lui-même. Ce faisant et comme pour la donnée démocratique du modèle diceyen, le discours orthodoxe

to be born. Each contract of each particular state is but a clause in the great primeval contract of eternal society, linking the lower with the higher natures, connecting the visible and invisible world, according to a fixed compact sanctioned by the inviolable oath which holds all physical and all moral natures, each in their appointed place. This law is not subject to the will of those who by an obligation above them, and infinitely superior, are bound to submit their will to that law ».

⁹⁴⁹ G. Gee, G. Webber, « A Conservative disposition and constitutional changes », *op. cit.*, pp. 530-533.

⁹⁵⁰ *Idem*, p. 531.

⁹⁵¹ H. W. R. Wade, « Law, Opinion and Administration », *LQR*, vol. 78, 1962, p. 189.

⁹⁵² M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 185.

⁹⁵³ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 186.

en ne questionnant pas la portée conservatrice au sein de la construction diceyenne lui permet de survivre en la reproduisant dans les structures mêmes du modèle orthodoxe. Chez William Wade, la reproduction du conservatisme diceyen dans le modèle orthodoxe apparaît cependant comme une démarche consciente en ce qu'il reconnaît à la fois le lien entre l'opinion du peuple et la législation⁹⁵⁴ qui conduisait chez Dicey à l'affirmation du caractère conservateur du droit positif britannique, ainsi que la nécessaire protection de l'individu comme unité fondamentale de toute construction juridique et politique⁹⁵⁵.

332. Mais, passé l'apport de William Wade dans la constitution du discours orthodoxe, il convient de souligner que le conservatisme du modèle diceyen, puis du modèle orthodoxe, porte aussi une dimension non réflexive qui semble être aujourd'hui dominante dans les discours sur le droit public britannique s'inscrivant dans l'héritage de la pensée orthodoxe. Cette dimension non réflexive de la pensée conservatrice ancrée dans le modèle orthodoxe se matérialise dans la narration que ce dernier propose du passage d'une constitution classique au sens du Professeur Denis Baranger⁹⁵⁶ à une nouvelle constitution telle que définie par le Professeur Vernon Bogdanor⁹⁵⁷. Présenté comme une transition logique, le passage d'un arrangement constitutionnel à l'autre démontre l'existence d'une narration focalisée sur la stabilité et la continuité. Le conservatisme porté par le modèle orthodoxe et découlant du modèle diceyen semble s'être tourné vers lui-même. Alors que les évolutions du droit positif se révèlent être de vraie rupture, une vraie réécriture de la constitution face au modèle constitutionnel issu de la période victorienne, la narration diceyenne des changements constitutionnels qui s'est poursuivie dans le modèle orthodoxe amène à limiter, voire nier, l'impact de ces ruptures en les rattachant à un horizon constitutionnel déjà connu. Ce principe de re-connaissance, comme acte de connaissance permettant de ne saisir la nouveauté qu'en l'absorbant dans ce qui est déjà connu, amène à une atténuation de l'impact des processus de *Devolution*, d'eupéanisation et de renforcement des droits et libertés. Le conservatisme et son principe d'enracinement dans une tradition assourdissent les narrations autres du changement prenant davantage en compte le principe de rupture. Ce phénomène, largement développé par Christine Bell trouve un exemple particulièrement clair dans les évolutions et narration faite de la constitution territoriale⁹⁵⁸. Le conservatisme n'est ici plus conscient en ce

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ B. J. Hibbits, « The politics of principle : Albert Venn Dicey and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 3.

⁹⁵⁶ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non écrite – Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*

⁹⁵⁷ V. Bogdanor, *The British Constitution in the twentieth century* *op. cit.*

⁹⁵⁸ C. Bell, « Constitutional transitions: the peculiarities of the British constitution and the politics of comparison », *op. cit.*, pp. 456-457

qu'il ne traduit pas une évaluation claire entre les avantages et inconvénients portés par les réformes, mais tend au contraire à gommer l'impact de ces réformes pour les intégrer dans une tradition préexistante et totalisante.

333. En ce sens, les professeurs Graham Gee et Gregory C. N. Webber observent que dans la multiplication des réformes la posture du conservatisme, c'est-à-dire la recherche active d'un équilibre entre ancien et nouveau s'est perdue. La tendance passive exposée par Christine Bell minore les narrations possibles du droit public, face à cette minoration, les professeurs Graham Gee et Gregory C. N. Webber appellent à un retour de la position consciente du conservatisme au-delà même du modèle orthodoxe comme position critique des réformes de la constitution⁹⁵⁹.

334. Ainsi, le modèle orthodoxe, au-delà de sa fonction scientifique, porte un projet politique en favorisant l'expression démocratique et en participant de son renforcement. Ce projet, porté par une narration héritée de la pensée de Dicey instaure un rapport particulier entre Droit, société et individus et les évolutions des rapports entre ces trois éléments. En cela, le modèle porte des traces extérieures qui participent de l'explication et du renforcement des définitions et des rapports entre les principes du modèle. Mais la perméabilité entre le discours sur le droit et l'en-dehors de son objet ne s'exprime pas dans un mouvement unique et comme le discours sur le droit se voit pénétrer par des considérations extérieures, il exerce de même une influence au-delà de son objet.

§2. La fonction identitaire du modèle orthodoxe

335. L'analyse du modèle orthodoxe a jusqu'ici montré comment ce dernier avait délimité et construit son objet en sélectionnant les sources du discours qu'il entendait représenter. Une fois la délimitation de l'objet effectué, l'étude du modèle a permis de dégager entre droit public et hors-droit public tout en soulignant la porosité de cette frontière et son affaiblissement suite à l'apparition d'un trouble entre la détermination fonctionnelle et la détermination ontologique des sources reconnues par le modèle orthodoxe. À la suite de ce premier constat de crise au sein du discours du modèle orthodoxe il a s'agit d'étudier plus spécifiquement les concepts mis en place par le modèle pour faire sens de l'objet ainsi

⁹⁵⁹ *Idem.*

déterminé. Ce qui caractérisait alors le modèle n'était pas tant la nature même des concepts créés pour structurer le discours et ainsi lui permettre de former des propositions jugées juridiquement vraies que la structure entre ces concepts qui permettaient la construction d'un principe de véridiction dans le rapport hiérarchique entre ses principes. Mais, à nouveau, le retour du discours vers le réel de l'objet tendait à remettre en cause la construction du modèle. La résilience de ce dernier a amené à un déplacement du critère de validité au-delà du critère scientifique et de la fonction descriptive du modèle. Cet écart a permis de mettre à jour des espaces de perméabilité du modèle à ses extérieurs politique et social. Il est ainsi apparu que le hors-droit innervait les structures du modèle dans un système parallèle de véridiction à celui laissé visible par le discours sur les sources et sur les concepts du modèle. Ce système parallèle laissant alors des traces dans le modèle qui participent de son orientation. Cette orientation se caractérise à la fois par la défense d'un projet démocratique et donc d'un discours sur la légitimité politique, mais aussi par la construction d'une narration particulière entre l'identité de la communauté telle que cristallisée dans les institutions et les évolutions de ces dernières.

336. Dès lors, le modèle participe de la concrétisation et de la manifestation d'identités dans le monde social et politique. S'il demeure, et ce malgré la faillite de sa fonction scientifique ce n'est pas uniquement parce qu'il est en plus de cela réceptacle d'un hors droit. Le modèle ne se confond pas avec la simple addition de sa fonction scientifique et idéologique. Autre chose se joue encore en ce que le modèle a lui-même un effet sur ce hors droit. L'influence n'est pas à sens unique. Il existe en plus du mouvement de l'extérieur vers le modèle un second mouvement du modèle vers son extérieur où ce dernier participe à son tour de la construction et de la concrétisation d'identités. Le modèle assure en cela une fonction sociale qui peut être limitée à la seule communauté des juristes (A.), mais la dépasse aussi en participant de la manifestation de l'identité constitutionnelle britannique (B.)

A. Le modèle orthodoxe comme matrice d'une identité disciplinaire

337. La discipline « droit public anglais » comme construction d'un objet de connaissance. La fonction identitaire du modèle orthodoxe se déploie d'abord à l'échelle de la seule communauté des juristes et plus spécifiquement des seuls « publicistes ». Si la dénomination de « *public lawyers* » a longtemps semblé une terminologie inadaptée ou marginale dans le système juridique britannique, l'expansion du champ du droit public à partir des années soixante-dix ainsi que le renforcement contemporain de la publicité du droit public semblent devoir lui donner une validité nouvelle. En effet, se concrétise à la fois dans le seul

monde juridique, par la multiplication de conférences⁹⁶⁰, de publications, d'associations⁹⁶¹ ou encore de blogs⁹⁶² à destination des « *public lawyers* », mais aussi au-delà du champ juridique par la multiplication de publications dans les journaux non spécialistes de tribunes ou de travaux de vulgarisation autour des questions constitutionnelles⁹⁶³ générées par la crise du Brexit, l'émergence d'une discipline « droit public ».

338. La cristallisation dans le monde social d'une identité disciplinaire autour du droit public résulte d'un double phénomène. En effet, « [l]a construction de la discipline implique (...) non seulement la reconnaissance d'un objet distinct, mais aussi le pouvoir d'en imposer les conditions sociales d'élaboration et d'apprentissage »⁹⁶⁴. Or, ce qui se joue dans le passage du modèle diceyen au modèle orthodoxe est la constitution de cette force de reproduction et de socialisation du discours sur le droit public, ce que le professeur Albane Geslin dénomme, à la suite de T. S. Kuhn, la « matrice disciplinaire »⁹⁶⁵. Cette dernière notion dépasse l'approche positiviste du découpage disciplinaire pour en dévoiler l'ancrage social. En effet, « (...) le renoncement à un modèle réductionniste de la science et la complexification que cela induit tant en amont qu'en aval » amènent à ce qu'« une théorie ne se défini[sse] pas seulement par son armature conceptuelle et propositionnelle, mais par sa soumission à des principes et des valeurs métaphysiques implicites, caractérisant un « paradigme » ou une « tradition » de recherche »⁹⁶⁶. Cette matrice prend corps au sein d'une communauté scientifique spécifique. C'est cette communauté, qui par les valeurs et méthodes qu'elle a en partage, va définir les questions auxquelles la discipline va devoir répondre. Elle se compose « de chercheurs ayant en commun une certaine spécialisation scientifique, une formation académique et professionnelle semblable, établie sur un savoir technique particulier »⁹⁶⁷ dont la continuité et

⁹⁶⁰ La création en 2014 du cycle de conférence *Public Law Conference* dédié au droit public dans les systèmes de *Common law* et plus spécifiquement du Commonwealth à l'initiative du *Centre for Public Law* de l'Université de Cambridge est un exemple de la conscience nouvelle de la constitution d'une discipline « droit public » au Royaume-Uni en partage avec les autres systèmes de *Common law*.

⁹⁶¹ A titre d'exemple : UK Constitutional Law association, <https://ukconstitutionallaw.org/>

⁹⁶² Le blog des Professeurs Mark Elliott (<https://publiclawforeveryone.com/>) et Paul Daly (<https://www.administrativelawmatters.com/>) sont des exemples de cette démultiplication des médias permettant l'expression de la discipline « droit public » au Royaume-Uni. Twitter aurait pu de même être ajouté à la liste de ces exemples.

⁹⁶³ En ce sens et à titre d'exemple, voir les éditos du Professeur V. Bogdanor dans le *Guardian*.

⁹⁶⁴ T. S. Kuhn, *Structures des révolutions scientifiques*, op. cit., p.

⁹⁶⁵ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », op. cit., p. 18.

⁹⁶⁶ J. M. Berthelot, « Programmes, paradigmes, disciplines : pluralité et unité des sciences sociales », in J. M. Berthelot (dir.), *Epistémologie des sciences sociales*, Paris, PUF, Quadrige, 2001, pp. 457-518, p. 459

⁹⁶⁷ *Ibid.*, pp.459- 460

la stabilité vont être assurées par un processus d'identification passant par l'enseignement des valeurs, des symboles et des méthodes aux nouveaux entrants dans la communauté⁹⁶⁸.

339. L'œuvre de Dicey dans *The Law of the Constitution* a précisément été de remplir la première condition de constitution d'une discipline en construisant un objet spécifique dans le champ du droit. Il a ainsi forgé une discipline au sens positiviste reconnu par Auguste Comte, c'est-à-dire un champ spécifique du savoir, ici juridique. Mais la constitution d'un « objet central » pour une activité de connaissance n'est plus regardée comme suffisant pour faire une discipline. En effet, « la discipline ne peut plus se définir à partir d'un objet qu'elle s'approprierait comme un domaine naturel, en vertu d'un découpage des objets scientifiques qui épuiserait ultimement la réalité »⁹⁶⁹. Une telle acception stricte du terme « discipline » pose un premier problème dans la porosité qui existe aux frontières de l'objet de connaissance. Cela est particulièrement vrai dans le cas de la délimitation du droit public britannique où la recherche d'une image pertinente des modes de fonctionnements de la constitution, mais aussi de l'activité de l'Administration implique un élargissement de l'activité de connaissance au-delà des seules sources juridiques. Le développement, la permanence et l'importance tant des conventions de la constitution que des pratiques administratives amènent un effacement des limites de l'objet d'étude. Si certains éléments de l'objet « droit public » sont typiques de la discipline juridique, d'autres apparaissent comme transverses à différents champs disciplinaires. Dès lors, la dispersion des sources du droit public entraîne un nécessaire dialectique avec d'autres champs de la connaissance qui prennent eux aussi pour objet les modes de fonctionnement de l'État britannique. Le débordement de l'objet au-delà des frontières strictes de la discipline telles que pensées par Dicey empêche de penser la discipline britannique du « droit public » par la seule approche de son sujet d'étude.

340. La discipline « droit public anglais » comme processus de socialisation du discours diceyen. La discipline « droit public » est donc plus que son objet de connaissance. Elle est aussi le résultat d'un processus d'institutionnalisation et de socialisation d'un discours sur un objet particulier. Or ce processus d'institutionnalisation et de socialisation du discours sur le droit public est intimement lié au développement et à la reconnaissance de l'enseignement juridique au sein des institutions de transmission de la connaissance que sont les universités. En ce sens, l'histoire universitaire britannique doit être regardée comme un facteur de

⁹⁶⁸ T. S. Kuhn, *Structure des révolutions scientifiques*, *op. cit.*

⁹⁶⁹ J. M. Berthelot, « Programmes, paradigmes, disciplines (...) », *op. cit.*, p. 461.

l'émergence de la discipline droit public. Or, ici deux dynamiques distinctes doivent être envisagées. La première est celle de la socialisation du modèle diceyen, la seconde l'institutionnalisation de l'enseignement juridique et non pas uniquement du droit public britannique. C'est en effet dans l'entremêlement de ces deux phénomènes que le modèle diceyen va rencontrer les conditions nécessaires pour sa reprise, sa réadaptation jusqu'à devenir dans le modèle orthodoxe la langue commune sur le droit public britannique, la matrice de son monde discursif.

341. Dans son ouvrage dédié à l'étude de l'enseignement juridique au Royaume-Uni, le professeur William Twining relève que :

« Si quelqu'un souhaitait écrire l'histoire académique du droit en Angleterre de la moitié du dix-neuvième siècle à 1945 en termes d'individus remarquables et de leurs idées, un certain éventail de talents pourrait être assemblé : Blackstone, Bentham, Austin, Maine, Stephen, Pollock, Dicey (...) Maitland and Jennings formeraient un échantillon raisonnable. Leurs noms sont connus, certains de leurs travaux sont toujours lus, mais ils ont laissé un héritage en termes d'idées plutôt qu'en termes d'institutions »⁹⁷⁰.

342. Ce constat s'explique dans le peu de crédit et de succès qu'a pu rencontrer l'enseignement universitaire du droit avant la seconde moitié du vingtième siècle. Si le système des anciennes universités assurait un enseignement du droit romain et du droit canon, l'instauration d'une chaire de droit anglais à Oxford en 1750⁹⁷¹ puis à Cambridge en 1800⁹⁷² ne permet pas une réelle reconnaissance du droit comme une discipline universitaire sérieuse. Suspectée par la profession juridique de ne pas assurer un enseignement aussi pratique et efficace que celui proposé par les formations professionnelles jusqu'alors réalisées au sein des *Inns of courts*⁹⁷³, la place du droit dans les universités n'est guère plus heureuse⁹⁷⁴. Ne

⁹⁷⁰ W. Twining, *The Blackstone's Tower : the English Law School*, op. cit., p. 48, « If one were to write the history of academic law in England from the mid-nineteenth century until 1945 in terms of outstanding individuals and their ideas, a passable array of talent could be assembled: Blackstone, Bentham, Austin, Maine, Stephen, Pollock, Dicey, Bryce, Anson, Vinogradoff, Holdsworth, Maitland and Jennings would make a reasonable team. Their names are remembered, some of their works are still read, but they left a legacy of ideas rather than institutions ».

⁹⁷¹ La *Vinerian Chair* est créée au sein du *All Souls College* d'Oxford pour Sir William Blackstone qui y enseignera de 1750 à 1766 avant que cette dernière ne tombe en désuétude jusqu'à la nomination d'A. V. Dicey en 1882.

⁹⁷² Création de la *Downing Chair* au sein du *Downing College* de Cambridge. La chaire fut notamment occupée par Maitland de 1888 à 1907 et par Sir I. Jennings de 1962 à 1969.

⁹⁷³ W. Twining, *The Blackstone's Tower*, op. cit., p. 47.

⁹⁷⁴ *Idem.*, p. 48, « But the story of English Law in the universities is an unhappy one ».

correspondant pas aux canons de scientificité telle qu'établie dans le système des anciennes universités, l'enseignement juridique va néanmoins bénéficier à partir des années 1860 d'un engagement plus marqué afin de le faire reconnaître comme une discipline universitaire. Si Albert Venn Dicey fait partie des figures académiques investies dans la reconnaissance du droit au sein des universités, la réelle recomposition du monde universitaire anglais n'aura lieu qu'après la Seconde Guerre mondiale⁹⁷⁵. Ainsi, en 1909, seulement 109 professeurs de droit sont recensés, environ trente fois plus le seront en 1994⁹⁷⁶.

343. Dans ce contexte qui ne permet pas une institutionnalisation solide des disciplines juridiques, l'objet « droit constitutionnel » déterminé par Albert Venn Dicey va néanmoins connaître un processus de socialisation grâce à son enseignement au sein de l'Université d'Oxford. La reprise par les professionnels du droit de concepts comme celui de la souveraineté du Parlement⁹⁷⁷ ou le rejet du droit administratif tel que formulé dans le concept du *Rule of law* diceyen⁹⁷⁸ démontre une circulation et une naturalisation des concepts du professeur oxonien⁹⁷⁹.

344. Le point d'émission du modèle dans son processus de socialisation est loin d'être neutre pour la réception et l'identification aux concepts et structures proposées par Dicey. En effet, dans un système dominé par l'aura des universités d'Oxford et Cambridge, le modèle diceyen ne rencontre que peu de concurrence. Au sein du système « d'Oxbridge », les autres propositions d'études de la constitution sont d'abord menées dans le champ de la science politique ou de l'histoire des institutions et ne constituent pas en cela une confrontation directe avec le modèle diceyen. En dehors de ce système, la *London School of Economics* va être le lieu de construction d'un paradigme concurrent pour analyser le droit public britannique. Le développement de la méthode fonctionnaliste et de son ancrage dans un présupposé politique revendiqué permet à ces auteurs de dévoiler les faiblesses du modèle diceyen sans néanmoins ne jamais parvenir à l'éclipser. Se cache ici la réalité d'un jeu de pouvoir entre les institutions universitaires. Là où la *LSE*, fraîchement créée⁹⁸⁰ et ouvertement ancrée dans une politique

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ *Ex. parte Canon Selwyn* [1872] 36 JP 54, *Vauxhall Estate Ltd v. Liverpool Corporation* [1932] 1 KB 733.

⁹⁷⁸ Le *Donoughmore Committee* fondé en 1927 pour évaluer et proposer des réformes de l'ordre judiciaire britannique, reprenant les réticences telles qu'exprimées par Dicey dans *The Law of the Constitution*, face à la création d'un système de cours administratives s'opposera à toute réforme en ce sens.

⁹⁷⁹ W. Twining, *The Blackstone's Tower*, *op. cit.*, p. 128.

⁹⁸⁰ M. Scot, *The London School of Economics and Political Science. 1895-2010*, Paris, PUF, Le nœud gordien, 2011, p. 1.

sociale⁹⁸¹ doit encore faire ses preuves, le modèle porté par Dicey bénéficie de la tradition et de la légitimité du système *Oxbridge* qui demeure le système de formation des professionnels du monde juridique en amont de leur formation pratique. Aujourd'hui encore, un simple regard aux formations des juges de la Cour Suprême suffit à démontrer le quasi-monopole des universités d'Oxford et de Cambridge sur la formation des professionnels les plus importants du système juridique britannique.

345. Si les enjeux liés au pouvoir des institutions universitaires participent de l'explication de la socialisation du modèle diceyen, ils ne liquident pas les raisons structurelles de la reconnaissance et de l'adoption de la conception diceyenne de la catégorie « droit public ». À la contingence de la structure du monde académique britannique doit être ajoutée la tradition d'enseignement dans laquelle s'inscrivent le discours diceyen puis celui de la conception orthodoxe du droit public. Si le professeur Twining retient une division du travail académique des juristes en quatre catégories⁹⁸² - travail d'exposition du droit positif, théorie du droit, proposition et évaluation des réformes du droit positif et enfin « recherche fondamentale » en droit⁹⁸³ - jusque dans les années soixante-dix, l'image classique du rôle et de la fonction des *scholars* se limite au premier type de travail académique : celui de l'exposition, du simple commentaire du droit positif.

346. Cette conception « classique », « mythique »⁹⁸⁴, mais aussi essentialiste du travail des *legal scholars* britanniques apparaît comme le résultat de la réception et de l'influence du travail de Sir William Blackstone dans ses *Commentaries* publiés à la moitié du dix-huitième siècle. Pensés comme une étude systémique et rationnelle censée servir de base à un enseignement universitaire du droit⁹⁸⁵, les *Commentaries* ont fait de leur auteur « le premier grand commentateur qui a essayé de construire une vision systémique du droit anglais comme un tout »⁹⁸⁶. Mais, si « l'objectif principal de Blackstone est pédagogique », postuler de la neutralité de son propos amènerait à une lecture partielle de son travail. En effet, s'il propose

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² À la suite du *Arthur's report* canadien, voir W. Twining, *The Blackstone's Tower*, *op. cit.*, p. 128

⁹⁸³ Cette « recherche fondamentale » se définirait comme l'ensemble des recherches en histoire, sociologie, ethnologie, épistémologie (?) interrogeant la nature du droit, voir W. Twining, *The Blackstone's Tower*, *op. cit.*, p. 128

⁹⁸⁴ W. Twining, *The Blackstone's Tower*, *op. cit.*, p. 130

⁹⁸⁵ *Idem.*, p. 131

⁹⁸⁶ *Idem.*, « *He is often held up as the first great expositor who attempted to give a systematic account of English Law as a whole* ».

un travail de systématisation du droit positif, Blackstone, tout comme Dicey dans *The Law of the Constitution* n'y sacrifie pas une vision critique de son propre système juridique⁹⁸⁷.

347. Pour autant, ce travail critique passe au second plan. N'est retenu que le travail de systématisation dans une forme d'aseptisation du discours : la critique ou au minimum la localisation du discours ne sont pas gommées, elles sont en revanche occultées et se voient habillées par la revendication d'une lecture objective, systémique, permettant à la fois de renseigner les étudiants dans leur formation professionnelle, mais aussi les professionnels eux-mêmes dans leur pratique quotidienne. L'orientation pratique de l'enseignement du droit au Royaume-Uni amène au développement et au renforcement d'une tradition de rédaction et de construction des manuels présentés comme neutres et systémiques et désignée par l'expression « *black letters Law* »⁹⁸⁸ ou encore « *textbooks tradition* »⁹⁸⁹. Cette tradition, fondée sur une apparente homogénéité des analyses se révèle peu critique des modèles lui préexistants, se contentant pour beaucoup d'en reproduire les structures et le vocabulaire et de nourrir ces structures et ce vocabulaire d'analyse de *case laws* étayant le modèle préexistant. À titre d'exemple, là où *The Law of the Constitution* construit son modèle sur une quasi-absence de références à des *case laws*, la majorité des *textbooks* contemporains reprendront les structures et concepts du modèle tel qu'adapté par le discours orthodoxe et étayeront le recours à ces derniers par la multiplication d'analyse de *case laws*.

348. Si la fonction de commentaire ou d'exposition du droit positif par les manuels de droit a peu à peu perdu de son tropisme⁹⁹⁰, la place laissée à l'enseignement des controverses autour des concepts utilisés dans le champ du droit public reste encore marginale⁹⁹¹. La controverse n'est pas retenue comme méthode d'enseignement⁹⁹², bien que la contestation des méthodes d'enseignement à partir des années soixante-dix et la réception britannique du courant des *Critical Legal Studies* américaines participe de l'émergence de nouveaux modes d'enseignement, laissant une place plus large à la contextualisation de la pensée des auteurs et à la dés-essentialisation de la fonction des *legal scholars*⁹⁹³.

⁹⁸⁷ *Idem.*, p. 131

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ W. Twining, *op. cit.*, p. 141-142

⁹⁹¹ Il sera néanmoins relevé la large place laissée à l'exposition d'une controverse doctrinale par un auteur comme le professeur P. Craig dans son manuel de droit administratif, autour de la doctrine de l'*ultra vires*. Voir en ce sens, P. Craig, P. Craig, *Administrative Law, op. cit.*, Chapitre 1.

⁹⁹² C. Atias, « La controverse et l'enseignement du droit », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n° 2, pp. 107-123

⁹⁹³ W. Twining, *The Blackstone's Tower, op. cit.*, p. 142

349. La discipline « droit public anglais » comme processus d’institutionnalisation du discours diceyen. À ce processus de socialisation va s’ajouter dans la seconde moitié du vingtième siècle un véritable processus d’institutionnalisation de l’enseignement juridique. Ce n’est en effet que dans l’après-guerre que l’enseignement juridique va véritablement se constituer en milieu universitaire⁹⁹⁴. Ce processus culmine dans les années soixante-dix dans la réforme de l’avocature, imposant désormais l’obtention d’une licence universitaire en droit et le respect d’un programme spécifique au titre duquel le droit public est une matière nécessaire. À ce phénomène interne au monde académique, s’ajoute les effets politiques et sociétaux du contexte des années soixante-dix, quatre-vingts : l’intégration européenne, les interrogations autour du respect des droits et libertés dans le contexte nord-irlandais et du gouvernement Thatcher, participent à un questionnement plus large sur la place du droit public dans la société. Le modèle orthodoxe, clairement établi à cette période après la redéfinition formelle du principe de *Rule of law* prodigue l’univers discursif au sein duquel l’ensemble de ces phénomènes vont être saisis dans le droit. Cet univers formé par « les ‘généralisations symboliques’ en tant qu’ ‘expressions employées sans questions ou dissensions par les membres du groupe’ ; les croyances, métaphores et analogies auxquelles adhèrent collectivement les membres de la communauté scientifique ; les valeurs telles que celles d’exactitude, de cohérence interne et externe, de plausibilité, etc. ; les paradigmes, au sens strict, en tant qu’exemples communs, solutions à des énigmes permettant de résoudre les nouvelles énigmes qui émergent »⁹⁹⁵ se caractérise par la structure de l’univers qu’il construit, mais aussi la grammaire qu’il engendre pour parler la langue de son discours. Ces structures, cette grammaire en ce qu’elles survivent au-delà d’une reproduction fidèle du modèle orthodoxe dans des discours postérieurs censés s’opposer à la construction scientifique du modèle, démontre sa permanence comme matrice disciplinaire. Si cette dernière est contestée, elle n’est pour le moment pas supplantée.

350. Plus encore, au-delà même du champ académique, le souhait de réforme politique de la constitution fait des modes de représentation et de compréhension du droit public un sujet d’actualité. Il démontre par là même l’utilité sociale en dehors du cadre universitaire de ces modèles dont la publicité en dehors du champ juridique se renouvelle ou se poursuit dans la

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 141

⁹⁹⁵ A. Geslin, « L’importance de l’épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*, p. 18-19

crise du *Brexit*. Ainsi, « La connaissance scientifique n'échappe pas à ces influences sociales, qu'elle détermine en retour »⁹⁹⁶.

B. La matrice d'une identité constitutionnelle

351. Le principe de souveraineté du Parlement au cœur de l'identité constitutionnelle britannique. « Au fond, le vote pour le Brexit porte sur la suprématie du Parlement. Tout le reste n'est que du bruit »⁹⁹⁷. La formule, issue d'un article publié par Ambrose Pritchard, éditeur au Daily Telegraph, a pour elle le mérite d'explicitier le slogan affiché par les soutiens du « *Leave* » lors de la campagne pour le référendum de 2016 sur la sortie de l'UE. « *Let's take back control* », devenue le leitmotiv des *Brexiters*, l'expression articule l'ensemble des enjeux liés à la sortie de l'Union autour de la question de la souveraineté. Considérée comme « la question la plus importante »⁹⁹⁸ de ce moment constitutionnel, elle cristallise toutes les tensions et craintes des démocraties occidentales. Pourtant, s'il semble évident pour Ambrose Pritchard que le « *take back control* » des *Brexiters* signifie un retour de pouvoirs vers le Parlement, tant l'adoption du *EU (withdrawal) Act* que la crise politique et constitutionnelle amorcée fin août 2019 entre le Premier ministre et le Parlement⁹⁹⁹ tendent à démontrer un déplacement des pouvoirs prétendus comme devant revenir au Parlement au-delà de la portée de ce dernier. La lenteur et la frustration nécessaire au processus de délibération au sein de la Chambre des Communes et plus largement aux mécanismes démocratiques au sein des régimes parlementaires, se voient dénoncées tant par le Gouvernement et son Premier ministre que par les mouvements populistes au-delà des frontières du Parti Conservateur. Le Parlement serait ainsi un obstacle à la réalisation de la volonté du peuple.

352. Face à ce constat, la crise constitutionnelle sous le gouvernement Johnson concrétise une polarisation entre deux conceptions de la souveraineté et de sa localisation. D'un côté l'efficacité de la couronne qui prétend vouloir et pouvoir réaliser la volonté du peuple telle qu'exprimée en 2016, de l'autre les défenseurs d'un processus politique tel qu'organisé au

⁹⁹⁶ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*, p. 18.

⁹⁹⁷ Ambrose Evans Pritchard, « Brexit vote is about the supremacy of Parliament and nothing else », 13 June 2016, *The Telegraph*, <http://www.telegraph.co.uk/business/2016/06/12/brexit-vote-is-about-the-supremacy-of-parliament-and-nothing-els/>, cité par Juliette Ringeisen-Biardeaud, « "Let's take back control": Brexit and the Debate on Sovereignty », *Revue Française de Civilisation Britannique* [En ligne], XXII-2 | 2017, mis en ligne le 30 mai 2017, consulté le 16 septembre 2019. URL: <http://journals.openedition.org/rfcb/1319> ; « *At heart, the Brexit vote is about the supremacy of Parliament. All else is noise* ».

⁹⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹⁹ H. Dindjer, « Prorogation as a Breach of Parliamentary sovereignty », *UK Constitutional Law Association Blog*, consulté le 17 septembre 2019, disponible à: <https://ukconstitutionallaw.org/2019/09/16/hasan-dindjer-prorogation-as-a-breach-of-parliamentary-sovereignty/>

sein de la démocratie parlementaire revendiquent la nécessité du processus délibératif au sein du Parlement. Le schisme entre ceux affirmant défendre une souveraineté fondée sur le peuple et ceux qui ne reconnaissent que la souveraineté du Parlement¹⁰⁰⁰, réveille alors, sous la plume de certains auteurs politiques, les termes de la Guerre civile en opposant « têtes rondes » et « cavaliers »¹⁰⁰¹.

353. La crise, tant dans la violence de son propos que dans les mythes et fantômes qu'elle cherche à réveiller¹⁰⁰², démontre que la question de la souveraineté du Parlement est au cœur de l'enjeu identitaire qui a saisi le Royaume-Uni. La décision de la *Supreme Court of England and Wales* rendue le 24 janvier 2017 a clairement replacé au cœur de l'identité constitutionnelle britannique le principe de souveraineté du Parlement. En rappelant que la constitution britannique « s'est développée dans le temps de manière pragmatique et en suivant des principes, à travers la combinaison de lois, d'évènements, de conventions, d'écrits académiques et de décisions judiciaires »¹⁰⁰³, elle reconnaît l'impact qu'ont pu exercer sur le développement de cette constitution et donc, de son identité, les écrits d'A. V. Dicey et de ses pairs. Les citations de *The Law of the Constitution* dans l'argumentaire de la décision renforcent ce principe de reconnaissance. Ainsi, la « (...) souveraineté du Parlement est un principe fondamental de la constitution britannique (...). Il a été parfaitement résumé par le Professeur Dicey comme signifiant que le Parlement «le droit de faire ou défaire n'importe quelle loi, et de plus, qu'aucune personne ou organe n'est reconnu par la loi comme ayant le droit de contredire ou d'écarter la législation du Parlement »¹⁰⁰⁴. Les références appuyées à la formulation diceyenne n'ont pas été sans soulever interrogations et critiques dans le monde académique. En effet, le recours à la formulation originelle du principe apparaît comme un pas en arrière après que la notion ait été reconnue, saisie et modifiée par la *common law*¹⁰⁰⁵.

354. Pour autant, cette décision semble devoir démontrer que tant le modèle diceyen que derrière lui la représentation catégorielle proposée par le discours orthodoxe, fournissent un principe de narration légitime pour évoquer la constitution britannique et ses changements

¹⁰⁰⁰ Renvoie à la vision de Dicey, pas le même ordre normatif, question de l'affaiblissement du parlement comme traducteur de la volonté du peuple dans le contexte de l'intégration européenne.

¹⁰⁰¹ Guillaume Clément, « "Roundheads vs Cavaliers" : The British Constitution and Parliamentary sovereignty in the face of Brexit », *Observatoire de la société britannique*, vol. 21, N°1, pp. 35-50.

¹⁰⁰² Entre les références appuyées à Henry VIII ou Charles Ier, l'histoire des seizième et dix-septième siècles britanniques comportent un lot de figures et fantômes que les deux camps n'ont de cesse d'investir.

¹⁰⁰³ R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5, pt. 40, « *Our constitutional arrangements have developed over time in a pragmatic as much as in a principled way, through a combination of statutes, events, conventions, academic writings and judicial decisions* ».

¹⁰⁰⁴ *Idem.*, pt. 43

¹⁰⁰⁵ En ce sens, voir, *supra*, par. 205 et suiv.

constitutionnels. Le terme « identité constitutionnelle » n'est certes pas directement utilisé par la *Supreme Court*, mais la reconnaissance par cette dernière du principe de souveraineté du Parlement et en parallèle de la narration du modèle diceyen puis du modèle orthodoxe dans le développement de la constitution britannique semblent autoriser la conclusion suivante : le modèle diceyen et ses reprises participent de la formation d'une identité constitutionnelle britannique. Identité aujourd'hui directement interrogée par les crises institutionnelles et constitutionnelles liées au *Brexit*.

355. La notion d'identité constitutionnelle fait partie de ces concepts juridiques contemporains au succès certain. Bien que trouvant ses racines dans la doctrine allemande, son développement dans le cadre de l'intégration européenne ainsi que son opposition à la notion d'identité nationale en font un sujet de débat récurrent tant du côté du droit interne¹⁰⁰⁶ que du droit européen. Poussant l'analyse de la notion au-delà de sa dimension de droit positif, l'« identité constitutionnelle » trouve un cadre théorique dans la littérature anglo-saxonne avec, notamment, le travail d'auteurs comme Gary Jeffrey Jacobsohn¹⁰⁰⁷ ou Michel Rosenfeld¹⁰⁰⁸. Si ce dernier en retient la définition suivante : « Premièrement, il y a une identité qui dérive du fait d'avoir une constitution – les régimes avec une constitution diffèrent de ceux qui n'en ont pas ; deuxièmement, le contenu d'une constitution fournir des éléments identitaires distincts – une constitution fédérale organise un type de gouvernement différent qu'une constitution établissant un État unitaire centralisé ; et troisièmement, le contexte dans lequel une constitution fonctionne semble jouer un rôle important dans la formation de cette identité – différentes cultures comprennent les droits fondamentaux de manière différente et parfois contradictoire »¹⁰⁰⁹, l'apport de son travail de conceptualisation réside dans la citation selon laquelle « l'identité constitutionnelle peut être construite sur la base de la mêmété et d'ipséité, ou plus précisément, fondé sur une interaction dynamique entre les projections de mêmété et les images d'ipséité »¹⁰¹⁰.

356. L'identité constitutionnelle apparaît dès lors comme un mécanisme de médiation entre d'un côté la constitution d'un « nous », immuable dans sa différenciation avec les autres sujets constitutionnels et qui se dote d'une constitution et de l'autre, la réalité d'un processus

¹⁰⁰⁶ M. C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, *op. cit.*, p. 403 et suiv.

¹⁰⁰⁷ G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Harvard University Press, 2010, 394 p.

¹⁰⁰⁸ M. Rosenfeld, *The identity of the Constitutional subject: Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge editions, 2009, 344 p. M. C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, *op. cit.*, p. 403 et suiv.

¹⁰⁰⁹ M. Rosenfeld, « Constitutional identity », In. M. Rosenfeld, A. Sajo (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012, pp. 756-773, p. 756.

¹⁰¹⁰ M. Rosenfeld, « Constitutional identity », *op. cit.*, p. 757.

d'individualisation continue et d'adaptation permanente. C'est ainsi dans la dialectique permanente entre le soi-constitutionnel et l'autre-constitutionnel que se construit la notion d'identité constitutionnelle¹⁰¹¹. Cette dernière n'est cependant pas la seule identité à modeler la communauté politique régie par la constitution. En effet, en ce qu'elle « ne peut à elle seule constituer l'identité collective puisque la nation trouve ses fondements dans des préconditions constitutionnelles »¹⁰¹², elle doit ainsi jouer, au niveau de l'ensemble de la communauté face à l'identité nationale avec laquelle elle ne serait se confondre¹⁰¹³. Si dans le cas français ou le cas allemand, l'identité nationale précède et conditionne l'identité constitutionnelle, la relation se voit inverser dans le cas de la constitution des identités nationales et constitutionnelles américaines. Dans le cas britannique, Michel Rosenfeld relève que « dans une constitution qui est « maturée » (...) contrairement à une constitution qui est « faite » comme les constitutions américaine, française ou allemande, il peut être difficile de différencier entre l'identité constitutionnelle, d'un côté, nationale et les autres identités extra-constitutionnelles, de l'autre »¹⁰¹⁴. Dans ce cas précis, les différentes identités semblent imbriquées et concomitantes. Parce que la constitution britannique est non écrite, son identité se révèle immanente¹⁰¹⁵ contrairement à celle construite par l'adoption de constitutions écrites. Ces dernières offrent dans l'adoption d'un document écrit la matérialisation de l'identité constitutionnelle en même temps que l'intégration dans ce document d'un préambule, d'une déclaration de droit permettent la construction de ce « nous » qui assure le passage d'une communauté reconnue politiquement vers une communauté constituée juridiquement¹⁰¹⁶.

357. En ce que la conception moderne de la constitution, comme charte fondamentale que se donne le peuple, n'est pas le modèle de la constitution britannique, la plupart des textes à valeur constitutionnelle adoptés étant avant tout des traités entre la Couronne et certaine faction de la société, le principe de renforcement et de démocratisation et leur narration dans le principe de souveraineté du Parlement tel que défini par Dicey puis le discours orthodoxe assurent le rôle de concrétisation du « nous » britannique, lui donnant une consistance qui

¹⁰¹¹ S. Bernabib, « On Michel Rosenfeld's the identity of the constitutional subject », *Cardozo Law Review*, Vol. 33, N°5, pp. 1889-1906, p. 1889 « *This is because all identity, including constitutional identity, is not "sameness," but rather a process of selfhood formation. Just as the self is an "I" because it can build a narrative as well as practical identity that enables it to act as an agent in the world by differentiating itself from others around it, collectivities too, such as "we, the people," form an identity across time by differentiating themselves from others* ».

¹⁰¹² M.-C. Ponthoreau, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *VIIe Congrès mondial de l'AIDC*, Athènes, 11-15 juin 2007

¹⁰¹³ M. Rosenfeld, *The identity of the Constitutional subject: Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, op. cit., p. 2

¹⁰¹⁴ *Idem*, p. 164

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ *Idem*, p. 34

n'existe pas sans le principe de représentation du Parlement. Il rend tangible ce qui semblait diffus et insaisissable autrement que dans son historicité. Il lui donne corps, un ici et maintenant, résumé dans un concept pensé pour la seule constitution britannique. En ce sens, le professeur Neil Walker observe que :

« Symboliquement, la souveraineté du Parlement a pendant longtemps fourni un objet d'affirmation continue et d'identification renforcée au sein de notre culture politique. Elle a aidé à concrétiser la notion d'évolution – d'une gradation constitutionnelle – (...) De plus la souveraineté du Parlement a fourni une ancre pour la notion plus large d'une constitution britannique non écrite, l'autorisant à être dépeinte comme une pratique supérieure du constitutionnalisme documentaire plutôt qu'un second choix »¹⁰¹⁷.

358. Le principe de souveraineté du Parlement permet en effet la concrétisation d'un *demot* dans le monde juridique. Il permet aussi d'assurer l'intégration des identités fragmentées internes en formant, suite à l'*Act of Union*, un Parlement censé représenter différentes Nations du Royaume-Uni. Plus encore, et parce que tant dans sa formulation diceyenne qu'orthodoxe la modélisation du discours britannique ne vise pas une portée universaliste, le principe de souveraineté du Parlement assure un discours de différenciation avec les autres traditions constitutionnelles tout en permettant par sa donnée conservatrice une narration du changement assurant la médiation entre l'identité symbolique de la constitution et ses adaptations dans le droit positif¹⁰¹⁸.

359. Néanmoins, cette narration, bien qu'elle soit elle-même adaptative¹⁰¹⁹, reste intimement liée à un contexte politique spécifique : celui de l'ancienne constitution. Celle-ci « comprenait à la fois une dynamique distincte – la trajectoire évolutionnaire d'un développement adaptatif décrite parfaitement par Walter Bagehot, et une doctrine distincte – la souveraineté du Parlement, sacralisée par Dicey comme la clef de voûte de notre constitution. L'accord entre les deux est clair, vraiment symbiotique »¹⁰²⁰. Or, la succession dans la seconde moitié du

¹⁰¹⁷ N. Walker, « Our constitutional unsettlement », *PL*, 2014, pp. 529-548, p. 531.

¹⁰¹⁸ *Idem*, p. 530, « *The sovereignty of Parliament is, first, a clear expression and vehicle of an evolutionary constitutional logic. In holding that the Crown-in-Parliament always retains the last (or rather, latest) legislative word both against its own previous authority and against any and all other sources of law and claims to legal authority, the doctrine treats any and all laws as subject to change by ordinary legislative process and so facilitates an incremental approach to the reform of the content of the constitution* ».

¹⁰¹⁹ *Idem*, p. 531, « *Instrumentally, not only was parliamentary sovereignty a vehicle of gradual adaptation of the content of the constitution, but it was itself also a gradually adapted and adaptable vehicle* ».

¹⁰²⁰ *Idem*, « *the "old constitution" 4 comprised both a distinctive dynamic—the evolutionary course of adaptive development so vividly portrayed by Walter Bagehot, 5 and a distinctive doctrine—the sovereignty of Parliament,*

vingtième siècle des réformes constitutionnelles en fournissant le moyen d'une transition de l'ancienne constitution britannique vers une nouvelle constitution vient rompre cette symbiose entre l'identité politique et l'identité constitutionnelle. Elle affaiblit la valeur de cette dernière à mesure que l'intégration européenne, l'adoption d'une déclaration de droit, la modification de la forme de l'État effacent l'altérité qui préexistait entre la constitution britannique et d'autres constitutions occidentales.

360. La crise de l'identité nationale britannique. Parallèlement, l'identité nationale britannique s'est elle-même affaiblie¹⁰²¹. Lord Sumption constate ainsi que « le premier point et le plus évident est le déclin du sentiment britannique de sa propre destinée historique et de sa signification globale (...). Le politiste américain Rogers Smith a suggéré que chaque communauté politique dépend pour construire son identité sur ce qu'il appelle 'une histoire constitutive', une mémoire historique explique qui nous sommes et pourquoi nous formons une communauté tous ensemble. (...) Dans la dernière moitié de siècle, il y a eu un déclin frappant de la confiance britannique dans la valeur particulière de sa propre expérience collective »¹⁰²². Ce phénomène a conduit à la résurgence d'identités locales et permis le renforcement des revendications identitaires au sein des nations composants le Royaume-Uni. Si le processus de *Devolution* tente de donner une réponse juridique articulant à la fois l'identité nationale britannique, les identités locales, elle participe aussi de la modification d'une identité constitutionnelle que le discours orthodoxe tente d'absorber et de naturaliser afin de ne pas remettre en cause le « nous » matérialisé par le principe de souveraineté du Parlement¹⁰²³. Si cet affaiblissement infranational de l'identité politique affaiblit l'identité constitutionnelle, il en va de même avec la dispersion européenne et globale de cette même identité¹⁰²⁴. Dans ce contexte, le réinvestissement par la langue des juges et par les *scholars* de divers mythes, de diverses figures historiques¹⁰²⁵ apparaît comme la tentative de renouer

famously canonised by Dicey as the keystone of our constitution. 6 The basic fit between the two is clear, indeed symbiotic ».

¹⁰²¹ R. Weill, « We the British people », *PL*, 2004, pp. 380-406, p. 380, « *When a great entity like the British Constitution has continued in connected outward sameness, but hidden inner change, for many ages, every generation inherits a series of inapt words--of maxims once true, but of which the truth is ceasing or has ceased ».*

¹⁰²² Lord Sumption, « The disunited kingdom: England, Ireland and Scotland », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, N°1, pp. 139-158, pp. 154-155.

¹⁰²³ *Idem*, p. 155.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, « *In a world which is at the same time more globally minded and more locally minded, to be British seems less important. Whether this is a pity or not, I leave to you to judge. For the moment, it is a fact ».*

¹⁰²⁵ Les relectures et réinterprétations des arrêts de Sir E. Coke en fonction du discours du *common law constitutionalism* ou du *legal constitutionalism* en sont une illustration. De manière générale, le retour vers les grandes figures du XVII^e siècle attestent dans le champ juridique d'une tentative de ré-enracinement du droit public dans une tradition qu'il avait semble-t-il oublié. S'y joue certainement un processus de légitimation du discours du droit au-delà même de son principe de légalité. Il sera néanmoins intéressant de noter que dans la sphère

avec une narration qui a longtemps permis de faire tenir main dans la main identité nationale et identité constitutionnelle. En ce sens et comme le rappelle Lord Sumption, « les luttes de la Couronne et du Parlement au XVII^e siècle n'ont pas seulement nourris les mythes de l'identité nationale au XVIII^e siècle, mais semblaient jusqu'à très récemment être partout le paradigme du développement de la liberté constitutionnelle »¹⁰²⁶. Leur redonner corps dans le discours du droit et le discours sur le droit apparaît comme une tentative du monde juridique pour redonner forme à un « nous » que les mécanismes identitaires tant nationaux que constitutionnels ne semblent plus pouvoir contenir. Mais, comme le relève Neil Walker en conclusion à son article « *Our constitutional unsettlement* » publié en 2014 :

« Les constitutions, pour me répéter, sont à la fois des moyens normatifs d'organiser l'intégrité d'un régime politique et des moyens expressifs de symboliser l'identité d'un peuple. (...) Peut-être, néanmoins, ce lien intime est menacé tout comme la manière par laquelle la symbolique constitutionnelle a souligné l'identité politico-culturelle. Peut-être les nouvelles étapes de l'évolution constitutionnelle plutôt que de manifester et consolider les singularités politiques et culturelles vont finir par renforcer le rôle du droit comme médiateur et accommodateur de l'absence d'une telle relation particulière. Peut-être alors notre droit constitutionnel deviendra plus une éducation aux limites et à la fragilité des interdépendances des communautés politiques, et moins une force qui cherche à revendiquer l'unité de n'importe laquelle de ces communautés. L'incertitude constitutionnelle, si observée en face peut-être se révéler la « moins pire » des solutions dans un monde où la souveraineté constitutionnelle, à la fois comme un concept organisateur et un élément d'appartenance, n'est plus ce qu'elle était »¹⁰²⁷.

politique, or le récent retour aux figures de la Guerre civile dans le contexte de la crise constitutionnelle entre la Couronne et le Parlement, les figures historiques et les mythes utilisés pour redéfinir l'identité de la communauté se trouvaient davantage situés dans le XX^e siècle et plus particulièrement celles liées à la Seconde Guerre Mondiale et à la résistance Britannique contre le régime nazi. Si les mythes historiques réinvestis par le discours juridique pour matérialiser l'identité constitutionnelle sont des mythes purement internes, qui permettent une narration de l'organisation et de la structuration des pouvoirs au sein de la constitution, les mythes réinvestis par le discours politique reposent sur un discours d'altérité où cette dernière est présentée comme menaçante.

¹⁰²⁶ Lord Sumption, « The disunited kingdom: England, Ireland and Scotland », *op. cit.*, p. 155

¹⁰²⁷ N. Walker, « Our constitutional unsettlement », *op. cit.*, p. 548, « *Constitutions, to repeat, are both normative ways of organising the integrity of a polity and expressive means of symbolising the identity of a people. Often they are emphatically both, as they have been in the United States, and even when one dimension outweighs the other, they usually remain intricately linked. Perhaps, however, that intimate link is under threat, together with the more divisive ways in which constitutional symbolism has underlined politico-cultural identity. Perhaps the new state of constitutional unsettlement, rather than tracking and reinforcing politico-cultural singularity will come to stress law's role in mediating and accommodating the very absence of such singular relationships.*

361. Dans ce contexte de crise des identités politique et constitutionnelle le rappel à la fonction normative du principe de souveraineté du Parlement tel que construit et encadré par la narration du modèle orthodoxe appuyé sur le discours diceyen permet de souligner en quoi ce mode de représentation de la constitution britannique implique plus qu'une simple représentation scientifique de son objet. Parce qu'il porte des traces du monde hors du droit et laisse à son tour des traces hors du droit, son dépassement appelle plus qu'un simple processus de falsification scientifique. Son ancrage culturel et politique construit pour lui un principe de vérité complexe et hétérogène qui ne peut se lire uniquement dans la langue du droit positif. Plus encore et parce qu'il porte la culture qui le porte, le modèle orthodoxe devient lui-même une trace qui hante toutes les tentatives pour le dépasser. Il survit ainsi, de manière éclatée, dans les discours qui cherchent à redélimiter et repenser les limites de l'univers discursif sur le droit public britannique.

Section 2. Les survivances du modèle orthodoxe au-delà de la fonction de modèle scientifique

362. La conception d'un droit public athéorique¹⁰²⁸, inscrit dans le programme méthodologique diceyen et ayant servi de matrice au modèle orthodoxe, entre en crise au tournant des années soixante-dix/quatre-vingts. Annoncée par les auteurs fonctionnalistes des années vingt, cette crise émerge alors que s'effectue un changement de vocabulaire dans la langue du droit. Tandis que sous les effets conjugués des crises du *Welfare State* et de la guerre civile en Irlande du Nord, le système juridique britannique quitte peu à peu la langue du droit comme commandement¹⁰²⁹ hérité de l'époque victorienne, pour entrer dans la langue des droits et libertés véhiculée par l'europanisation, le discours académique abandonne pour

Perhaps, then, our constitutional law will become more an education in the limits and fragile interdependence of political communities, and less a force that seeks to vindicate the underlying unity of any one community. Constitutional unsettlement, if looked squarely in the face, may turn out to be a "least worst" solution for a world in which constitutional sovereignty, both as an organising device and as a measure of belonging, is not what it used to be ».

¹⁰²⁸ M. Loughlin, *Sword and Scales*, op. cit., pp. 20.

¹⁰²⁹ *Idem.*, p. 28.

partie le champ de l'exposition et de la description du droit positif. Il effectue un « tournant théorique »¹⁰³⁰ devant redéfinir la structure et la fonction même de son univers discursif.

363. Des difficultés du modèle orthodoxe, héritées de la pensée diceyenne, à rendre compte du réel du droit positif, apparaît l'« idée que le travail et le point de vue des publicistes [puisse être] « non politique » était illusoire »¹⁰³¹. Cette illusion, dénoncée en ce qu'elle empêche les juristes de se saisir efficacement des problématiques contemporaines du droit public britannique, est décrite comme un mensonge méthodologique et idéologique¹⁰³². Face à elle, la construction de nouvelles écoles du droit public¹⁰³³ propose de réenraciner explicitement les représentations du droit dans la théorie¹⁰³⁴, de rouvrir le droit à son extérieur. Il ne s'agit plus de rechercher et de mettre à jour les traces du hors-droit dans les mots du droit comme le propose Pierre Legrand, mais de rechercher, d'affirmer ces traces jusque dans la pensée du droit¹⁰³⁵. Ce tournant effectué, toute compréhension des modèles académiques du droit public britannique ne peut plus faire l'économie d'une étude des valeurs animant ses modèles. Toute étude du droit public britannique contemporain devient une dynamique, un dialogue entre les structures du droit et du hors droit.

364. Ce tournant théorique ne correspond pas à la police discursive instaurée par le modèle positiviste au sein du discours orthodoxe sur le droit public britannique. Pourtant le modèle produit par ce dernier ne disparaît pas dans la contestation de sa méthode ou la faillite de sa fonction scientifique. Le modèle orthodoxe, comme le hors droit politique ou moral qui participe des nouvelles représentations du droit public britannique, laisse, lui-aussi, des traces épistémologiques, discursives et culturelles qui participent de la modélisation des mondes discursifs qui lui survivent. Il est le monde ancien dans lequel s'inscrit, et contre lequel écrit, le renouveau théorique du discours du droit public britannique, mais, qui, sans lequel, sans les

¹⁰³⁰ S. Tschorne Venegas, *The theoretical turn in British public law scholarship*, *op. cit.*

¹⁰³¹ *Idem*, p. 20.

¹⁰³² J. McAuslan, « Administrative law and administrative theory: the dismal performance of administrative lawyers », *Cambrian Law Review*, 1978, cite par S. Tschorne Venegas, *The theoretical turn in British public law scholarship*, *op. cit.*, p. 44, « By refusing to engage in open and explicit political debate, by refusing to question the assumptions and ideologies of the present administrative law and its creators, by refusing to grapple with and make use of the ideas and theories of other disciplines, we are adopting a highly conservative position. We are saying implicitly: 'everything is basically all right; the law and the lawyers have a sufficiency knowledge and skill to put right anything that is wrong. We have no need to draw on skills and knowledge from outside our field and no benefits will be gained by doing so'. To adopt and to continue to adopt such a position does a disservice to society and in my view weakens our credibility as useful scholars in and analysts of society and its laws ».

¹⁰³³ S. Tschorne Venegas, *The theoretical turn in British public law scholarship*, *op. cit.*, pp. 10-21

¹⁰³⁴ Il convient de relever que les frontières de la *jurisprudence* britannique ne sont pas les mêmes que celles de la théorie du droit continentale et intègre une dimension de théorie politique bien plus grande.

¹⁰³⁵ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, pp. 209-247, p. 232.

traces duquel, ces représentations nouvelles ne pourraient faire sens¹⁰³⁶. Ainsi, la structure du modèle perdure et se voit réinvestie par le discours prescriptif du *political constitutionalism* afin de garantir et protéger le projet démocratique que Dicey avait déjà identifié au cœur de la constitution et que le modèle orthodoxe avait poursuivi (§1.). De même, la « grammaire »¹⁰³⁷ du droit public produite par le discours orthodoxe laisse des traces au-delà de sa structure. Elle définit le monde dans lequel pensent et construisent les modèles postérieurs, y compris ceux qui rejettent la structure identitaire du modèle pour construire de nouvelles catégories du droit public britannique (§2.).

§1. La survivance de la structure du modèle orthodoxe

La structure propre au modèle orthodoxe en articulant le principe de souveraineté du Parlement et celui du *Rule of law* garantit une hiérarchie entre les institutions qui n'est pas neutre. En assurant la supériorité du Parlement sur les cours de *common law*, le modèle orthodoxe propose et défend une lecture de la démocratie britannique passant par la représentation des citoyens au sein de la Chambre des Communes. La légitimité démocratique de cette dernière est la source de son pouvoir politique et juridique que le modèle place dans le concept de souveraineté du Parlement. Or, dans le droit positif ce concept juridique a été, pour partie, vidé de son essence par l'eupéanisation du système et la constitutionnalisation du discours de la *common law*¹⁰³⁸. La faillite du principe juridique dans le droit positif affecte les représentations de ce dernier et amène à la remise en cause de la structure démocratique du modèle orthodoxe. Face à cette remise en cause de la lecture démocratique de la constitution, les discours du *political constitutionalism* se proposent de réinvestir la structure du modèle avec de nouveaux fondements théoriques (A.) qui, en redéfinissant les concepts du modèle (B.) participent de la défense du projet démocratique de la constitution britannique.

¹⁰³⁶ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p.232.

¹⁰³⁷ G. Gee, G. Webber, « A Grammar of Public Law », *German Law Journal*, Vol. 14, n°12, 2013, pp. 2137-2156

¹⁰³⁸ En ce sens, voir, *infra*, par. 848 et suiv.

A. Le réinvestissement de la structure du modèle orthodoxe par le *political constitutionalism*

365. L'émergence du « political constitutionalism ». Jusqu'alors le terme « *political constitutionalism* » a été utilisé pour qualifier un ensemble de discours dont le point commun résidait dans la défense de la souveraineté du Parlement comme règle au fondement du système juridique britannique¹⁰³⁹. Le projet défendu y est toujours apparu le même : assurer la primauté du Parlement comme source de pouvoir et de légitimité juridique. Cette légitimité, au cœur même du modèle orthodoxe, permet de penser le Parlement comme législateur suprême et comme véritable élément de contrôle et de limitation de l'action de la Couronne¹⁰⁴⁰. Néanmoins, si cette première définition a permis de tracer une ligne claire entre deux types de discours se faisant face, celui du « *political constitutionalism* » et celui du « *common law constitutionalism* », elle doit être précisée. En effet, une fois entendu que *political* et *common law constitutionalism* se distinguent l'un de l'autre par l'institution qu'ils reconnaissent au cœur de la constitution et à la source d'un gouvernement modéré, il apparaît que la centralité du Parlement défendue par les discours des *political constitutionalists* peut se voir justifier sur deux plans distincts : soit cette supériorité est fondée en droit, soit elle l'est en politique. La première justification renvoie au concept diceyen de souveraineté juridique du Parlement et derrière lui au modèle orthodoxe¹⁰⁴¹. Or, la saisie par le juge du principe de souveraineté du Parlement et les évolutions du système juridique britannique sous les effets de l'intégration européenne ont déconstruit, dans le droit positif, le fondement juridique de la défense du Parlement comme source ultime du pouvoir et de la légitimité juridique.

366. Dès lors, toute traduction de ces évolutions dans un discours sur le droit pensé par le prisme du positivisme devrait amener à l'abandon pur et simple du concept juridique de souveraineté du Parlement ou à une forme de survivance à travers un concept affaibli qui ne permet plus de justifier de manière dynamique et efficiente la structure hiérarchique entre les concepts du modèle orthodoxe. Ce dernier type de discours, parfois désigné sous le terme de

¹⁰³⁹ La nature de cette règle sur laquelle le modèle diceyen puis le modèle orthodoxe se sont construits ne fait pas consensus. Elle est tour à tour désignée comme un « fait juridique » ou encore comme résultant d'un consensus social ou de la sphère politique sans que cette indétermination ne vienne mettre à mal la structure même de la représentation proposée par le modèle orthodoxe.

¹⁰⁴⁰ A. Tomkins, *Our Republican constitution*, Oxford, Hart publishing, 2005, 156 p., p. 3, plus largement sur la justification du contrôle politique et non juridique sur le gouvernement, voir : M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton, Princeton University Press, 242 p., p. 151 et suiv.

¹⁰⁴¹ La défense de la place du Parlement au sommet de la structure institutionnelle britannique passe ici par des discours revendiquant des fondements juridiques issus des *statutes* ou des *case laws* à travers le prisme d'une méthode affirmée comme positiviste. C'est sur cette base que la structure entre les concepts de souveraineté du Parlement et de *Rule of law* qui identifie le modèle orthodoxe s'est construite et renforcée.

« *legal constitutionalism* »¹⁰⁴² rencontre une difficulté épistémologique : l'écart grandissant entre la structure du modèle, ce que la méthode qui produit le modèle construit comme rapport au réel du droit public britannique et la volonté conservatrice du discours. Cette faiblesse épistémologique ne permet pas une défense efficace du modèle orthodoxe face au modèle proposé par le discours du *common law constitutionalism*. En effet, ce dernier ne se trouve pas lié par les mêmes contraintes méthodologiques et épistémologiques. En affirmant une dimension morale et un projet politique libéral¹⁰⁴³, le discours du *common law constitutionalism* se libère des contraintes épistémologiques d'une approche positiviste du droit. La charge idéologique ainsi affirmée permet au *common law constitutionalism* un discours plus dynamique et performatif.

367. Face au constat de l'effondrement la règle juridique comme garantie de la souveraineté du Parlement et la pression alors exercée sur ce dernier dans l'architecture institutionnelle britannique, un certain nombre d'auteurs abandonnent le champ du discours juridique de la constitution britannique pour investir la dimension politique de cette dernière. John A. G. Griffith est généralement présenté comme le premier de ce mouvement de réouverture du discours publiciste vers son hors-droit¹⁰⁴⁴. Il est en effet à l'origine du concept de « constitution politique » dans le discours sur le droit public britannique¹⁰⁴⁵, fondement sur lequel les vagues successives de *political constitutionalism*¹⁰⁴⁶ vont asseoir leurs représentations de la constitution britannique afin de garantir la place du Parlement dans la structure institutionnelle britannique. Construite dans un contexte politique et juridique favorable à la juridicisation de la constitution¹⁰⁴⁷ britannique, la notion de « constitution politique » repose sur une analyse

¹⁰⁴² Les catégories et mode de désignation au sein de la doctrine ne sont pas claires et ne se recoupent pas selon les auteurs. Utilisés par le discours du *political constitutionalism*, le terme « *legal constitutionalism* » englobe des discours qui vont du modèle orthodoxe à ceux proposés par le *common law constitutionalism*. La source du contrôle exercé sur la couronne serait juridique et non politique, pour autant, une fois passé dans le langage du *common law constitutionalism*, ce même terme semble pouvoir renvoyer vers les discours du *political constitutionalism*. Il existe ainsi un vrai flottement sur ce que désigne le terme de « *legal constitutionalism* ». En cela, il semble être une catégorie tampon entre les deux discours clairement identifiés du *common law constitutionalism* et du *political constitutionalism*. La définition ici retenue se base sur la place occupée par le Parlement comme source du pouvoir et détenteur d'un pouvoir de contrôle sur la Couronne. Martin Loughlin désigne ainsi ce même discours sous le terme « *conservativist normativism* », voir en ce sens M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 184.

¹⁰⁴³ T. R. S. Allan, *The sovereignty of the Law*, *op. cit.*

¹⁰⁴⁴ G. Gee, G. Webber, « What is a political constitution ? », *Oxford journal of legal studies*, Vol. 30, N°2, 2010, pp. 273-299 ; M. Goldoni, C. McCorkindale, « Three Waves of Political Constitutionalism », *King's Law Journal*, Vol. 30, n°1, 2019, pp. 74-96

¹⁰⁴⁵ J. A. G. Griffiths, « The Political Constitution », *op. cit.*, p. 10

¹⁰⁴⁶ C. McCorkindale, « Three Waves of Political Constitutionalism », *op. cit.*

¹⁰⁴⁷ La fin des années 70 est marqué par la volonté de dépassement du « dark ages » grâce à l'adoption de réformes constitutionnelles radicales. Ces réformes pensées comme essentiellement juridiques et portées par des figures judiciaires telles que celles de Lord Scarman ou Lord Hailsham, s'articulent autour de trois mécanismes que mettra en application le gouvernement travailliste en 1998 : l'adoption d'une déclaration de droits, la mise en place d'un

agonistique de la société. John A. G Griffith adopte une position pragmatique face au droit constitutionnel¹⁰⁴⁸. Il reconnaît l'interdépendance du droit et de la politique et prend pour point de départ de sa pensée, non pas la stabilité et la sécurité du consensus social avancé par les thèses contractualistes des conservateurs et des libéraux¹⁰⁴⁹, mais, au contraire, la plasticité et l'instabilité d'une société reposant par essence sur le conflit¹⁰⁵⁰, rendant dès lors impossible un accord définitif et durable sur les valeurs qui la sous-tendent. Ces conflits, auxquels seuls les mécanismes politiques répondent par des consensus transitoires, sont au cœur de la constitution. Dès lors, John A. G. Griffith¹⁰⁵¹ propose une analyse de la constitution britannique comme un mécanisme mouvant, vivant, résultat de la manifestation et de la résolution de ces conflits, image de ce qui arrive dans la gestion quotidienne du gouvernement¹⁰⁵². Il cherche à produire un discours sur le droit public capable de rendre compte de la « condition politique »¹⁰⁵³ de la constitution.

368. La prédominance du politique sur le juridique. Une telle position de départ suppose de rejeter tout discours qui, comme celui d'Albert Venn Dicey ou de William Wade, sous des affirmations positivistes, figerait la réalité des dynamiques politiques et juridiques dans des structures et concepts précis¹⁰⁵⁴. Il n'est pas question de participer « à l'effort de production d'une fiction appelée 'le droit tel qu'il est' »,¹⁰⁵⁵ mais au contraire de rendre compte de cet espace de dialectique entre droit et politique que du côté français de la Manche, le professeur Denis Baranger a désigné sous le terme de « droit politique »¹⁰⁵⁶. Cette urgence qui saisit John

contrôle juridique sur l'action du Parlement et la politique de *Devolution* vers les nations . Aux problèmes politiques des années soixante-dix sont ainsi proposées des réponses juridiques, le droit apparaissant comme le seul à pouvoir ou devoir venir suppléer aux déficiences du monde politique, voir en ce sens : K. O. Morgan, « Britain in the Seventies – Our Unfinest Hour? », *Revue Française de Civilisation Britannique*, 2017, XXII, hors série, « The United Kingdom and the Crisis in the 1970s », disponible <https://journals.openedition.org/rfcb/1662> ; T. Poole, « Tilting at Windmills? Truth and Illusions in “The Political Constitution” », *Modern Law Review*, n°70, vol. 2, 2007, pp. 250-277, p. 251.

¹⁰⁴⁸ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁴⁹ J. A. G. Griffiths, «The Political constitution», *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁵⁰ *Idem.*

¹⁰⁵¹ Pour développer sa thèse J. Griffith s'inscrit dans la méthode fonctionnaliste développée par les auteurs de la London School of Economics au début du vingtième siècle ainsi que dans l'héritage du positivisme sociologique, voir en ce sens, M. Loughlin, « The Political constitution revisited », *LSE Working Papers* 18/2017, 2017, disponible à : www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm, p. 3.

¹⁰⁵² J. A. G. Griffiths, «The Political constitution», *op. cit.*, voir aussi M. Loughlin, « The Political constitution revisited », *op. cit.*, p. 7 « *The expression 'political constitution' signified for Griffith an empirical method of studying the constitution of a polity shaped by the interplay of political forces* ».

¹⁰⁵³ M. Loughlin, « The Political constitution revisited », *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁵⁴ M. Loughlin, *Public law and Political Theory*, *op. cit.*

¹⁰⁵⁵ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non écrite – Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p.8

¹⁰⁵⁶ *Idem*, pour une interprétation anglaise du « droit politique », voir M. Loughlin, « Droit politique », *op. cit.*

Griffith et qui l'amène à éclairer à nouveau l'espace entre droit et politique réside dans la crainte de ce que la fiction légaliste pourrait faire à la réalité politique de la constitution : un renversement du champ des valeurs qui, en érigeant le principe du *Rule of law* au-dessus des principes politiques et démocratiques, aseptiserait tout le discours du politique en lui préférant celui policé du droit, empêchant dès lors toute capacité d'action du politique. Il faut ainsi éviter « la fiction selon laquelle ces conflits doivent être contenus et peuvent être contenus par le droit »¹⁰⁵⁷. Pour ce faire, John A. G. Griffith insiste sur deux éléments : le droit ne peut remplacer le politique¹⁰⁵⁸ et les droits fondamentaux, en ce qu'ils saisissent par essence les valeurs d'une société à un instant donné, sont par nature des questions politiques qu'il ne revient pas au juge de déterminer¹⁰⁵⁹. Contrairement à l'inversion des rapports entre droit et politique que propose les *common law constitutionalists*, John A. G. Griffith « ne croi[t] pas que le droit soit un concept moral » qui justifierait de sa primauté sur le politique¹⁰⁶⁰. Il ne le reconnaît que comme « la représentation d'une relation de pouvoir et rien de plus »¹⁰⁶¹. Dès lors, les cours de *common law* demeurent un forum qui ne peut connaître ni de la légitimité ni de la sécurité offerte par les mécanismes politiques propres au fonctionnement du Parlement. En effet, le Parlement seul par les mécanismes politiques de représentation et de responsabilité peut donner lieu à des consensus transitoires sur les valeurs fondamentales de la société et notamment déterminer le contenu des droits reconnus aux individus¹⁰⁶².

369. En s'attaquant au fondement théorique d'un *common law constitutionalism* émergent, John A. G. Griffith fournit une argumentation forte et un outil conceptuel efficace que les *political constitutionalists* vont pouvoir saisir afin de construire un discours garantissant l'orientation de la structure de leur modèle en faveur de la souveraineté du Parlement. Néanmoins, la seconde vague du *political constitutionalism* va se distinguer de l'apport du professeur de la *LSE* en ce que ne se limitant pas à proposer et défendre une certaine manière pour parler du droit et de son rapport à la politique¹⁰⁶³, le *political constitutionalism* du début des années deux mille propose la construction d'un véritable modèle prescriptif et concurrent de celui du *common law constitutionalism*. En cela, ils dépassent la seule prescription méthodologique avancée par John Griffith. Ce dernier ne propose pas en effet la construction

¹⁰⁵⁷ M. Goldoni, C. McCorkindale, «Three waves of Political Constitutionalism», *op. cit.*, p. 77

¹⁰⁵⁸ J. A. G. Griffith, « The Political constitution » *op. cit.*, p. 19

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

¹⁰⁶² *Ibid.*

¹⁰⁶³ G. Gee, G. Webber, « Grammar of Public Law », *op. cit.*

d'un modèle concurrent. Par le concept de « political constitution », il s'agit de défendre « une vision hautement positiviste de la constitution »¹⁰⁶⁴ qui, n'ancrant pas la réalité de la constitution dans des principes supérieurs, permet la prise en compte réelle des conflits politiques au cœur de la constitution et dont le droit n'est qu'un outil. Cette injonction s'inscrit dans la même tradition fonctionnaliste que celle qui a permis à Ivor Jennings ou William Robson de mettre à jour les limites du positivisme affirmé par Dicey. Là où le positivisme prétendu par Dicey habillait un discours prescriptif et conservateur¹⁰⁶⁵ en prétendant à la neutralité, le jusnaturalisme des défenseurs contemporains de la constitution juridique britannique habille un discours prescriptif et libéral en prétendant à la supériorité morale. Dans les deux cas, la proposition fonctionnaliste vise la même chose : ne pas masquer les conflits politiques derrière le langage juridique. Ainsi, et parce qu'« il y a plus dans le langage du droit public que des mots et des phrases »¹⁰⁶⁶, Griffith invite à penser et parler du droit en termes politiques, mais pas à investir le droit par la théorie politique.

370. Pour les théoriciens de la seconde vague du *political constitutionalism* ce dévoilement n'est pas suffisant, il faut faire le pas en plus, celui permettant de porter le discours d'opposition au *common law constitutionalism* vers un nouvel espace, déjà investi par les libéraux : la revendication du bon mode de gouvernement¹⁰⁶⁷. Là où le *common law constitutionalism* propose de faire entrer le politique dans le légal, le *political constitutionalism* répond par la proposition contraire : faire entrer le légal dans le politique. En se reconnaissant une dimension prescriptive, le discours du *political constitutionalism* investit pleinement sa dimension idéologique. Il se rapproche aussi de celui du *common law constitutionalism* qu'il entend combattre¹⁰⁶⁸. Ce mouvement lui permet la même dynamique que le *common law constitutionalism*, mais aussi de quitter le plan de discours jusqu'alors occupé par le *legal constitutionalism* ou les approches conservatrices. L'affrontement idéologique qui se joue alors entre ces deux visions du droit public et de la société britannique

¹⁰⁶⁴ J. A. G. Griffith, « The Political constitution », *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁶⁵ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁶⁶ G. Gee, G. Webber, « Grammar of Public Law », *op. cit.*, p. 2140.

¹⁰⁶⁷ A. Tomkins, « The role of the Courts in the political constitution », *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, No. 1, 2010, pp. 1-22, p. 3, « Both groups claim that their preferred models conduce to virtuous government: political constitutionalists make claims as to the openness, the possibilities for participation, the effectiveness, and the democracy-enhancing features of political constitutionalism; legal constitutionalists similarly make claims that their model is based on reason and reasonableness, protects minorities as well as majorities, and secures for all the enjoyment of basic rights ».

¹⁰⁶⁸ M. Loughlin, « Review: Towards a Republican Revival? », *Legal Studies*, vol. 26, n°2, 2006, p. 426, « My argument will be that, notwithstanding obvious value differences, the conceptual assumptions and historical method that Tomkins adopts have many more affinities with common law constitutionalism than he acknowledges, and these resemblances result in the weakness inherent in common law constitutionalism in fact being replicated in Tomkins' republicanism »; p. 427, « his method is, in short, very similar to that common law constitutionalism ».

n'est plus masqué par des structures ou des discours purement juridiques, elle y est totalement intégrée. Le droit redevient l'instrument d'un projet politique plus large qui dépasse l'affrontement doctrinal sur des concepts juridiques. Ce que ces deux types de discours reconnaissent c'est que « le droit public n'est pas exclusivement à propos du droit »¹⁰⁶⁹. La « séparation de corps et d'âme » imposée par des « lois sévères, issues de la philosophie du positivisme juridique »¹⁰⁷⁰ n'a ici plus lieu d'être. Plus qu'un simple discours de réaction, la défense de la structure du modèle orthodoxe passe ainsi par un discours idéologique assumé qui redéfinit la méthode et le champ du discours sur le droit.

371. L'évolution théorique amorcée par la seconde vague du constitutionnalisme trouve à s'expliquer en ce que la menace pressentie par John Griffith dans le programme de réforme de la constitution s'est réalisée : l'adoption d'une déclaration de droit, l'évolution du *Rule of law* vers un principe substantiel, la politique de *Devolution* ont fait pour partie échapper du monde politique la question des droits et libertés pour investir le champ du droit et plus précisément celui de la *common law* et des juges. Il s'agit dès lors de proposer un discours prescrivant la reconstruction d'un droit public garantissant le respect d'une démocratie réelle telle que garantie dans l'institution du Parlement. Il s'agit de réaffirmer la souveraineté de ce dernier. Pour ce faire, les discours du *political constitutionalism*, ne pouvant se fonder sur une description du droit positif, vont se tourner vers trois types de discours idéologiques distincts leur garantissant les ressources théoriques nécessaires pour justifier l'orientation et la structure de leur modèle de droit public : un discours du particularisme britannique, un discours démocratique et un discours républicain.

372. Les théories républicaines de la constitution britannique, fondement de la seconde vague du *political constitutionalism*. L'une des données communes aux différents auteurs de la seconde vague du *political constitutionalism* est un certain discours valorisant les spécificités de la constitution britannique. Cette célébration du particularisme dont le ton emporté tend parfois au nationalisme¹⁰⁷¹, s'explique en ce que pour assurer son objectif de revalorisation du Parlement, le discours du *political constitutionalism* doit lutter contre deux éléments interdépendants : d'une part la rhétorique développée au niveau interne par le

¹⁰⁶⁹ S. Tschorne Venegas, *The theoretical turn in British public law scholarship*, op. cit., p. 95, « ... they already make evident both that the British constitution "is not entirely legal" and that "public law is not exclusively about law" ».

¹⁰⁷⁰ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non écrite*, op. cit., p. 7

¹⁰⁷¹ A. Tomkins, *Our Republican constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 3

common law constitutionalism, d'autre part les effets de l'europanisation juridique sur le système britannique. En effet, cette dernière en ce qu'elle porte elle-même un discours libéral et juridique sur la matière publique, participe d'une évolution de la constitution britannique favorable à sa dimension juridique et non politique. Servant de catalyseur à l'affirmation dans le droit interne britannique d'un *Rule of law* substantif¹⁰⁷², l'europanisation du droit fournit pour partie la matière dans laquelle s'enracine et s'alimente le discours libéral du *common law constitutionalism*. Il existe entre la version européenne et la version interne du constitutionnalisme libéral un système d'actions et de rétroactions : la première renforce la seconde là où la seconde permet la reconnaissance et la légitimation de la première. Cette interdépendance s'explique par la dimension universaliste qu'assignent chacune de ces deux versions du constitutionnalisme libéral à la protection des droits et libertés et à la recherche d'un gouvernement limité. C'est avec elle que se déploie la première dimension idéologique du *political constitutionalism*. Ce dernier n'envisage pas une théorie constitutionnelle « générale »,¹⁰⁷³ mais bien une théorie constitutionnelle spécifique à la seule constitution britannique¹⁰⁷⁴. Là où tant le développement dans le droit positif de la constitution juridique, que sa représentation par le prisme du libéralisme dans le discours du *common law constitutionalism* ont eu tendance à diluer le caractère spécifique de la constitution britannique, le discours du *political constitutionalism* prend pour point de départ l'originalité de cette dernière et affirme la nécessité de la préserver¹⁰⁷⁵.

373. À cette première dimension idéologique s'en ajoute deux autres : une tenant à la localisation du pouvoir politique et l'autre à la détermination et la légitimation des droits et libertés fondamentales. Remplissant seulement la première fonction, l'idéologie démocratique a pu être utilisée pour défendre la place et le pouvoir du Parlement dans la structure institutionnelle. En ce qu'elle recouvre une forme de « *dignité de la législation* »¹⁰⁷⁶ ou encore qu'elle assure l'autonomie des individus¹⁰⁷⁷, l'idéologie démocratique justifie la localisation

¹⁰⁷² En ce sens, voir, *supra*, par. 229.

¹⁰⁷³ Cela n'empêche cependant pas le débat britannique de servir de source d'inspiration à un débat, plus « global » sur la question du *political constitutionalism*. Voir en ce sens M. Tushnet, « Democratic founding : We the people and the others – a reply to Hans Agné », *ICON*, vol. 10, n°3, 2012, pp. 862-865. Il convient de relever qu'un déplacement s'effectue néanmoins quant à la question centrale du *political constitutionalism*. Le discours « global » se centre sur la seule question du contrôle de constitutionnalité.

¹⁰⁷⁴ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, pp. 4-5, R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, CUP, 2007, p. 12, il convient de noter que l'expression de ce particularisme et de sa célébration ne s'exprime pas avec la même intensité chez tous les auteurs. Elle apparaît exaltée chez A. Tomkins qui célèbre le génie britannique – et qui apparaît davantage comme un génie anglais – là où R. Bellamy développe un discours bien plus modéré.

¹⁰⁷⁶ J. Wadron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, CUP, 1999.

¹⁰⁷⁷ K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *op. cit.*

du pouvoir politique et juridique au sein du Parlement. Elle manque en revanche d'offrir une théorie suffisamment convaincante face à l'argument avancé par le *common law constitutionalism* quant au risque de tyrannie de la majorité et la nécessité du droit des individus contre cette dernière. L'idéologie républicaine¹⁰⁷⁸, en ce qu'elle propose une théorie et une éthique politique plus large que le simple discours démocratique permet une réponse complète aux critiques du *common law constitutionalism* face à la démocratie. Investi par Adam Tomkins¹⁰⁷⁹ ou encore Richard Bellamy¹⁰⁸⁰ le discours républicain permet, en déplaçant la définition même de la liberté de la notion de liberté comme absence de contraintes¹⁰⁸¹ défendue par les libéraux vers celle de liberté comme non-domination, une défense efficace de la place et de la légitimité du Parlement au sein de la structure institutionnelle du Royaume-Uni. Cette approche républicaine permet la conservation d'un principe de souveraineté du Parlement supérieur au principe du *Rule of law* et amène dès lors à une reproduction de la structure instaurée par le modèle orthodoxe entre ses modèles. Néanmoins, il convient de relever que le passage d'un discours pensé comme descriptif vers un discours par essence prescriptif n'est pas sans effet sur les concepts de souveraineté du Parlement et du *Rule of law*.

B. La redéfinition des concepts orthodoxe par le *political constitutionalism*.

374. La redéfinition politique du principe de souveraineté du Parlement. La survivance dans le discours du *political constitutionalism* de la structure instituée par le modèle orthodoxe entre les principes de souveraineté du Parlement et de *Rule of law* amène à la réécriture de ces concepts. Au cœur de cette redéfinition des notions se trouve la reconceptualisation du principe de souveraineté du Parlement. Le passage d'une épistémologie positiviste fondée sur une distinction stricte entre droit et hors-droit au cadre théorique du *political constitutionalism* amène un nécessaire déplacement de ce concept du champ juridique vers le champ politique.

¹⁰⁷⁸ Bagehot avait déjà rendu affleurante la thématique républicaine à la fin du dix-neuvième siècle dans sa célèbre formule faisant du régime politique britannique une « République déguisée », mais aucune étude du républicanisme britannique n'avait réellement émergé et ce jusqu'à ce que la question du républicanisme soit de nouveau saisie par la théorie politique à la fin des années quatre-vingt-dix. Les écrits de politistes comme Q. Skinner ou P. Pettit, portés par l'intérêt renouvelée autour du thème républicain dans la doctrine américaine, participent alors à la construction de nouveaux modèles politiques qui visent à se distinguer du libéralisme au cœur du système politique contemporain du Royaume-Uni. Fondés sur une éthique politique du lien entre individus et société qui se différencie de celle proposée par le libéralisme, ces modèles n'ont cependant fait l'objet que de peu de réception dans le champ juridique où le républicanisme n'a longtemps été associé qu'à la seule question de l'institution devant être à la tête de l'État.

¹⁰⁷⁹ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*

¹⁰⁸⁰ R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, *op. cit.*

¹⁰⁸¹ *Idem*, p. 21.

Dans ce nouvel espace, la notion de souveraineté du Parlement se voit remodeler et justifier sur de nouveaux fondements, et ce afin de garantir sa supériorité sur le concept du *Rule of law*. Ce faisant, le principe ne se voit plus assigner les mêmes fonctions que celles qu'il remplissait dans le modèle orthodoxe. En effet, là où le principe juridique de souveraineté du Parlement assurait à la fois dans sa dimension formelle une police des sources de l'objet droit public britannique permettant la gestion du droit et du hors-droit, et dans sa dimension matérielle une police purement interne ne visant qu'à garantir la structure hiérarchique entre les concepts du modèle, le principe politique de souveraineté du Parlement n'emporte pas les mêmes conséquences. Plus que le point de départ d'une construction pensée comme la représentation du réel du droit positif et justifié par une forme d'empirisme¹⁰⁸², le principe de souveraineté politique du Parlement apparaît comme le résultat d'une construction théorique pensé comme le modèle du bon gouvernement. Le concept politique de souveraineté du Parlement est ainsi indissociable de la construction politique que prescrit l'idéologie républicaine et qui repose sur la notion de liberté comme principe de non-domination.

375. Ce dernier principe dépasse la conception libérale qui suppose pour qu'un individu soit reconnu libre qu'aucun autre individu ou qu'aucune institution n'interfère de manière arbitraire dans sa liberté de choix et d'action. La conception républicaine de la liberté suppose non seulement l'absence d'interférences réelles, mais aussi l'absence d'interférences possibles¹⁰⁸³. En d'autres termes, pour l'idéologie républicaine, « c'est la domination qui nous asservit et non la contrainte »¹⁰⁸⁴. Là où la théorie libérale a pu entendre l'action de l'État comme une contrainte portant atteinte à la liberté des individus, la théorie républicaine suppose que la contrainte n'est pas en elle-même une atteinte à la liberté. Dès lors que cette dernière est le fruit d'un système juridique équitable¹⁰⁸⁵, où chaque citoyen est reconnu comme l'égal des autres membres de la communauté politique, elle ne peut refléter un système de domination qui donnerait le pouvoir à un groupe d'individus restreint pour déterminer la nature desdites contraintes¹⁰⁸⁶. La théorie républicaine britannique est ainsi une théorie égalitaire qui rompt avec une société encore marquée par un système de classes sociales. La légitimité politique proposée par le modèle républicain n'est pas fondée sur le consentement

¹⁰⁸² M. Loughlin, *Public Law and Political theories*, op. cit.

¹⁰⁸³ P. Petit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, OUP, 1997, 328 p., p. 66 « ce que la liberté requiert idéalement n'est pas seulement que les portes soient ouvertes, mais qu'il n'y ait pas de gardien ayant le pouvoir de fermer une porte, qu'il n'y ait pas d'autre gardien de qui dépende le fait qu'une porte ou une autre reste ouverte ».

¹⁰⁸⁴ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, op. cit., p. 47.

¹⁰⁸⁵ P. Petit, *Republicanism : A Theory of Freedom and Government*, op. cit., p. 5.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

supposé du peuple aux décisions du gouvernement, mais sur la capacité de ce dernier à intervenir à tout moment pour exprimer son absence de consentement. Ce principe de « citoyenneté contestataire »¹⁰⁸⁷, en ce qu'il permet une « vigilance éternelle »¹⁰⁸⁸, garantit que le gouvernement ne légifèrera pas dans son seul intérêt ou dans celui d'un groupe déterminé de la société au risque, sinon, de créer un nouveau système de domination mettant fin à la réalisation de la définition républicaine de la liberté.

376. Prenant pour point de départ cette redéfinition de la liberté, la traduction de l'idéal républicain dans le langage juridique par les auteurs du *political constitutionalism* n'implique pas les mêmes mécanismes constitutionnels. La divergence entre les modèles juridiques proposés par Adam Tomkins et Richard Bellamy tient au rôle que chacun assigne au discours politique. En effet, là où Richard Bellamy fait du discours républicain un idéal en matière de droits et libertés qu'il convient de poursuivre, Adam Tomkins affirme l'existence au cœur de la constitution britannique d'un marqueur républicain qui appelle dès lors une relecture complète de l'architecture institutionnelle. L'un fait du discours républicain un cadre politique et éthique pour repenser la constitution britannique là où le second affirme l'existence positive d'une donnée républicaine dans la constitution britannique.

377. La responsabilité politique du gouvernement comme principe républicain de la constitution britannique. Pour Adam Tomkins le principe de « citoyenneté contestataire » existe dans la constitution britannique. Il réside dans la possibilité pour le peuple, au travers de ses représentants au sein du Parlement britannique, de retirer sa confiance au gouvernement¹⁰⁸⁹. La responsabilité politique du gouvernement devant la Chambre des Communes exprime dès lors la nature républicaine de la constitution britannique, elle en constitue le cœur. Plus encore le principe de responsabilité politique du gouvernement devant la Chambre des Communes en ce qu'il fonde la fonction de contrôle du Parlement sur l'exécutif doit être compris comme le mécanisme constituant le principe de la souveraineté du Parlement. Adam Tomkins abandonne ici la définition proposée par le modèle orthodoxe à la suite de Dicey faisant du principe de souveraineté du Parlement la capacité à ce dernier d'agir

¹⁰⁸⁷ P. Pettit, *Republicanism : A Theory of Freedom and Government*, op. cit., p.5, «The contestatory citizenry was the civic complement to this constitutional ideal: it was to be a citizenry committed to interrogating all the elements of government and imposing itself in the determination of law and policy ».

¹⁰⁸⁸ *Idem.*

¹⁰⁸⁹ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, op. cit., p. 51, « In the British system, we (Pettit's 'ordinary people') contest government policies and decisions by insisting that the government of the day is fully and openly accountable to our elected representatives in Parliament ».

comme un législateur souverain¹⁰⁹⁰. Cette dernière ne lui semble pas rendre compte de la réalité parlementaire où, affirme-t-il, la majorité des lois ne sont pas le fruit de propositions émanant de la Chambre des Communes, mais du Gouvernement¹⁰⁹¹. Cette observation n'est pas propre à A. Tomkins et se trouve dans la plupart des critiques adressées par les libéraux à la réalité d'un principe de législation souveraine au sein du Parlement¹⁰⁹². Ce glissement dans la pratique institutionnelle d'un principe de souveraineté du Parlement vers un principe de souveraineté du Gouvernement ne suppose cependant pas l'encadrement par des règles juridiques comme le proposent les libéraux en affirmant la nécessité d'une déclaration de droit. Le déplacement du pouvoir ne nécessite pas un encadrement juridique, un encadrement politique suffit. Pour A. Tomkins cet encadrement réside dans le principe de responsabilité du gouvernement devant la Chambre des Communes tel que contenu dans les conventions de la constitution et fournit une garantie satisfaisante pour la stabilité de la constitution britannique. Le principe de souveraineté du Parlement peut alors être reformulé selon les termes suivants : « (...) le gouvernement ne peut assurer ses fonctions seulement aussi longtemps qu'il continue à disposer de la confiance de la majorité dans la Chambre des Communes. Le moment où cette confiance est retirée est le moment précis où le gouvernement doit démissionner »¹⁰⁹³. Si la réalité pratique d'un tel principe peut être soumise à critiques¹⁰⁹⁴, la redéfinition politique du principe de souveraineté du Parlement tel que proposé par Tomkins n'est pas sans effet sur la conceptualisation principe du *Rule of law*.

378. Si les discours du *political constitutionalism* préfèrent aux mécanismes juridiques de responsabilité les mécanismes politiques¹⁰⁹⁵, A. Tomkins reconnaît qu'il convient de dépasser

¹⁰⁹⁰ A. Tomkins, « What is a Parliament for ? », In., *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Ed. N. Bamforth and P. Leyland, London, Hart Publishing, 2003, pp. 53–78, p. 54, « *The first is to make the law: Parliament is the national legislature. The second is to hold the government of the day to constitutional account: all government ministers are collectively and individually accountable and responsible to Parliament. Lawyers have tended to devote more energy to the first of these than to the second. This may not be surprising: after all, parliamentary sovereignty (that is, the legislative supremacy of Acts of Parliament) is a rule of law, enforceable in the courts, whereas ministerial responsibility is a mere convention of the constitution: a binding political rule, but not a rule to which there is any judicially enforceable sanction attached. The suggestion here is that we should reverse this hierarchy, and place the emphasis not on Parliament's legislative functions, but on its task of holding the executive to constitutional account* ».

¹⁰⁹¹ *Idem.*, p. 76, « It is largely a myth that Parliament is a legislator. It does not make law. Almost all legislation is made within and by the executive of the day ».

¹⁰⁹² Lord Hailsham, « Elective Dictatorship », Londres, BBC, 1976, p. 497, « *the sovereignty of Parliament has increasingly become, in practice, the sovereignty of the Commons, and the sovereignty of the Commons has increasingly become the sovereignty of the government which (...) controls the party whips, the party machine and the civil service* ».

¹⁰⁹³ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*, p. 1

¹⁰⁹⁴ Voir, *infra*, par. 440-444.

¹⁰⁹⁵ A. Tomkins, « The Role of the Courts in the Political Constitution », *The University of Toronto Law Journal* Vol. 60, n° 1, pp. 1-20, p. 3.

une littérature du *political constitutionalism* qui se limiterait à la seule critique du rôle joué par les cours de *common law* dans la constitution britannique¹⁰⁹⁶. Il s'agit ainsi de « regarder les cours comme un instrument de la 'constitution politique' »¹⁰⁹⁷. Pour ce faire, « ce qui est nécessaire est un recalibrage du rôle des cours de justice et de leur relation à la fonction du Parlement (...) »¹⁰⁹⁸. Par ce « recalibrage » de la place et du rôle des cours dans l'architecture constitutionnelle, le principe de *Rule of law* il se voit donner une consistance nouvelle au sein du discours du *political constitutionalism*. Pour Adam Tomkins, ce rôle passe principalement par un contrôle secondaire de l'action du gouvernement, le contrôle principal de ce dernier devant avoir lieu au sein du forum démocratique qu'est le Parlement. Néanmoins, et parce que pour respecter le principe de souveraineté du Parlement, le gouvernement ne peut agir que sur délégation de pouvoir de la part de ce dernier, le rôle des cours de *common law* apparaît comme complémentaire à celui du Parlement : leur revient le contrôle strict du respect par le gouvernement des délégations de pouvoirs qui lui sont faites par le Parlement. L'articulation entre les compétences du Parlement et celles des cours de *common law* pour assurer le contrôle du gouvernement renvoie ici à la doctrine orthodoxe de l'*ultra vires*¹⁰⁹⁹. Pour palier les limites de cette dernière, Adam Tomkins propose de renforcer le principe de *judicial deference* en étendant le mécanisme de déclaration d'incompatibilité prévue en matière de droit et libertés dans le cadre de l'article 4 du *HRA*¹¹⁰⁰. Les cours de *common law*, lorsque confrontée à des incertitudes quant à l'étendue de la délégation de pouvoir effectuée par le Parlement pourrait ainsi se tourner vers lui pour que ce dernier précise sa volonté. Ainsi pensé, le mécanisme de *judicial deference* semble permettre d'éviter l'écueil de juges déterminant par eux-mêmes dans un processus d'interprétation qui ne peut être conforme, la volonté du Parlement. En organisant le retour vers l'organe démocratique de la constitution lorsqu'un doute est soulevé quant au contenu d'une règle qu'il a adopté, Adam Tomkins réassigne et limite le travail des cours de *common law* à la seule question du contrôle de la légalité des décisions prises par le gouvernement et son administration. Il reconstruit ainsi une ligne claire entre *appeal* et *review*.

¹⁰⁹⁶ *Idem*, p. 4, « So there is a considerable literature where political constitutionalists criticize courts and where legal constitutionalists criticize Parliament. What there is much less of is literature in which political constitutionalists try to articulate a vision of what courts should do, constitutionally, or in which legal constitutionalists try to articulate a vision of what courts should not do, constitutionally ».

¹⁰⁹⁷ *Idem*, « In order to turn back, what is required is a recalibration of the judicial role and of its relation to Parliament's role - and this is required across the board: each of the actors - the courts, Parliament, and the other constitutional actors - needs to accept this and to participate in it for it to be successful. Instead of being on the high road to juristocracy, we need to view the courts as an instrument of the political constitution ».

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ Pour le débat relatif à la doctrine de l'*ultra vires* et au fondement de la compétence des juges pour contrôler l'action de l'administration, voir, *supra*, par. 104 et suiv.

¹¹⁰⁰ A. Tomkins, «The Place of the Courts in the Political Constitution», *op. cit.*

Une telle redéfinition des compétences du juge amène à une contraction du champ du *Rule of law* sur sa seule acception formelle. Adam Tomkins, comme John A. G. Griffith ou Richard Bellamy rejette la possibilité d'un *Rule of law* matériel. Ce rejet se manifeste en particulier dans sa lecture du rôle du juge de *common law* en matière de droits et libertés. En effet, si A. Tomkins reconnaît la compétence des cours pour trancher des litiges relatifs aux « *convention rights* » issus du *HRA*, il trace cependant une distinction stricte entre trois différents types de droits fondamentaux. Ainsi, s'il reconnaît une pleine compétence au juge pour les litiges relatifs à des droits processuels comme ceux protégés par l'article 6 du *HRA*¹¹⁰¹ ou encore aux droits absolus comme ceux garantis par l'article 3 du *HRA*¹¹⁰², Adam Tomkins émet une importante réserve concernant la catégorie des droits relatifs contenus par le *HRA*. En ce que ces derniers impliquent de la part du juge le recours au principe de proportionnalité afin de déterminer si les limitations imposées par l'État sont justifiées ou non et amène donc à ce que le juge se prononce sur la politique de l'État en matière de droit et liberté, A. Tomkins souhaite faire échapper les litiges liés à l'application de droits relatifs au forum judiciaire pour les renvoyer vers une détermination politique au sein du Parlement. Ce faisant, Tomkins propose à nouveau un mécanisme permettant de restreindre le principe du *Rule of law* à sa seule dimension formelle. Cette limitation stricte du principe du *Rule of law* permet, comme c'était déjà le cas dans le modèle orthodoxe, de sécuriser le rapport hiérarchique entre les deux concepts structurant le modèle et ainsi d'assurer le respect du principe politique de souveraineté du Parlement.

379. Afin de justifier cette construction, Adam Tomkins utilise l'argumentaire fourni par l'idéologie républicaine : ayant identifié une donnée républicaine au cœur de la constitution britannique, Adam Tomkins affirme déployer une interprétation nouvelle de cette même constitution et dénonce la mauvaise compréhension de la constitution et du droit public telle que proposée par les *legal constitutionalists* ou les *common law constitutionalists*. En omettant la donnée républicaine pourtant présente au cœur de la constitution, ces derniers n'ont pu que développer une compréhension fautive de la réalité constitutionnelle des institutions et du rapport entre les citoyens et l'État. Cette essence républicaine mise à jour, il convient dès lors de relire le système de droits et libertés britannique non pas en termes de cette liberté comme absence de contraintes chère aux libéraux et au discours du *political constitutionalism*, mais en termes de liberté comme non-domination. Une telle relecture entraîne comme nécessaire

¹¹⁰¹*Idem*, p. 21.

¹¹⁰²*Idem*, p. 19.

conséquence l'exigence suivante : les lieux de formulation des contraintes politiques sur les citoyens ne peuvent être situés qu'au sein d'institutions pouvant être interpellées par les citoyens et dont les décisions pourront être contestées par ces derniers. En dehors de cette garantie, le principe de liberté comme non-domination ne peut être réalisé. Or, la constitution britannique étant par essence républicaine, elle implique une conceptualisation de la liberté comme principe de non-domination. Les discours constitutionnalistes libéraux, qu'ils soient d'origine interne ou externe, ne peuvent rendre compte de la réalité constitutionnelle britannique. En plaçant entre les mains du juge et hors du champ démocratique la détermination du périmètre des droits et libertés, notamment dans le cadre des droits relatifs, et par conséquent des contraintes pesant sur les citoyens lors de leur autodétermination, le *common law constitutionalism* renforce et alimente un système de domination politique contre lequel une lecture fidèle de la constitution britannique doit lutter¹¹⁰³. Une lecture fidèle qui, en structurant sa compréhension et sa représentation de la constitution britannique non pas depuis le champ des sources juridiques de la constitution, mais depuis celui des conventions de la constitution, reconnaît en premier lieu l'essence politique et non juridique de cette même constitution et justifie ainsi le principe de souveraineté politique du Parlement. Mais l'idéologie républicaine ne suffit pas à elle seule et Adam Tomkins va plus loin en cherchant à inscrire son propos dans une tradition qui enracinerait son discours sur la constitution et le droit public britannique dans une signification antérieure. Se saisissant des écrits et de la pensée républicaine née au dix-septième siècle, Adam Tomkins propose de réinterpréter les arrêts de cette période qui fonde la mythologie du *common law constitutionalism* pour leur donner une lecture républicaine. Ce souci de justification historique fait du modèle de *political constitutionalism* proposé par Adam Tomkins une construction totale qui s'oppose en cela au modèle théorique proposé par Richard Bellamy.

380. Une approche politique des droits et libertés fondamentaux. La construction du discours républicain de Richard Bellamy ne prend pas le point de départ proposé par Adam Tomkins. La démarche y est inverse. Elle ne cherche pas une réalité historique sur laquelle baser un discours idéologique, mais assume pleinement une construction téléologique fondée sur la recherche du meilleur mode de gouvernement. Cet écart semble pouvoir s'expliquer par ce que le modèle de Richard Bellamy fait ou plutôt ne fait pas au concept du modèle

¹¹⁰³ R. Bellamy, *Political constitutionalism: a Republican defence the constitutionality of Democracy*, of *op. cit.*, p. 5

orthodoxe. Ainsi, si Richard Bellamy se saisit bien de la structure orthodoxe et la réinvestit par une idéologie républicaine, l'effet obtenu sur les concepts du modèle est loin d'être aussi poussé que celui obtenu par Adam Tomkins. En effet, si Richard Bellamy constate en premier lieu que la conception de la liberté comme principe de non-domination est plus souhaitable que celle de liberté comme absence de contraintes, il ne reconnaît pas à la constitution un caractère républicain en elle-même. L'intégration du discours républicain et sa manière de représenter le réel politique et le réel juridique ne découlent pas d'un constat sur l'objet du discours, mais bien d'un choix, explicite, réalisé par l'auteur du discours¹¹⁰⁴. La définition républicaine de la liberté retenue, l'auteur observe que le lieu où se réalise le principe d'égalité entre les citoyens nécessaire à la réalisation de la liberté républicaine se trouve non pas dans le principe de responsabilité du gouvernement, mais dans la procédure législative elle-même¹¹⁰⁵. C'est au cœur du processus législatif, lorsqu'au travers de leurs représentants les citoyens peuvent s'exprimer et s'autodéterminer que la liberté républicaine peut se réaliser. En effet, « la notion de non-domination comprend explicitement la liberté comme le résultat de certains types de relations politiques égalitaires »¹¹⁰⁶. Ainsi, Richard Bellamy, propose un discours du *political constitutionalism* qui « se concentre sur la légitimité de la procédure par laquelle nous définissons et restreignons les droits par la législation et l'action administrative »¹¹⁰⁷. La « citoyenneté contestataire » telle que réalisée dans le principe de responsabilité du gouvernement devant la Chambre des Communes n'est pas ici le cœur de la constitution. Au contraire, « le processus démocratique est la constitution »¹¹⁰⁸. Dès lors, Richard Bellamy n'effectue pas le déplacement proposé par Adam Tomkins de la définition de la souveraineté du Parlement du terrain juridique vers le terrain politique. La définition de la constitution comme processus démocratique s'accommode de la définition orthodoxe du principe de souveraineté du Parlement entendu comme principe de législature suprême. En effet, et parce que le Parlement est à la fois le forum démocratique principal de la constitution, mais aussi celui où se réalise tant l'égalité que l'autonomie des citoyens, il convient de sanctuariser et protéger le pouvoir du Parlement en tant que législateur. Il est le seul espace institutionnel permettant à la fois l'expression des désaccords sur les droits et libertés mais proposant aussi des mécanismes politiques permettant de résoudre ces mêmes désaccords¹¹⁰⁹. Or, tout

¹¹⁰⁴ *Idem*, p.7.

¹¹⁰⁵ *Idem*, p. 144.

¹¹⁰⁶ *Idem*, p. 146, « the notion of non-domination explicitly sees freedom as the achievement of certain sorts of egalitarian political relations ».

¹¹⁰⁷ *Idem*, p. 145.

¹¹⁰⁸ *Idem*, p. 5.

¹¹⁰⁹ *Idem*, p. 145

déplacement du pouvoir de décision quant au champ des droits et libertés vers des institutions ne permettant pas une telle égalité d'expression entre citoyens ne peut que conduire à l'instauration d'une hiérarchie et à la constitution d'un nouveau principe de domination. C'est en cela que Richard Bellamy s'inquiète de ce que la dépolitisation des droits telle que proposée par le modèle du *common law constitutionalism* peut faire au principe même des droits et libertés fondamentales¹¹¹⁰ et s'oppose à cette dernière. Il se propose de défendre une approche démocratique et donc politique de la constitution contre la lecture légaliste et libérale du *common law constitutionalism*, « non pas parce que la démocratie est plus importante que le constitutionnalisme, les droits ou le *Rule of law*, mais parce que la démocratie contient et maintient ces valeurs »¹¹¹¹. En refusant de reconnaître que « les droits et libertés ne sont pas neutres ou inaliénables, mais historiquement situés (...) [que] leur création est la conséquence des lois et des pratiques des régimes de gouvernement »¹¹¹², le *common law constitutionalism* « fait probablement partie du problème – aidant à corroder le processus démocratique qu'il tente de remplacer de manière si inadéquate »¹¹¹³. Ainsi, l'absence de redéfinition du principe de souveraineté du Parlement repose chez Richard Bellamy sur le choix du modèle politique utilisé pour élaborer le modèle juridique de la constitution. La conservation d'une définition juridique du principe de souveraineté du Parlement implique cependant pour que ce dernier conserve sa place au sommet de la structure du modèle, une redéfinition du principe du *Rule of law*. Justifié par l'idéologie républicaine il s'agit, comme chez Adam Tomkins de restreindre le concept à sa dimension purement formelle. L'écart alors créée entre la définition des concepts et la réalité du droit positif britannique n'emporte pas les mêmes conséquences que dans le cadre du modèle orthodoxe. Ayant quitté le champ d'un discours présenté comme descriptif et comme image objective du réel du droit public britannique les tensions entre le modèle et le droit positif se trouvent absorbées par la dimension prescriptive du premier. Ces tensions absorbées, la structure instaurée entre les concepts de souveraineté du Parlement et du *Rule of law* peut perdurer, amenant ainsi à une survivance de la structure du modèle orthodoxe au-delà de son cadre méthodologique et théorique.

¹¹¹⁰ *Idem*, p. 146, « Here I discuss how strategies for depoliticising rights, either on the grounds that they are pre-political or justified as products of an ideal political process, not only risk oppressing individuals but are inherently dominating forms of 'arbitrary rule' because of rights being within the 'circumstances of politic' ».

¹¹¹¹ *Idem*, p. 260

¹¹¹² M. Loughlin, « Towards a Republican Revival », *op. cit.*, p. 428

¹¹¹³ R. Bellamy, *Political constitutionalism: a Republican defence of the constitutionality of Democracy*, *op. cit.*, p. 262

§2. La survivance de la grammaire du modèle orthodoxe

381. Le modèle orthodoxe, en tant que matrice disciplinaire des discours sur le droit public britannique, fait plus pour ces discours que former des concepts par lesquels va être saisi l'objet « droit public ». Il fait plus qu'instaurer une structure entre ces concepts qui permet de définir l'identité des discours sur le droit public. Au cœur de cette identité, il définit une manière de parler de l'objet « droit public ». En construisant le langage par lequel les juristes britanniques vont appréhender, analyser et expliquer le droit public, le modèle orthodoxe construit un rapport entre les mots du droit public et la pratique qu'ils sont censés représenter. Le modèle orthodoxe construit une « grammaire du droit public »¹¹¹⁴. Cette « grammaire » matérialise l'univers du discours sur le droit public, elle lui donne une consistance. C'est elle qui va permettre l'expression dans la langue du droit public de toutes les propositions juridiques sur l'objet que le principe de véridiction du modèle pourra ensuite discriminer grâce à un mécanisme de police interne au discours. La « grammaire du droit public » traduit ainsi que « le langage et le vocabulaire des publicistes sont, parfois, structurels, dans le sens qu'ils encadrent et guident la manière dont la constitution est comprise »¹¹¹⁵. Apparaît dès lors « une connexion cruciale entre la langue du droit public et la connaissance de la constitution. En d'autres termes, le langage du droit public modèle et parfois transforme aussi, la manière dont la constitution est comprise »¹¹¹⁶. Ce rapport entre langue du discours et réalité de l'objet laisse apparaître un nouvel espace au sein des modèles de représentation du droit public britannique où peut se jouer davantage que la description objective de l'objet. Parce que cet espace laisse la possibilité que se logent de nouvelles traces d'un hors-discours ou d'un hors-droit, il laisse aussi la place pour que se poursuivent les traces portées par le modèle orthodoxe au-delà même de sa pertinence en tant que modèle. Ainsi, le rapport construit par le modèle orthodoxe entre sa langue et la pratique du droit public qu'il cherche à transcrire et contenir hante les modèles qui lui survivent et marque aussi la pratique elle-même du droit public. Cette persistance s'exprime dans le rapport entre la simplicité du langage du droit public britannique et de la complexité de la réalité empirique de l'objet qu'accentue le rationalisme qui marque les représentations du droit public britannique (A) et semblent à la fois alimenté et être alimenté

¹¹¹⁴ G. Gee, G. Webber, « A Grammar of Public Law », *German Law Journal*, Vol. 14, n°12, Décembre 2013, pp. 2137-2156, p. 2138

¹¹¹⁵ *Idem*, p. 2139

¹¹¹⁶ *Ibid.*

par la construction d'un rapport entre le discours sur le droit et la pratique de ce même droit intégré dans une approche libérale du pouvoir (B).

A. Le Rationalisme des discours sur le droit public britannique

382. La recherche de principes au cœur du discours sur le droit public britannique.

« Maîtriser la science sans loi de notre droit, cette myriade de précédents sans codes, Cette contrée sauvage de cas uniques »¹¹¹⁷. Comme une image de l'anti-rationalisme¹¹¹⁸ qui marque la méthode de la *common law*, la citation du poème de Lord Tennyson semble être un classique lorsque revient aux auteurs de droit britannique d'exprimer le caractère non systémique de leur ordre juridique. Dans le champ du droit public, si la méthode de la *common law* « a conservé tant de sa force dans la période contemporaine »¹¹¹⁹, il apparaît néanmoins que le développement d'un discours académique sur la constitution et l'action administrative tend à rationaliser le langage du droit britannique, y compris celui de la *common law*. Ce phénomène de rationalisation passe par la construction d'une relation particulière entre les principes formés dans la langue du droit public et les réalités pratiques que ces derniers visent à décrire. Il trouve ainsi à s'exprimer dans le langage du droit public et se matérialise plus particulièrement dans la place qui y est laissée à la nuance, à l'incertitude et à la complexité propres au réel de la pratique constitutionnelle et administrative¹¹²⁰. En effet, et parce que ce qui caractérise le rationalisme dans le discours, que ce dernier soit politique¹¹²¹ ou juridique¹¹²², est une propension à ne reconnaître comme seul savoir valide que celui pouvant être « clairement, précisément et explicitement articulé en des systèmes de règles, principes et maximes »¹¹²³, ce dernier participe du phénomène de simplification de la langue du droit public autour de principes construits et transmis comme les seuls outils de compréhension et de représentation du droit positif¹¹²⁴. C'est ainsi dans la recherche de principes capables de contenir toute l'expérience de la constitution et du droit administratif britannique que transparaît le rationalisme au cœur des discours sur le droit public au Royaume-Uni.

¹¹¹⁷ Lord Tennyson, *Aylmer's Farm*, 1793, «Mastering the lawless science of our law, that codeless myriad of precedent, That wilderness of single instances»

¹¹¹⁸ M. Loughlin, « Tinkering with the constitution », *MLR*, Vol. 51, 1988, pp. 531-548, p. 537

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 536

¹¹²⁰ G. Gee, G. Webber, « A Grammar of Public Law », *op. cit.*, p. 2142.

¹¹²¹ M. Oakeshott, *Rationalism in Politics and other essays*, Indianapolis, Liberty Fund, 199, 407 p. 408-409.

¹¹²² G. Gee, G. Webber, «Rationalism in Public Law», *MLR*, Vol. 73, n°4, 2013, pp. 708-734, voir aussi M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, pp. 67-83.

¹¹²³ *Idem.*

¹¹²⁴ G. Gee, G. Webber, « A Grammar of Public Law », *op. cit.*, p. 2142.

383. Cette quête des principes est au cœur même du modèle orthodoxe. Elle découle de sa filiation avec la pensée diceyenne qui, la première, a proposé la recherche de principes juridiques clairs et précis pour rendre compte de la constitution britannique. Dès les premières lignes de *The Law of the Constitution*, Albert Venn Dicey évoque la nécessité de construire un ensemble de principes permettant de parler juridiquement de la constitution du Royaume-Uni. Cette recherche des « principes directeurs »¹¹²⁵ répond de deux logiques. Premièrement, elle permet et participe à la construction d'un champ discursif où parler juridiquement de la constitution. En recherchant des principes autonomes de ceux proposés par la science politique ou l'histoire des institutions, Dicey façonne la possibilité d'un champ disciplinaire réservé au droit constitutionnel puis au droit public. Mais, en l'absence d'une matrice disciplinaire où faire sens des propositions nouvellement formulées sur l'objet constitution, en l'absence d'une tradition de pensée préexistante et dans laquelle enraciner les modes de représentation de l'objet, l'utilisation de principes abstraits et la création d'une structure logique entre eux permet un système de justification non pas fondé sur l'autorité d'un savoir antérieur, mais sur la raison seule¹¹²⁶. « En cherchant à faire sens de la constitution via des ensembles de principes – la souveraineté du Parlement, le *Rule of law*, les conventions – Albert Venn Dicey a élevé le droit et sa prétention à la raison, l'ordre et la certitude au-dessus de la politique et de l'histoire »¹¹²⁷. Le rationalisme alors exprimé répond à un esprit scientifique géographiquement et temporellement situé ; il découle des Lumières et la méthode positiviste en devient l'instrument. Mais, il ne procède pas seulement de la constitution d'un univers discursif nouveau et de la méthode qui lui est attribuée.

384. La simplification comme marqueur du discours sur le droit public britannique. Le rationalisme au cœur du projet diceyen tient aussi à l'objectif que l'auteur assigne à sa construction. En faisant de *The Law of Constitution* un ouvrage pédagogique où prévaut le souci de clarté, Dicey développe un discours sur la constitution britannique qui tend à gommer la complexité et les nuances de la pratique constitutionnelle. Parce qu'il s'agit d'offrir des images fortes, capables d'imprimer les esprits des étudiants¹¹²⁸, la langue utilisée va accentuer l'effet centripète exercé par les principes de Souveraineté du Parlement, du *Rule of law* ou des

¹¹²⁵ A. V. Dicey, *The Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. xxv.

¹¹²⁶ M. Troper, Pour une théorie juridique de l'Etat, Paris, PUF, Léviathan, 1994, pp. 107-126.

¹¹²⁷ G. Gee, G. Webber, op. cit., p. 724, « In purporting to make sense of the constitution via a set of principles – parliamentary sovereignty, the rule of law, and conventions – Dicey elevated law and its claims to reason, order and certainty over politics and history ».

¹¹²⁸ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, op. cit., p. xxv

Conventions de la constitution sur les représentations de la constitution. En proposant des principes définis simplement, en les structurant clairement entre eux, en rejetant hors de son modèle tous les cas limites qui pourraient brouiller l'image ainsi donnée de la constitution, Albert Venn Dicey accentue le phénomène de simplification du langage du droit public propre au rationalisme. Si « une connaissance ne peut (...) se transmettre par voie d'enseignement que lorsqu'elle est suffisamment aboutie pour s'être libérée de l'hésitation, de l'incertitude (...) »¹¹²⁹, elle ne peut le faire qu'en sacrifiant la complexité du réel à la clarté d'un monde de principes. L'enseignement apparaît alors comme le premier foyer de rationalisation du discours juridique¹¹³⁰. Parce qu'il est le lieu de socialisation au droit, celui où des individus jusqu'alors saisis par l'ordre juridique sans pouvoir le saisir vont entrer dans la culture de ce dernier, l'enseignement porte une double responsabilité. Celle de transmettre le monde commun que la matrice disciplinaire met en partage entre les juristes, mais aussi celle de laisser un espace au juriste nouvellement enraciné dans le monde du droit pour en proposer une lecture renouvelée¹¹³¹. L'enseignement du droit devrait dès lors permettre de voir au-delà des schémas et de la simplicité aveuglante des représentations enseignées pour les regarder telles qu'elles sont : des idéaux types permettant de faire sens à un moment donné de la complexité, mais qui ne peuvent lui être substitué. Il s'agit ainsi de remettre les idéaux types à leur juste place et une fois leur clarté assimilée, retourner vers le nuancier de gris que porte la pratique. Un retour vers une démarche pragmatique permettant de ne « se laisser fasciner ni par le système ou la totalité, ni par le chaos ou le particulier, mais [de] concevoir 'la tragédie de la pensée condamnée à affronter des contradictions sans jamais pouvoir les liquider' »¹¹³².

385. Or, le rationalisme propose l'exact opposé. En inversant le rapport entre la pratique et sa représentation dans les discours scientifiques, il « suppose que les principes sont supérieurs à la pratique plutôt que redevables et intégrés à cette dernière »¹¹³³. Cet inversement amène à une nécessaire perte au sein des modèles issus de la rationalisation de la pratique¹¹³⁴. Il impacte la construction de la langue du droit public britannique, mais aussi la manière qu'a cette langue

¹¹²⁹ A. Atias, « La controverse et l'enseignement du droit », *op. cit.*

¹¹³⁰ G. Graham, G. Weber, « Rationalism in Public Law », *op. cit.*, p. 723

¹¹³¹ H. Arendt, « Crise de l'Éducation », In. H. Arendt, *Crise de la culture*, Paris, Gallimard, Folio essais, 1961, « C'est également avec l'éducation que nous décidons si nous aimons assez nos enfants pour ne pas les rejeter de notre monde, ni les abandonner à eux-mêmes, ni leur enlever leur chance d'entreprendre quelque chose de neuf, quelque chose que nous n'avions pas prévu, mais les préparer d'avance à la tâche de renouveler un monde commun ».

¹¹³² Hassan Abdelhamid, « les paradigmes postmodernes », In Ghislain Othis (dir.), *Méthodologie du pluralisme*, Clamecy, Editions Karthala, collection 4 vents, 2012, pp. 135-182, p. 144.

¹¹³³ G. Graham, G. Weber, « Rationalism in public law », *op. cit.*

¹¹³⁴ R. Pound, « Classification of Law », *Harvard Law Review*, p. 940, « A restatement of the law may be arranged so schematically from a pedagogic standpoint as to lose something of its value for other purposes ».

de construire le monde du droit public britannique. Les principes de souveraineté du Parlement, du *Rule of law* ou encore la notion de conventions de la constitution qui forment le vocabulaire de cette langue s'emploient dans une logique de tout ou rien où l'affaiblissement d'un principe apparaît comme une anomalie et ne s'impose à la langue du droit qu'à la condition que la multiplication des cas limites ou des cas sortant de son champ de rationalisation, soit tel qu'il ne puisse maintenir le principe qu'en sacrifiant sa prétention à une représentation raisonnée du réel. Mais, en dehors de cette pression exceptionnelle exercée par le réel sur les principes, la dispersion de la pratique n'est pas intégrée par la langue du droit public. Soit elle est utilisée par des constructions cherchant à remettre en cause la grammaire du droit public britannique, soit elle est dissoute dans cette grammaire qui favorise la force d'explication du principe à la diversité de la pratique. En l'absence d'une échelle permettant de rendre compte de la diversité et de la subtilité de la pratique, le rationalisme au cœur de la pensée diceyenne force la pratique pour la faire entrer dans le principe¹¹³⁵. Cette tendance, illustrée par la difficulté pour les auteurs inscrits dans le discours orthodoxe à parler depuis la langue du droit public construite à la suite du modèle diceyen, du développement de l'État administratif ou encore par le décalage mis en lumière par Sir Ivor Jennings entre le principe de souveraineté du Parlement et la réalité de la pratique parlementaire¹¹³⁶, comporte un risque : oublier depuis où est formulé le discours sur le droit et ne plus voir la pratique par-delà les principes. À éclairer trop fortement la pensée, le rationalisme projette des ombres qui laissent dans le modèle de nombreux impensés¹¹³⁷.

386. Le divorce entre principes et pratiques du droit public britannique. Au-delà du processus de simplification lié à sa portée pédagogique, la difficulté inhérente au rationalisme diceyen réside dans sa reprise par le modèle orthodoxe. Cette dernière fait passer la langue et la grammaire du droit constitutionnel pensées et construites comme un modèle pédagogique au statut de modèle théorique¹¹³⁸. Le rationalisme qui avait alors une valeur explicative devient le seul univers cognitif par lequel le sujet peut exprimer sa pensée sur l'objet « droit public ». Cette simplification de l'univers du discours sur le droit public britannique est d'autant plus marquée que la reprise de la pensée diceyenne, une fois passée au crible du principe d'auteur,

¹¹³⁵ G. Gee, G. Webber, « Rationalism in public law », *op cit.*, p. 1241.

¹¹³⁶ I. Jennings, *The Law and the Constitution*, *op. cit.*

¹¹³⁷ Pour une analyse des impensés du modèle orthodoxe, voir Chapitre 4

¹¹³⁸ Les principes susnommés servent dans la quasi-totalité des *textbooks* de grille de compréhension de la matière publique.

tend à gagner une cohérence et homogénéité qui n'est pas celle d'une pensée scientifique individuelle marquée par les évolutions et fléchissements propres aux chercheurs. Telle qu'interprétée par le modèle orthodoxe et une fois faite paradigme, la pensée diceyenne est défaite de ses nuances et des doutes formulés par Dicey quant à l'unité et la clarté de ses propres concepts. La confrontation entre les concepts diceyens et la pratique constitutionnelle proposée par Dicey lui-même en introduction à la huitième édition de *The Law of the Constitution* sont ainsi balayées. Ni le constat que « la foi dans le régime parlementaire a souffert d'un extraordinaire déclin »¹¹³⁹, ni « que l'ancienne vénération pour le *Rule of law* en Angleterre a souffert ces trente dernières années d'un déclin marqué [que] la vérité de cette affirmation est prouvée par la pratique législative réelle, par l'existence parmi certaines classes d'une certaine méfiance à l'égard à la fois du droit et des juges, et par la tendance marquée de recourir à des méthodes non juridiques pour atteindre des fins sociales ou politiques » n'impactent la cohérence et la force des principes affirmés par le modèle orthodoxe. Au processus de rationalisation de l'objet « droit public » dans le discours sur le droit public s'ajoute un processus de rationalisation du discours lui-même.

387. Si ces phénomènes de rationalisation successifs accentuent l'écart entre le discours sur le droit public et la pratique de ce dernier¹¹⁴⁰, le risque porté par le rationalisme dans le modèle diceyen puis le modèle orthodoxe n'est pas resté sans critiques. La méthode fonctionnaliste en proposant un retour vers une lecture pragmatique de la constitution a permis de faire jouer les échelles d'abstraction¹¹⁴¹. Adoptant un regard tourné vers la pratique, la méthode fonctionnaliste est venue interroger le rapport proposé par Dicey et les auteurs orthodoxes à sa suite, entre le réel du droit public et le langage juridique construit pour le représenter. J. A. G. Griffith, en rendant explicite la réinscription par la méthode fonctionnaliste du droit dans la pratique politique¹¹⁴², déplace le critère de justification des principes formés dans le discours sur le droit public pour représenter le droit positif. Ces derniers n'ont plus à être clairs et cohérents puisque leur justification n'est plus dans leur mise en relation au sein d'un système rationalisé, mais dans la politique comme « tradition de comportement »¹¹⁴³. Prime ici « un principe de continuité : l'autorité est diffuse entre le passé, le présent et le futur ; entre l'ancien,

¹¹³⁹ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, 8e éd., p. xcii.

¹¹⁴⁰ G. Gee, G. Webber, « A Grammar of Public Law », *op. cit.*, p. 2155, « *unreflective use of language can be dangerous, especially where the simplicity, certainty, and boldness of that language conceals the complexity, contingency, and uncertain nature of legal and political practices and so structures public law thought in ways that distance understandings of the constitution from legal and political practice* ».

¹¹⁴¹ M. Loughlin, *Public Law and Political theory*, *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁴² J. A. G. Griffith, « The Political Constitution », *op. cit.*

¹¹⁴³ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 70.

le nouveau et ce qui vient »¹¹⁴⁴. Le langage du droit public peut alors quitter les métaphores par lesquelles ses principes sont le plus souvent exprimés¹¹⁴⁵ et embrasser une complexité nouvelle prenant en charge les conflits politiques et dépassant l'illusion libérale d'un consensus dans le droit. La reconnaissance du conflit comme prémisse politique au droit implique un vocabulaire plus nuancé et capable d'évolution. La volonté de John Griffith de parler « politiquement » du droit porte la potentialité d'une grammaire antirationaliste du droit public¹¹⁴⁶. La filiation affichée entre le *political constitutionalism* et la pensée de John A. G. Griffith pourrait laisser à penser que ce dernier courant, loin de porter le rationalisme propre au modèle orthodoxe, prolongerait la démarche pragmatique portée par le fonctionnalisme.

388. Tel n'est cependant pas le cas. La reformulation des principes hérités du modèle orthodoxe dans le contexte méthodologique du *political constitutionalism* n'amène pas à une redéfinition de ces derniers en termes d'échelle ou de spectre qui permettrait de rendre compte de la réalité de la pratique constitutionnelle. Le modèle le plus abouti du *political constitutionalism*, proposé par Adam Tomkins, propose certes une redéfinition politique de la souveraineté du Parlement, mais la formulation de ce dernier principe comme « une simple – et magnifique – règle »¹¹⁴⁷ renvoie à la simplicité de langage porté par le modèle orthodoxe et non pas à la volonté de contextualisation et de nuances avancées par la proposition de J. A. G. Griffith¹¹⁴⁸. La transition d'un discours prescriptif vers un discours normatif cherchant à fournir un modèle de substitution à la représentation proposée par le *common law constitutionalism* amène le discours du *political constitutionalism* à rationaliser sa propre construction du droit public. Le « tournant théorique » qui marque le discours sur le droit public britannique parce qu'il implique de nouvelles systématisations des représentations du droit constitutionnel et du droit administratif prolonge la grammaire rationaliste développée par le modèle orthodoxe¹¹⁴⁹.

389. Cela est particulièrement vrai dans le cadre du discours construit par le *common law constitutionalism* qui prend pour cadre théorique les travaux d'auteurs comme Ronald Dworkin ou John Rawls déjà reconnus pour le rationalisme de leurs propres constructions¹¹⁵⁰. Le *common law constitutionalism* propose la version la plus aboutie du discours rationaliste

¹¹⁴⁴ M. Oakeshott, *op. cit.*, p. 128, cité par M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p.70.

¹¹⁴⁵ J. A. G. Griffith, «The Political constitution», *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁴⁶ G. Gee, G. Graham, « The Grammar of Public law », *op. cit.*, p. 1241.

¹¹⁴⁷ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁴⁸ J. A. G. Griffith, « The Political Constitution », *op. cit.*

¹¹⁴⁹ G. Gee, G. Graham, « Rationalism in Public Law », *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁵⁰ M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 107-126.

sur le droit public. La recherche de principes n'y est plus que le fait du discours sur le droit, mais devient le cœur même du droit positif à travers l'office du juge. En effet, appliqué au droit le rationalisme suppose qu'avant l'expérience du politique des principes comme celui de liberté, de souveraineté ou de droits puissent être définis de manière abstraite¹¹⁵¹. Le concept est déterminé avant son expérience dans le réel de la pratique du droit. C'est ce que propose le *common law constitutionalism* en inversant le rapport hiérarchique entre souveraineté du Parlement et principe du *Rule of law*. Dans ce modèle, les droits et libertés en échappant à la définition de leur contenu par un processus politique et pratique au sein du Parlement, deviennent des notions abstraites définies de manière fixe et cohérente au sein soit d'une déclaration de droit soit du processus moral et rationnel par lequel le juge de *common law* parvient à une décision¹¹⁵². Ainsi, la grammaire rationaliste du modèle orthodoxe en se poursuivant et en se mêlant aux phénomènes de rationalisation portés par l'intégration européenne, dans les discours lui succédant, trouve une forme de permanence. Ce processus de rationalisation doit cependant être lu en parallèle de l'évolution d'une autre trace laissée par le modèle orthodoxe dans le renouveau des discours sur le droit public : la question du libéralisme.

B. L'affirmation du Libéralisme dans les discours sur le droit public britannique

390. La redéfinition libérale du principe du *Rule of Law*. Le rationalisme développé par le modèle orthodoxe laisse entendre un écho dans le discours du *political constitutionalism* et plus spécifiquement dans celui du *common law constitutionalism*. Il précède autant qu'il hante la langue que ces deux modèles cherchent à reconstruire pour le droit public britannique. Néanmoins, là où dans le premier discours la hiérarchisation entre politique et juridique limite l'impact de la rationalisation au seul niveau du discours sur l'objet, le second, au contraire, se laisse pleinement imprégner par le rationalisme porté par la grammaire du modèle orthodoxe. Toutes les dimensions du droit y sont impactées : à la fois le discours sur l'objet et par un retour prescriptif, le discours de l'objet lui-même. Ce faisant, les traces laissées par la grammaire du modèle orthodoxe participent et favorisent le développement d'une langue des droits et libertés qui remodèle la compréhension du droit public britannique contemporain.

¹¹⁵¹ G. Gee, G. Graham, «The Grammar of Public law», *op. cit.*, p. 1242.

¹¹⁵² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, *op. cit.*, pp. 38-48, voir pour une application à la constitution britannique: T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op.cit.*

391. Ainsi, en ordonnant et systématisant le langage sur le droit public, la grammaire du modèle orthodoxe ne fait pas que simplifier la pratique du droit public, elle participe aussi de son orientation. Elle organise dans le langage du droit un rapport entre l'objet et le discours fondé sur la raison et la connaissance et par cette construction offre les conditions nécessaires à une lecture libérale du droit public britannique. Dans le champ des théories de la connaissance¹¹⁵³, le lien entre épistémologie rationaliste et théories libérales trouve ses racines dans la place que font ces dernières à la raison comme principe de détermination de l'action humaine¹¹⁵⁴. Si un tel lien se voit discuté, il semble devoir trouver une illustration dans le rapport qu'instaure le modèle orthodoxe entre le langage qu'il construit pour le droit public britannique et le droit positif qu'il entend représenter, mettant ainsi à jour la perméabilité des modèles de représentation de la connaissance juridique aux idéologies politiques.

392. Mais, ce qui permet d'établir le lien entre les traces du rationalisme du modèle orthodoxe et le libéralisme du discours du *common law constitutionalism*, ne se limite pas à la familiarité entretenue par ces deux modes de pensées. Il réside avant tout dans la préexistence d'une interconnexion, au cœur même du modèle orthodoxe, entre rationalisme et protection des droits individuels. En effet, le prisme libéral n'est pas une nouveauté apportée par le *common law constitutionalism* dans les discours sur le droit public britannique. Il n'est pas le produit du travail de rationalisation effectuée par le discours du *common law constitutionalism* sur les structures de sa représentation du droit public. Il s'enracine au contraire dans le modèle orthodoxe et avant lui dans le modèle diceyen où il trouve une première source. Ce dernier, dans la construction d'un principe dédié à la protection des individus et à la limitation de l'action de l'État, le concept du *Rule of law*, porte l'imaginaire des théories libérales classiques telles que proposées par John Locke ou encore Montesquieu¹¹⁵⁵. Mais, le concept de *Rule of law* diceyen ne semble pouvoir être limité à cet héritage des théories contractualistes et des Lumières, ou plutôt limiter la lecture du *Rule of law* diceyen à cet héritage serait manquer une importante part de ce qu'il est. En faisant du *Rule of law* une notion ancrée dans la *common law* et institutionnalisée dans l'office du juge, Dicey inscrit son concept dans une temporalité et un système de justification qui n'est pas celui du libéralisme classique et du rationalisme qui l'accompagne. Ces derniers s'expriment certes dans le souci de limitation de l'action de la Couronne pour garantir la protection des individus et dans la systématisation de concept

¹¹⁵³M. Oakeshott, *Rationalism in Politics*, op. cit., M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, op. cit., pp. 206-210.

¹¹⁵⁴G. F. Gaus, « Liberalism and Reason », In., *Contemporary Theories of Liberalism : Public Reason as a Post-Enlightenment Project*, SAGE publications, 2003, pp. 12-31, voir plus précisément, pp. 12-15.

¹¹⁵⁵M. Loughlin, *Sword and Scales*, op. cit., pp.77-78.

permettant la défense et la justification de cette protection. Mais, le concept du *Rule of law* diceyen renvoie, au-delà des théories libérales issues des dix-septième et dix-huitième siècle, à une notion plus ancienne, une notion centrée sur la tradition : le *Rule of law* comme « *Rule of reason* »¹¹⁵⁶.

393. Héritée de la pensée aristotélicienne¹¹⁵⁷, la définition du *Rule of law* comme « *Rule of reason* » repose sur une théorie de la Justice réalisée par la seule classe gouvernante. Elle suppose que « ceux impliqués dans la délibération politique – comprise comme désignant à la fois le processus législatif et le processus judiciaire – manifestent la vertu de la sagesse issue de la pratique »¹¹⁵⁸. En d'autres termes, elle repose sur la rigueur morale de la classe dirigeante et sa capacité à mener une action juste dans l'intérêt général. Ainsi défini, le principe de *Rule of law* comme *Rule of reason* apparaît comme un idéal politique¹¹⁵⁹ autonome de toute théorie démocratique. Pour autant, au-delà du champ théorique, le professeur Martin Loughlin observe que les caractéristiques attribuées à Aristote au principe de *Rule of reason* se retrouvent dans la conception traditionnelle de la *common law* britannique¹¹⁶⁰. Le *Rule of reason* est compris comme étant ancré non dans des principes formulés de manière abstraite, mais dans une tradition de la raison. Cette raison se distingue cependant de celle proposée par les contractualistes et les libéraux. La raison au cœur de ce principe ancien du *Rule of law* est le produit de l'expérience pratique, elle est une forme de sagesse acquise et transmise au fil des générations par l'expérience. Elle suppose un mode de connaissance non rationalisé et un système de justification immanent qui n'est pas celui développé par la science moderne. Or, la *common law* britannique trouve sa légitimité dans son processus de reproduction dans le droit par le principe du précédent, mais aussi dans sa transmission par les discours de ceux qui font et parlent sur le droit grâce à un système d'éducation réservé à une portion très limitée de la société¹¹⁶¹. Parce qu'elle devient la tradition de cette élite, la *common law* rejoint l'idée d'un *rule of reason* réservé à l'action de la classe dirigeante. Plus largement, elle est à la fois un

¹¹⁵⁶ M. Loughlin, *Sword and Scales: An examination of the relationship between Law and Politics*, op. cit., p. 69

¹¹⁵⁷ *Idem.*, pour d'autres lectures de la constitution britannique basée sur la philosophie aristotélicienne, voir, N. W. Barber, *The Constitutional State*, op. cit., Lord J. Laws, « Law and Democracy », op. cit.

¹¹⁵⁸ M. Loughlin, *Sword and Scales*, op. cit., p. 70

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ *Idem.*, p. 71, « The Aristotelian idea of the rule of law influenced the work of the Roman rhetoricians and, through the study of these classic texts, has permeated the culture of British constitutional understandings ».

¹¹⁶¹ M. Loughlin, *Sword and Scales*, op. cit., p. 71, « These characteristics of the British constitution were consolidated during an era of aristocratic government in which political experience was passed down within the governing class from generation to generation, a process which found its clearest institutional expression in the typical progression which young gentlemen made from the Clarendon public schools, through the Oxford and Cambridge colleges, and then on to the Houses of Parliament, the Inns of Court or the administrative class of the civil service », voir aussi, Walter Bagehot, *The English Constitution*, London, R.H.S. Crossman ed., 1867, pp. 122-123

ensemble de règles et une tradition et assure dès lors et une fonction juridique et une fonction sociale. Son inscription dans un principe de justification narratif, horizontal, marqué par la temporalité et un principe de dispersion entre les cas particuliers en fait un mécanisme immanent. La *common law* est par essence un système de connaissance pratique, un « *practical wisdom* » à même de guider l'action de cette classe dirigeante qui la reconnaît comme tradition¹¹⁶².

394. L'impact de cet enracinement du principe diceyen du *Rule of law* dans la notion de *common law* et son *Rule of reason* emporte deux conséquences. Premièrement, il est l'une des expressions du conservatisme qui façonne la construction diceyenne. En effet, dans le contexte d'un principe du *Rule of law* dérivé de la tradition localisée de la *common law*, la protection de la liberté se construit et passe par une classe très restreinte. Cette constitution, prédémocratique¹¹⁶³, dans laquelle se dessinent certes des dynamiques libérales, est désignée par Keith D. Ewing sous le terme de « *property constitution* »¹¹⁶⁴. Ainsi formulée, l'expression rend apparent ce que le système du *Rule of law* comme *rule of reason* fait à la question libérale : la restreindre à la seule protection des libertés des propriétaires terriens. La liberté repose dès lors dans la seule protection des libertés individuelles d'une portion limitée de la société et non dans une structure institutionnelle qui viserait en séparant les pouvoirs à limiter le gouvernement¹¹⁶⁵. Par là même, elle met en lumière ce que le professeur Paul Craig rappelle en introduction à son chapitre dédié à la question du libéralisme dans *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America* : « Le libéralisme n'est pas, en lui-même, une théorie démocratique »¹¹⁶⁶. Ce n'est que lorsqu'il est intégré dans une théorie politique plus large, elle-même démocratique, que le libéralisme peut être connecté à l'idéal démocratique¹¹⁶⁷. Or, dans le modèle diceyen la donnée libérale est avant tout enracinée dans un principe pensé par le prisme conservateur et non démocratique. Ce n'est que parce que le principe du *Rule of law* se trouve limité par sa hiérarchisation avec le principe de souveraineté du Parlement que ce dernier trouve un lieu de rencontre avec l'élément démocratique du modèle. Ce maillage complexe entre les différents idéaux politiques qui

¹¹⁶² M. Loughlin, *Sword and Scales*, op. cit., p. 62

¹¹⁶³ K. D. Ewing, « The Politics of the British Constitution », op. cit., p.407.

¹¹⁶⁴ *Idem.*

¹¹⁶⁵ Pour une analyse de la question de la séparation des pouvoirs dans la constitution britannique, voir A. Tomkins, *Public Law*, Oxford, OUP, Clarendon Law series, 2003, pp.

¹¹⁶⁶ P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, OUP, 1990, p. 245

¹¹⁶⁷ *Idem.*

habitent le modèle diceyen du droit public amène à relever une seconde conséquence de la définition du *Rule of law* comme *Rule of reason*.

395. Ainsi et deuxièmement, la hiérarchisation des principes de souveraineté du Parlement et de *Rule of law* matérialise une tension entre les deux dynamiques idéologiques qui encadrent dans le modèle diceyen la donnée libérale. L'équilibre délicat proposé par Dicey entre la force démocratique du principe de souveraineté du Parlement et la force conservatrice du principe de *Rule of law* reflète un moment précis du développement de la constitution britannique : celle de son passage d'une constitution prédémocratique à une constitution libérale¹¹⁶⁸, du « mouvement d'une constitution fondée sur la propriété pour la protection de la propriété à une constitution fondée sur la citoyenneté ». Par ce mouvement, les « individus sont devenus égaux politiquement, mais pas socialement ou économiquement », traduisant ainsi « une égalité formelle à défaut d'être une égalité réelle »¹¹⁶⁹. Le modèle diceyen capture et fige cette transition dans le langage systématisé de son modèle, mais les emporte avec lui dans la structure rationnelle de sa représentation du droit public. Il capture ainsi dans une langue du droit public pensée comme positiviste et rationnelle, des tensions politiques, mais aussi le caractère profondément antirationaliste de la *common law* qui sert de fondement à son principe du *Rule of law*. Dès lors, les tensions internes à la représentation proposée par Dicey sont à l'image des tensions habitant le cœur même de son objet au moment de cette transition. Cet équilibre précaire entre les différentes données idéologiques du modèle va se voir redéfini lors de la reprise du modèle diceyen dans la construction du modèle orthodoxe et sa cristallisation comme matrice disciplinaire.

396. Ce dernier, de par la dimension descriptive au cœur de sa fonction scientifique, va mettre en lumière d'autres dynamiques constitutionnelles que celles saisies par le modèle diceyen. Il ne s'agit plus de proposer une construction à cheval entre deux mondes ; celui de la constitution victorienne et de la constitution édouardienne, mais de transcrire dans le langage du droit public britannique la constitution telle qu'au lendemain de la Première Guerre Mondiale. Une constitution prise entre trois dynamiques distinctes : celles du renforcement démocratique¹¹⁷⁰, de l'affaiblissement de la tradition de *common law*¹¹⁷¹ et du développement

¹¹⁶⁸ K. D. Ewing, *op. cit.*

¹¹⁶⁹ *Idem.*, p. 412, « *So the first half of the century is one characterised by a move from a constitution based on property for the protection of property, to a constitution based on citizenship. People became political equals if not social and economic equals: a formal equality if not a real equality* ».

¹¹⁷⁰ K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *op. cit.*, pp. 406-412

¹¹⁷¹ J. A. G. Griffith, « The political Constitution », *op. cit.*, K. D. Ewing, C. a. Gearty, *The Struggle for Civil Liberties - Political Freedom and the Rule of Law in Britain, 1914-1945*, *op. cit.*

des politiques sociales¹¹⁷². Le modèle orthodoxe traduit le résultat d'un moment constitutionnel majeur qui conduit à la constitutionalisation des principes propres à une démocratie libérale. Dès lors, les équilibres entre les différents discours portés par le modèle diceyen se voient redéfinis. Le maillage entre tradition et libéralisme est en partie défait tandis que la donnée démocratique du modèle au travers de l'affirmation du principe de souveraineté du Parlement s'inscrit plus profondément dans l'identité de la constitution britannique. L'effacement de la donnée conservatrice dans l'affaiblissement puis la redéfinition du concept du *Rule of law* ont participé à la résurgence de la donnée libérale portée par le modèle. Il ne suffit cependant pas à l'expliquer. La redéfinition du principe du *Rule of law* passe avant tout par la recherche d'un équilibre renouvelé au sein de la démocratie libérale britannique à l'issue des crises successives des années soixante-dix et quatre-vingt. Il s'agit alors de mettre fin à la tendance illibérale du gouvernement britannique grâce à l'intégration du langage libéral des droits européens. En effet, la catégorie qui désigne un certain nombre de gouvernements occidentaux sous le terme de « démocratie libérale » doit avant tout être lue comme le résultat d'un équilibre entre deux pôles opposés portés par leur propre dynamique : celui de la démocratie d'une part et de l'autre celui du libéralisme. Là où le premier est un mécanisme politique qui fonde l'autorité et la légitimité du pouvoir¹¹⁷³ le second est un discours politique qui permet de le limiter pour garantir la liberté. Mais, comme le libéralisme n'induit pas par essence une limitation démocratique du gouvernement pour garantir les libertés, la démocratie n'induit pas par essence la protection des libertés pour légitimer le pouvoir. Ainsi, la catégorie de la démocratie libérale se trouve quelque part au milieu du spectre qui existe entre ces deux pôles. Elle n'est cependant pas sur ce spectre un point fixe, mais plutôt une échelle allant d'une démocratie forte reconnaissant une protection restreinte des droits et libertés à une démocratie faible reconnaissant une protection étendue des droits et libertés. Là où la constitution britannique aux sorties de la Première Guerre mondiale et sa représentation dans le modèle orthodoxe tendait vers le premier côté de cette échelle, l'évolution de cette dernière à partir des années quatre-vingt-dix l'attire au contraire du côté libéral de l'échelle.

397. Là où les modèles diceyen puis orthodoxe ont permis de rendre compte du développement et du renforcement de la part démocratique de l'équilibre institutionnel, la compréhension de ces derniers demeurerait dans le cadre d'une démocratie fondée sur un discours libéral classique hérité des dix-septième et dix-huitième siècle. Le discours de ce

¹¹⁷² K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *op. cit.*, pp. 417-426

¹¹⁷³ J. E. K. Murkens, « Democracy as the Legitimizing Condition in the UK Constitution », *op. cit.*

dernier se trouvait alors justifié par l'articulation entre un principe de légalité et un principe d'autorité, d'abord fondé dans la tradition de la *common law* puis dans la règle de reconnaissance démocratique selon laquelle « tout ce que fait le Queen-in-Parliament est du droit »¹¹⁷⁴. Ce discours libéral centré sur la question de l'origine du pouvoir, de la souveraineté et de la séparation des pouvoirs se voit concurrencé dans la seconde moitié du vingtième siècle par l'émergence de nouveaux discours libéraux. Ces derniers n'apparaissent plus comme un discours pouvant être intégré à une théorie politique plus large, mais comme des théories politiques intégrales postulant de la primauté de la question des droits sur toute autre question politique. John Rawls théorise en premier cette évolution, faisant du libéralisme une théorie de la justice complète¹¹⁷⁵ et permettant de fait l'émergence d'un libéralisme politique capable de s'autonomiser¹¹⁷⁶. Dès lors, la question de la protection des droits et libertés devient un fondement de l'autorité politique¹¹⁷⁷. Le rôle de la démocratie, telle qu'exprimée à travers le régime parlementaire, comme processus de légitimation de l'action politique et fondement de l'autorité du pouvoir est concurrencé. La préséance des droits et libertés sur la démocratie se trouve justifiée dans la moralité de ces derniers face aux risques de tyrannie de la majorité portée par le système démocratique¹¹⁷⁸.

398. Cette évolution du discours libéral n'est pas sans effet sur la théorie du droit et trouve à s'exprimer dans les travaux de Ronald Dworkin¹¹⁷⁹ et dans leur reprise et application à la constitution britannique par Trevor. Allan¹¹⁸⁰. La justification de la supériorité morale des droits et libertés immuables et déterminés en dehors du champ politique, permet alors la mise à distance la donnée démocratique de la constitution. Parallèlement à cette transition théorique assurée par le discours du *common law constitutionalism*, le droit positif contemporain se caractérise par l'affaiblissement du concept de souveraineté du parlement, l'intégration européenne et le déplacement des lieux de décision politique vers le gouvernement. Ainsi, y compris dans le discours du droit public britannique, l'assise démocratique de la constitution semble se fragiliser renforçant dès lors le discours « libéral-légaliste »¹¹⁸¹ du *common law constitutionalism*. Ce déplacement théorique, intégré dans le discours de certains juges,

¹¹⁷⁴ H. L. A. Hart, *The concept of Law*, op. cit., p. 129.

¹¹⁷⁵ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972.

¹¹⁷⁶ J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, Columbia classics in politics, 3rd ed., 2005.

¹¹⁷⁷ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 435 p., p. 23, « *The doctrine of freedom is part of the doctrine of authority* ».

¹¹⁷⁸ Idem.

¹¹⁷⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit.

¹¹⁸⁰ T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism* op. cit.

¹¹⁸¹ M. Loughlin, *Sword and Scales*, op. cit.

participe de la narration et de la justification du déplacement d'une lecture démocratique de la constitution britannique vers une lecture libérale complétée par un processus démocratique affaibli.

399. Si le libéralisme du *common law constitutionalism* n'est plus le même que celui porté par le modèle orthodoxe, ce dernier en intégrant les évolutions du droit positif et en défaisant le lien entre tradition et libéralisme classique présent dans la construction diceyenne, a laissé l'espace nécessaire pour la transition et l'expression forte et normative du libéralisme politique dans la construction juridique du modèle du *common law constitutionalism*. La trace laissée par le modèle orthodoxe sur son successeur ne réside alors pas tant dans la nature du libéralisme qui s'y exprime que dans la possibilité de la mise en lien de ce libéralisme avec les autres concepts politiques de la constitution, permettant dès lors, au discours prescriptif du *common law constitutionalism* de participer à la redéfinition de la démocratie libérale britannique.

CONCLUSION

CHAPITRE 1

Le modèle orthodoxe est plus que sa fonction scientifique. Parce qu'il porte les traces de discours et valeurs en dehors du droit, son principe de véridiction ne se limite pas à une fonction de description du réel de son objet. Il tisse au contraire un rapport complexe d'actions et rétroactions entre sa propre structure, l'objet juridique qu'il entend représenter, et, au-delà de cet objet, les discours politiques et sociaux qui participent de son enracinement dans une histoire et dans une culture. Dans ce triptyque, s'ajoute deux nouvelles fonctions au cœur du modèle orthodoxe : une fonction politique et une fonction sociale. Le discours orthodoxe du droit public britannique est donc situé et il porte en lui les traces de cette localisation, qui, si elles participent de la création de son univers discursif et de sa production de sens, entrent aussi en tension avec la fonction descriptive que le modèle revendique. En portant plus que sa fonction scientifique, le modèle perd en plasticité. Mais, en atteignant une fonction sociale comme matrice d'identités, le modèle orthodoxe ne disparaît pas dans l'affaiblissement de sa fonction scientifique ou dans le dévoilement de sa fonction politique.

Par un processus de dispersion de sa structure et de sa grammaire sous forme de traces et de résurgences, le modèle orthodoxe crée une tradition dans laquelle vont s'inscrire les discours lui faisant suite. En fournissant un récit des origines de la discipline, il offre aux discours du *political* et du *common law constitutionalism* un autre principe de véridiction que celui de la logique rationaliste. Il fournit une narration qui persiste là où le récit logique du modèle ne peut plus saisir les évolutions du droit public. Il précède et justifie les écarts entre le réel de l'objet et sa représentation en offrant un autre système de justification qui complète celui de la rationalité juridique sous la forme d'une justification antérieure. Il tisse un principe de légitimation et de rapport au temps, à la mémoire de la discipline qui participe à sa manière à la production de sens et de vrai au sein des discours qui lui sont postérieurs. A mesure que la rupture avec le réel de son objet est consommée, le modèle orthodoxe fournit un principe de continuité entre les différents discours sur le droit public britannique. Il est ainsi hanté par les traces d'un extérieur qui le précède avant de lui-même, à mesure que sa raison scientifique s'amointrit, venir hanter et conditionner ce qui lui survit. Dans un jeu entre des pleins et des creux, le modèle laisse ainsi des traces positives dans les formulations nouvelles de la représentation du droit public britannique par la reprise des éléments lui ayant permis de

construire un univers discursif. Mais, il laisse aussi des traces négatives dans les impensés qui se reproduisent de discours en discours et laissent en dehors de toute représentation du droit public britannique une image claire de la place et du pouvoir accordé tant à la Couronne qu'au peuple. En concentrant leur mythologie sur le Parlement et les juges, le modèle orthodoxe et les discours lui faisant suite projettent une ombre qu'il s'agit d'investir afin de percevoir l'ensemble des évolutions ayant saisi l'objet « droit public britannique ». Il convient donc d'envisager et d'analyser le contenu de ces traces négatives laissées par la tradition du modèle orthodoxe dans la pensée sur droit public britannique.

CHAPITRE 2

LES EFFETS DES SILENCES DE LA TRADITION ORTHODOXE SUR SON OBJET

400. La tradition du modèle orthodoxe est la matrice discursive au sein de laquelle se forment les discours postérieurs et concurrents sur le droit public britannique. Elle offre à ces derniers un principe de justification qui s'étend au-delà de la seule rationalité scientifique moderne en construisant un système de véridiction qui ne peut être réduit au seul mécanisme de l'épistémologie positiviste et de son principe de conformité au réel. Au contraire, son principe de véridiction se disperse dans des traces d'un hors droit qui la portent et qu'elle porte en retour, participant à la construction d'un sens et d'une compréhension de l'objet « droit public » au-delà même de cet objet. Ces traces de hors droit, en se rattachant à d'autres logiques de justification que celle d'une conformité au réel, offrent la possibilité pour la tradition du modèle orthodoxe d'ajouter au réel de son objet. Cet ajout, cet « en-plus », a jusqu'alors été entendu comme étant à son tour une trace imprimée par la tradition orthodoxe sur les discours contemporains qu'elle participe à former. Cependant, l'étude de ces traces discursives dites « positives » a aussi laissé entrevoir que la tradition du modèle orthodoxe comme ensemble discursif ne se limitait pas à ajouter à l'objet qu'elle représente, mais laissait aussi apparaître des absences ou des silences jusqu'alors désignés sous le terme « d'impensés ».

401. Cette dernière qualification doit cependant être corrigée. L'absence constatée d'un discours juridique sur le pouvoir Exécutif ou encore sur le Peuple au sein de la tradition du modèle orthodoxe ne signifie pas nécessairement leur totale absence de conceptualisation. Il y a plus dans l'absence que la seule non-présence d'éléments. Les absences du discours ont une consistance propre et font partie intégrante de ce dernier. Parce qu'ils se révèlent aussi signifiants que les concepts exprimés par le discours, la consistance de l'absence doit-être interrogée. Révèle-t-elle ainsi un silence gardé ou imposé au discours sur le droit par les traces qu'il porte, ou bien l'existence d'autres univers discursifs capable de dire et de dire mieux ce que le discours juridique laisse en creux ? Si tel est le cas, permet-elle de souligner l'incomplétude du discours juridique et sa nécessaire lecture à la lumière d'autres discours normatifs ? Existe-t-il un risque pour le discours sur le droit à laisser dans l'ombre ces creux sans chercher à s'en saisir ? Afin d'envisager ce que l'absence dit du modèle orthodoxe et de sa tradition, une analyse complète de ces derniers suppose dès lors de se tourner vers ces creux

et, en les investissant, de rechercher dans leur rapport au droit positif, mais aussi dans leur répétition ou atténuation dans les discours postérieurs au modèle orthodoxe, la signification qu'ils portent pour la compréhension et la mise en sens du droit public britannique. En somme, il convient de soulever en quoi l'absence dans le discours juridique peut, tout comme l'ajout, participer de la construction d'un discours irréductible au réel de son objet.

402. L'étude de ces creux, ces traces discursives désignées comme « négatives » pose cependant une réelle difficulté épistémologique. En effet, comment révéler « le dire » de ce qui manque sans investir cet espace laissé vide de ce que l'observateur porte comme culture juridique ? Le regard français¹¹⁸² ne tend-il pas, dans le cas présent et par habitude, par trace d'une autre culture que la culture juridique britannique, à surévaluer l'absence d'un discours juridique sur l'Exécutif et sur le Peuple au détriment, peut-être d'autres silences ? Le professeur Pierre Legrand offre certainement une échappatoire face à cet écueil, en rappelant que la mise à jour de réseaux de traces – que ces derniers soient dans le droit positif ou comme dans le cas présent dans le discours sur le droit – relève d'un nécessaire travail d'interprétation de la part du comparatiste. Plus que la mise en lumière de la vérité du droit étranger, la mise en lumière de traces relève toujours d'un éclairage particulier du système juridique autre¹¹⁸³. À cette justification méthodologique s'ajoute néanmoins, un constat empirique : la crise constitutionnelle et politique résultant du processus de sortie de l'Union Européenne a semblé-t-il participé de la mise en avant de ces absences dans le discours juridique et interroge la nécessité de remplir le vide ainsi laissé dans le discours juridique.

403. Dès lors, l'étude de ces deux absences, parce qu'elles participent à interroger la nature et la viabilité de la constitution britannique lorsque cette dernière se trouve mise sous pression¹¹⁸⁴ permet la mise en lumière des effets des silences entretenus par le modèle

¹¹⁸² Le déterminant « le » est ici abusif, puisque l'étude ne se propose que d'être « un » regard français parmi d'autres.

¹¹⁸³ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, pp. 235-236, « Apprendre l'histoire ou la politique ou l'économie anglaise, par exemple, pour en déceler les traces constitutives du droit anglais, c'est déjà un énorme défi pour le comparatiste français. Puisque celui-ci « choisit » telle perspective ou tel angle d'analyse, il faut bien voir que l'explication qu'il proposera pour rendre compte du droit anglais – ce réseau de traces auquel il aura voulu s'attarder, cette mise en sens qu'il suggérera, cette mise en scène – ne relève pas de l'idée de « vérité ». Ce qu'il dit du droit anglais, la lecture qu'il en revendique, ne peut pas s'offrir comme étant « vraie ». Pour reprendre cette affirmation de manière un peu plus exaspérante encore, mais non moins pertinente, je veux énoncer ce qui suit : ce que je dis du droit anglais en tant que comparatiste, ce n'est pas vrai, ce n'est nécessairement pas vrai – et cela, car c'est moi qui parle et que je ne peux pas tout dire. Nous l'avons vu : ce que je propose relève d'une interprétation dont le lecteur est appelé à juger au vu d'autres interprétations également disponibles ».

¹¹⁸⁴ R. Masterman, C. Murray, « A House of Cards? », *UK Constitutional Law Association Blog*, consulté le 19/12/2019, disponible à : <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/04/roger-masterman-and-colin-murray-a-house-of-cards/>, « *The resilience of this unwritten, flexible, responsive and cumulative constitution will*

orthodoxe et sa tradition sur leur objet. Par la même, il dévoile un autre rapport entre le discours sur le droit et son objet, rapport qui dépasse la seule fonction scientifique du discours. Le silence gardé du modèle orthodoxe et de sa tradition met à jour de nouvelles fonctions du discours sur le droit et de nouvelles articulations avec le hors-droit dans le système britannique. Pour autant, le silence sur l'Exécutif et celui sur le Peuple ne sauraient être confondus quant à leurs natures et leurs effets. Là où le premier tend à mettre en lumière non pas l'absence d'une conceptualisation du pouvoir exécutif, mais davantage sa localisation hors du champ du discours orthodoxe (*Section 1*), le second révèle au contraire non pas tant les effets d'un choix méthodologique que ceux d'un discours politique visant à sécuriser le principe de souveraineté du Parlement face à la possible contestation de cette souveraineté par le Peuple (*Section 2*).

Section 1. L'Exécutif à l'ombre des structures du modèle orthodoxe

404. Si le professeur Denis Baranger relève que le terme « Exécutif » est employé par William Blackstone dans ses *Commentaries of the Law of England*¹¹⁸⁵, l'expression semble-t-il n'atteint jamais un emploi suffisamment régulier et systématique pour le faire entrer dans la langue du droit public britannique ou du moins du discours sur ce dernier. En effet, ni la définition du droit chez John Austin, ni chez Albert Venn Dicey ou encore chez Herbert Hart ne fait référence à ce dernier ou ne l'implique. Si le droit y apparaît comme le commandement d'un souverain – le Parlement – qui se voit sanctionné par le Juge, la question du rôle de l'application de ce commandement échappe à une définition largement fondée sur les deux institutions identifiées par le discours orthodoxe comme étant au cœur de la constitution britannique. A cette absence d'une définition théorique s'ajoute l'absence d'une constitution volontariste où doivent être fonder et institutionnaliser les pouvoirs ainsi que le domaine de leur exercice. De fait, est laissé au sein de la constitution britannique une indétermination sur la localisation et la nature du pouvoir exécutif (*I*§). Indétermination d'autant plus marquée que la seule approche juridique de l'Exécutif découle du régime des immunités de la Couronne et ne propose aucune définition de ce que cette dernière représente au sein du système

undoubtedly be tested in the weeks, months and years to come. It remains to be seen whether, in the face of such structural trauma, it will be robust enough to survive ».

¹¹⁸⁵ D. Baranger, *Écrire la constitution non écrite – une introduction au droit politique britannique*, op. cit., p. 191 et suiv.

juridique britannique¹¹⁸⁶. Dans ce contexte d'absence d'une définition ontologique du pouvoir Exécutif dans le discours juridique sur la constitution britannique, seule une définition relationnelle traçant les rapports entre ce dernier et les autres institutions de la constitution britannique semblent alors à même de fournir un début de discours juridique sur le pouvoir Exécutif et son rôle au sein de la constitution britannique (2§).

1§. La nature de l'Exécutif en dehors du modèle orthodoxe

405. L'absence dans le droit d'une définition du cœur de l'Exécutif¹¹⁸⁷ dévoile une institution uniquement pensée par sa périphérie dont l'absence ou le manque de conceptualisation juridique, s'il résulte de la construction méthodologique et épistémique du discours orthodoxe sur le droit public britannique, laisse irrésolue la question de la localisation réelle du pouvoir Exécutif et de ses déplacements. Or, ce flottement et l'évolution d'un pouvoir jusqu'alors éclipsé par les pouvoirs législatif et judiciaire soulève l'intérêt d'auteurs comme Paul Craig ou Adam Tomkins dont les approches théoriques bien que fortement distinctes, ne les empêchent pas de se retrouver face au constat d'un manque dans le discours juridique. Il semble pour eux urgents de réintégrer dans le droit un discours et une pensée sur un pouvoir qui jusqu'alors avait été écarté du discours juridique. En effet, si le pouvoir Exécutif trouve sa première conceptualisation dans la notion de Couronne (A), la nature hétérogène du concept ne permet pas d'en construire une analyse juridique satisfaisante. D'autant plus lorsque les évolutions et reconfiguration de ce dernier ont amené le pouvoir Exécutif à se localiser dans le champ politique de la constitution, à l'extérieur de l'univers discursif construit par le discours orthodoxe pour le droit public britannique (B).

A. La Couronne comme premier cadre pour penser l'Exécutif

406. La nature politique de la notion de « Couronne ». « Un voile troublant de mystère enveloppe aujourd'hui encore l'institution centrale de la constitution britannique »¹¹⁸⁸. Le constat, qui sonne comme un avertissement¹¹⁸⁹, accompagne la plupart des études que le droit

¹¹⁸⁶ A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique*, op. cit., p. 71 et suiv.

¹¹⁸⁷ P. Craig, A Tomkins, *The Executive and Public Law*, Oxford, OUP, 2006, 384 p.

¹¹⁸⁸ J. G. Allen, « The office of the Crown », *CLJ*, Vol. 77, n°2, juillet 2018, p. 298.

¹¹⁸⁹ J. G. Allen ne tarde pas à qualifier cette même notion de « rebut conceptuel », *idem*.

contemporain réserve à la notion de « Couronne »¹¹⁹⁰. Cette dernière, bien qu'au cœur tant de l'architecture institutionnelle britannique que de son histoire, demeure un concept obscur et insaisissable¹¹⁹¹. Elle est pourtant communément désignée comme l'institution détentrice du pouvoir Exécutif¹¹⁹² alors même que la multiplication des définitions doctrinales et prétoriennes, les tentatives pour la substituer à des concepts voisins sont autant de preuves de l'incertitude qui l'entoure, mais dont la permanence apparente tend à masquer la perpétuelle évolution¹¹⁹³. Tour à tour utilisée pour désigner le Monarque¹¹⁹⁴, le Gouvernement¹¹⁹⁵ ou encore l'État¹¹⁹⁶, la Couronne est un concept flou qui, s'il se superpose aux notions précitées, ne s'y confond pas. De l'incertitude de ses frontières et de sa structure découle une indétermination quant aux limites et à la structure du pouvoir Exécutif.

407. Cette difficulté conceptuelle tient en partie au traitement qui lui a été réservé par le discours orthodoxe. À la jonction entre plusieurs champs de discours, la notion de « Couronne » est un point de rencontre entre la pensée politique, historique et juridique. Or, la méthode construite par le positivisme diceyen pour l'élaboration de son modèle et sa reprise dans la tradition du discours orthodoxe passe en premier lieu par un processus de différenciation de la méthode juridique face aux méthodes politiques et historiques¹¹⁹⁷. Ce processus de différenciation n'est pas sans impact sur la conceptualisation juridique de la notion de « Couronne ». En coupant le concept complexe de « Couronne » de ses sources de significations extrajuridiques, en écrasant la temporalité propre à cet objet pour le faire entrer dans l'atemporalité du positivisme analytique à la base de la tradition orthodoxe¹¹⁹⁸, l'approche juridique provoque une perte de sens qui semble devoir expliquer pour partie les difficultés inhérentes à la notion. En ne l'abordant que sous le prisme des immunités et

¹¹⁹⁰ Voir en ce sens, M. Sunkin, S. Payne, « The Nature of the Crown : an Overview », In., M. Sunkins, S. Payne (éd.), *The Nature of the Crown*, Oxford, OUP, 1999, p. 1, J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, op. cit., p. 46.

¹¹⁹¹ J. McLean, *Searching for the State in British Legal Thought*, Cambridge, CUP, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012, 345 p., p. 8, « Another reason why the Crown is potentially problematic as a source of unity is that it has so many different legal guises. It has never been a single personne morale but rather it wears different masks in different areas of the law – representing the public and the law, power and authority, the Empire and sometimes represented as a private person. This is not merely a problem of terminology but one that, I shall argue, goes to the heart of the sovereignty debate ».

¹¹⁹² A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p. 242.

¹¹⁹³ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, op. cit., p. 57.

¹¹⁹⁴ Sir W. Wade, « The Crown, Ministers and Officials », In. M. Sunkin, S. Payne (éd.), *The Nature of the Crown*, op. cit., p. 24.

¹¹⁹⁵ *Town Investments Ltd v. Department of the Environment* [1978] AC 359.

¹¹⁹⁶ F.W. Maitland, «The Crown as Corporation», *LQR*, Vol. 17, 1901, pp. 131-146 ; Q. Skinner, « A Genealogy of the Modern State », *Proceedings of the British Academy*, vol. 162, 2009, pp. 325-370.

¹¹⁹⁷ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., pp. 3-4.

¹¹⁹⁸ J. McLean, *Searching for the State in British Legal Thought*, op. cit., p. 11.

pouvoirs résiduels qui lui sont reconnus dans le champ juridique, ni Albert Venn Dicey, ni le modèle orthodoxe à sa suite ne permettent une représentation efficace de la notion de « Couronne ». L'appauvrissement de la signification de ce concept juridique par le rejet notamment de la méthode historique n'est cependant pas un phénomène propre à cette seule notion. Elle semble devoir marquer plus largement toute la compréhension et la représentation du pouvoir Exécutif¹¹⁹⁹.

408. En ce sens, et afin de dépasser le simple constat de l'obscurité qui entoure la compréhension de l'institution de la Couronne dans le droit constitutionnel britannique, John Allison, propose une analyse qui s'étend au-delà du projet diceyen et d'une étude juridique limitée au seul « droit tel qu'il est maintenant »¹²⁰⁰. En offrant une contextualisation historique de la notion de « Couronne », John Allison cherche ainsi à « corriger l'approche juridique et analytique qui en résulte et qui se matérialise par la compréhension de la constitution comme un système d'institutions statiques et insulaires »¹²⁰¹. Il met alors à jour une notion dont la sensibilité aux contingences politiques et historiques se manifeste au-delà de l'apparente continuité des mécanismes juridiques qui la compose. D'abord cadre de pensée du pouvoir du seul souverain, puis élément de représentation du corps social capable d'absorber le processus de démocratisation¹²⁰², la permanence du concept de Couronne cristallise à elle seule un mode d'évolution de la constitution britannique fondé sur « une adaptation incrémentale de ses formes aux évolutions du contexte politique »¹²⁰³. Une pratique du changement sous l'apparence de la continuité qui permet à la Couronne de faire du Royaume-Uni « une République déguisée »¹²⁰⁴ sous le masque de la Monarchie.

409. En effet, la construction de la notion au Moyen-Âge vise avant tout à permettre à la Monarchie de surmonter les difficultés liées à la mort du Roi et à la question de la continuité d'un pouvoir politique qui n'est alors ni spécialisé ni séparé. Néanmoins, telle n'est plus la fonction de la Couronne à la sortie du XVII^e siècle et de sa mise en relation avec le concept d'État. Apparue avec les Rois normands, le terme de « Couronne » vise d'abord à symboliser

¹¹⁹⁹ Voir en ce sens, P. Craig, « English Administrative Law History : Perception and Reality », In., S Jhaveri and M Ramsden (eds), *Judicial Review in the Common Law World : Origins and Adaptations*, Cambridge, CUP, 2021, pp. 27-45.

¹²⁰⁰ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 23-25.

¹²⁰¹ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁰² *Idem*, p. 56, « *The ambivalence of the developed conception of the Crown assured continuity with a monarchical past and an opportunity for a democratic future* ».

¹²⁰³ *Idem*, p. 57.

¹²⁰⁴ W. Bagehot, *The English Constitution*, Londres, 2nd édition, 1873, 214 p.

le pouvoir personnel des monarques¹²⁰⁵. Si le terme désigne déjà plus qu'« une propriété gardée à la Tour de Londres »¹²⁰⁶, il ne permet pas encore, cependant, de distinguer l'homme de la fonction. Le processus de différenciation menant à la constitution du concept juridique de couronne s'effectue au cours du Moyen-âge par la mise en jeu de trois notions distinctes héritées du droit canon et du droit romain : la dualité entre le corps naturel et le corps politique du Roi¹²⁰⁷, le principe de *dignitas*¹²⁰⁸ de la fonction royale et enfin la notion d'*universitas* ou de corporation¹²⁰⁹.

410. La théorie des « deux corps du Roi » comme processus d'institutionnalisation du pouvoir politique. La notion de « Couronne » traduit en premier lieu le phénomène d'institutionnalisation du pouvoir politique avant de ne désigner qu'une part de ce dernier. Ce processus s'amorce par l'autonomisation du pouvoir politique de l'individu qui l'exerce. En ce sens et si la différenciation de la Couronne de la personne du monarque semble acquise en 1274 lorsqu'Edward I promet dans son serment de couronnement de protéger « les droits de la royauté (...) et que rien qui ne puisse affecter les droits de la Couronne ne puisse être adopté sans la consultation des prélats et des grands hommes du royaume »¹²¹⁰, elle n'est acquise que par la systématisation de la doctrine des deux corps du Roi sous le règne des Tudors¹²¹¹. Cette dernière, adaptant au contexte monarchique le concept développé en droit canon des deux corps du Christ¹²¹², permet la distinction entre le corps naturel et mortel de la personne assurant l'exercice du pouvoir, et l'institution même de ce dernier dans un corps politique ou mystique¹²¹³ qui dépasse celui du seul individu. Dès lors est posée une distinction claire entre le « roi » et le « Roi » qui, par l'emploi de la majuscule, devient le synonyme de « Couronne ». Ce dernier ne désigne alors plus le corps individuel et mortel du monarque sur le trône, mais l'ensemble des individus composant le royaume, avec à leur tête le monarque. La transition

¹²⁰⁵ J. W. F. Allison, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁰⁶ F. W. Maitland, « The Crown as Corporation », *Law Quarterly Review*, vol. 17, 1901, pp. 131-46, p. 137.

¹²⁰⁷ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, *op. cit.*, p. 49, E. H. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi*. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge, Paris, Folio histoire, 2016.

¹²⁰⁸ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁰⁹ *Idem.*

¹²¹⁰ H. G. Richardson, « The English Coronation Oath », *Transactions of the Royal Historical Society*, N°23, 1941, p. 131

¹²¹¹ E. H. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi*, *op. cit.*, p. 3 et suiv.

¹²¹² *Idem.*, pp. 15-16, J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, *op. cit.*, p. 50

¹²¹³ *Ibid.*, p. 49

assurée par le concept des deux corps du Roi entre le corps naturel du roi et le corps politique de la Couronne emporte une dimension sociale permettant de faire société des sujets vivant sur le territoire du Royaume. Semble ici apparaître un embryon permettant à la fois de penser le peuple comme entité, mais qui, en articulant les rapports entre le roi comme détenteur d'un pouvoir politique encore confus et indifférencié, une population et un territoire, pourrait aussi être compris comme les prémisses d'une conception britannique de l'État¹²¹⁴.

411. Si la doctrine des deux corps du Roi assure la distinction entre l'individu et la fonction royale, le processus d'institutionnalisation n'est rendu complet que par le jeu d'une seconde notion héritée du droit canon. En effet, la notion de *dignitas*¹²¹⁵ en instaurant un principe de permanence et de continuité¹²¹⁶ permet au pouvoir politique de la Couronne de perdurer au-delà même de la mort du corps naturel du roi¹²¹⁷. Un tel principe se trouve illustré dans l'affaire *Hill v. Grange* rendue en 1557. Dans le cadre de l'application de décisions prises par Henri VIII durant son règne, le juge a établi qu'il convenait de considérer que « le Roi Henri VIII était 'toujours' en vie bien qu'Henri Tudor était mort depuis dix ans »¹²¹⁸. « Autrement dit, alors que la condition humaine de l'incarnation individuelle apparaissait négligeable et un sujet de peu d'importance, la source éternelle ou « la tête divine » du monarque était tout ce qui comptait »¹²¹⁹ pour les juges de *common law*. Dans ce processus d'institutionnalisation, le concept de « corps politique du Roi » trouve une dimension sacrée et symbolique¹²²⁰ qui rend tangible la porosité et la circulation des concepts entre le discours juridique et le discours religieux. Cette dialectique entre les différents ordres de discours normatifs échappe en partie à toute conceptualisation moderne et positiviste de l'objet « Couronne », elle demeure pour autant un élément majeur du processus d'édification de la notion et conditionne sa compréhension. Ainsi, le jeu entre la doctrine des deux corps du Roi et la notion de *dignitas* assure l'institutionnalisation et l'autonomisation de la notion de Couronne. Pour autant se pose

¹²¹⁴ J. McLean, *Searching for the State in the British Legal Thought*, op. cit., pp. 1-10

¹²¹⁵ *Idem.* p. 51

¹²¹⁶ Justice Brown, cite par E. H. Kantorowicz, op. cit., p. 23, « *King is a Name of Continuance, which shall always endure as the Head and Governor of the People (as the Law presumes) as long as the People continue (...) and in this Name the King never dies* ».

¹²¹⁷ Plowden, p.176, cité par J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, op.cit, p. 52, « *his Body politic is a Body that cannot be seen or handled, consisting of Policy and Government, and constituted for the Direction of the People, and the Management of the public-weal, and this Body is utterly void of Infancy, and old Age, and other natural Defects and Imbecilities, which the Body natural is subject to* ».

¹²¹⁸ E. H. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi*, op. cit., p. 14

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ *Idem.*, p. 8

la question de la transmission du pouvoir reconnu au monarque en tant que tête du corps politique du Roi.

412. Ce dernier écueil est réglé par le recours à la dernière des trois notions précitées, la notion d'*universitas* ou de corporation, issue du droit romain. Par une confusion des deux principes précédents, les juristes du Haut Moyen-Âge vont faire entrer le concept médiéval de « Couronne » dans la langue du droit romain en caractérisant cette dernière de « corporation sole » par opposition à la « *corporation aggregate* ». Selon la définition retenue par Edward Coke « les '*corporations sole*' sont constituées d'une seule personne et de leur successeur (...) qui sont incorporés par le droit, de manière à leur donner certaines capacités et avantages juridiques, plus spécifiquement celui de la perpétuité, qu'ils ne peuvent avoir dans la personne naturelle »¹²²¹. En ayant recours à la fiction juridique romaine de la « *corporation sole* », les juristes médiévaux assurent la transmission des caractéristiques juridiques de la Couronne entre les héritiers du trône sans que la continuité du corps politique qui constitue la Couronne ne soit mise à mal. L'institution de l'*universitas* assure ainsi un principe de succession de la Couronne. Mais son effet ne saurait se limiter à ce principe de succession. En effet, en assimilant la Couronne à une « *corporation sole* » et non une « *corporation aggregate* », les juristes médiévaux britanniques posent un principe d'indivisibilité et d'homogénéisation de la Couronne derrière la figure royale. Or, ce principe, en se refusant à questionner l'hétérogénéité tant du corps politique du Roi que la multiplicité des manifestations institutionnelles de la Couronne¹²²² va venir masquer les évolutions de la localisation et de la répartition des pouvoirs au sein de cette institution et ce jusqu'au début du vingtième siècle.

413. La première évolution importante masquée par le recours à la fiction romaine n'est ni une évolution structurelle de l'institution de la « Couronne » ni une évolution purement juridique, mais une évolution conceptuelle, au cœur du champ de la théorie politique et produit du dix-septième siècle et des deux révolutions que va alors connaître la Grande-Bretagne. Cette évolution réside dans l'émergence ou plutôt la diffusion au Royaume-Uni d'un concept continental d'État et de sa rencontre avec celui, local, de « Couronne ». Cette rencontre, largement dépendante de la théorie de la souveraineté soutenue par les auteurs proposant la mise en contact de ces deux notions, amène à des résultats divers. Pour les approches royalistes telles que développées par un auteur comme Hayward¹²²³ les notions de Couronne et d'État se

¹²²¹ Sir E. Coke, *Institutes of the Laws of England*, cité par J. W. F. Allison, *op. cit.*, p. 53

¹²²² La Couronne semble en effet pouvoir désigner tout à tour le Roi, le *Privy Council*, voire s'étendre jusqu'aux Communes

¹²²³ Q. Skinner, « A Genealogy of the Modern State », *op. cit.*, p. 330

superposent et leur rencontre amène à leur confusion là où, au contraire, les approches décrites par Quentin Skinner¹²²⁴ comme des approches « populistes »¹²²⁵ posent une distinction claire entre « État » et « Couronne » et amènent à leur hiérarchisation : le premier devant être regardé comme un concept plus large que la seconde, il s'impose naturellement comme lui étant supérieur.

414. Les effets de la rencontre entre « État » et « Couronne » tiennent à l'identification au sein de l'architecture institutionnelle du détenteur de la souveraineté. Cette localisation se révèle primordiale en ce qu'elle conditionne jusqu'à la conceptualisation même de la notion d'État et fonde l'opposition entre l'État des théories royalistes et l'État des théories « populistes ». Opposition dont les implications ne se limitent pas au champ théorique, mais emportent bien des conséquences matérielles et historiques majeures. Ainsi, tant les auteurs « royalistes » que les auteurs « populistes » voient dans la notion de « corps politique du Roi » une base commune aux théories de l'État développées chez les penseurs continentaux et celles de la couronne proposées par les penseurs anglais. Néanmoins, la localisation de la souveraineté dans la totalité du corps politique de la couronne, c'est-à-dire tant chez le peuple que le monarque, ou seulement dans une partie de ce corps, que ce dernier ne soit que le roi ou que le peuple, entraîne des définitions politiques distinctes de l'État.

415. La théorie des « deux corps du Roi » comme facteur de transition vers une monarchie constitutionnelle. La période précédant la Guerre civile est marquée par des lectures royalistes de la souveraineté faisant résider le pouvoir politique, non pas dans l'ensemble du corps politique, mais uniquement dans sa tête, c'est-à-dire dans la personne du roi. Ce type de représentation du pouvoir, absolutiste, semble alors confondre et réduire entre elles les notions d'« État » et de « Monarque ». De telles compréhensions se voient concurrencées par la traduction et la diffusion d'auteurs italiens¹²²⁶ qui proposent une lecture républicaine de la souveraineté et de la notion d'État où celle-ci ne se confond pas dans la figure unique d'un souverain. De même, la réception de la pensée de Jean Bodin et de ses *Six Livres de la République* où s'opère une distinction conceptuelle entre d'une part les « monarchies » comme la Grande-Bretagne et d'autre part les « États » comme les États italiens, interroge la perception anglaise. La notion d'État est ici clairement différenciée de

¹²²⁴ *Idem*, p. 332, voir aussi J. Mc Lean, *Searching for the State in British Legal Thought*, *op. cit.*, p. 51 et suiv.

¹²²⁵ Ces dernières semblent pouvoir et devoir être regardées comme la source de la pensée *whiggiste* en ce que justifie notamment le renversement du rapport de force entre le Parlement et le roi.

¹²²⁶ Q. Skinner, « A Genealogy of the Modern State », *op. cit.*, p. 327.

celle d'un souverain unique. Elle vise ainsi à désigner « le corps du peuple compris comme le détenteur de la souveraineté »¹²²⁷ et non plus « une communauté docile vivant sous le pouvoir d'un seul souverain »¹²²⁸.

416. L'influence des auteurs continentaux sur la pensée politique anglaise s'inscrit dans le contexte d'une crise grandissante entre la pratique absolutiste du pouvoir royal sous la dynastie des Stuarts et le pouvoir de contrôle souhaité par le Parlement. Elle participe dès lors de l'émergence de théories de la souveraineté anglaises capables de concurrencer les théories royalistes préexistantes. Ainsi, en 1640, H. Parker, propose une définition du corps politique du Roi assimilant ce dernier à l'État. Cette fois-ci, la seule tête du corps politique n'est plus le seul dépositaire de la souveraineté, mais bien l'ensemble du corps politique, soit l'ensemble de la Couronne. Afin de permettre l'action de ce corps politique ou de cet État, Parker développe une théorie de la représentation où le Parlement est compris comme le représentant du corps politique et où le roi n'est plus que désigné comme le « meilleur officier » de ce corps politique ou « le Ministre d'État ». Dans cette construction théorique, le Parlement possède un pouvoir de contrôle politique sur l'action du roi qui devient alors l'exécutant de la volonté du corps politique. Est ainsi construite une première théorie politique du « *King in Parliament* ». Ce déplacement de la souveraineté de la tête du corps politique vers son ensemble n'est pas sans incidence sur la définition de la Couronne et pose les fondements théoriques de la confrontation entre « têtes rondes » et « cavaliers ». En effet, en permettant la représentation du corps politique du Roi par le Parlement, c'est-à-dire en faisant entrer le corps politique du Roi dans la Chambre des Communes et la chambre des Lords, le principe du « *Parliamentary King* » permet une rupture définitive entre les deux corps du Roi, mais aussi entre le roi et la souveraineté. Il permet, aussi, de légitimer l'action du *Long Parliament* contre Charles Ier. Le roi n'étant plus le souverain et ne respectant pas le pouvoir du Parlement, il s'agit alors de protéger le Roi comme corps politique, c'est-à-dire comme synonyme de « Couronne », intégré par la représentation au sein du Parlement, des trahisons du corps naturel du roi, c'est-à-dire de Charles Ier alors réfugié à Oxford. Il convient ainsi de « combattre le roi pour défendre le Roi »¹²²⁹.

417. L'exécution de Charles Ier puis l'expérience de la République Cromwellienne amènent à une nouvelle conceptualisation du pouvoir politique cette fois-ci sans la médiation du

¹²²⁷ *Idem*, p.332

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ Q. Skinner, « A Genealogy of the Modern State », *op. cit.*, p. 340.

concept de Couronne. C'est dans ce contexte que la théorie contractualiste de Thomas Hobbes¹²³⁰ permet à la fois de proposer une narration nouvelle de la constitution d'un corps politique sans référence directe au concept du corps politique du Roi et une représentation de ce même corps politique dans un souverain taillé à l'image d'Oliver Cromwell. Pour autant, la Restauration, puis les effets de la Glorieuse Révolution entraînent le retour de la notion de Couronne comme articulation entre pouvoir et corps politique. Cette dernière, comme concept politique, ne désigne cependant plus, en 1689, l'exercice d'un pouvoir politique indifférencié par le seul monarque. Le concept de Couronne s'articule dorénavant avec la notion de *King in Parliament*.

418. Cette mutation du concept de « couronne » dans le champ de la théorie politique reste sans écho dans le discours juridique. De même, la notion d'« État » ne connaît pas de transposition du discours politique vers la langue de droit. L'utilisation continue du vocabulaire juridique médiéval de la Couronne comme *corporation sole* et manifestée par sa reprise par William Blackstone en 1765¹²³¹, illustre le décalage créé entre la construction politique de la Couronne et sa construction juridique. Cette continuité du vocabulaire juridique masque un processus de différenciation des pouvoirs entre le Parlement et le roi et leur hiérarchisation. La définition juridique de la Couronne comme « *corporation sole* » ne permet ainsi aucune narration de la construction du pouvoir Exécutif dans le cadre de la constitution moderne où, si les pouvoirs se trouvent à travailler au sein d'une même institution, ils n'en demeurent pas moins distincts.

419. Là où la notion politique de Couronne offre une théorie de la souveraineté permettant d'amorcer la transition d'une Monarchie médiévale à une Monarchie constitutionnelle, la notion juridique ne donne l'image que d'un pouvoir monolithique et ne semble permettre que la distinction entre le pouvoir privé et le pouvoir public du monarque¹²³². Aucun contrôle en dehors du cadre politique du Parlement n'est prévu pour l'exercice de ce pouvoir public. Les *royal prerogatives* exercées par le monarque et son *Privy Council* restent largement inconnus des juges¹²³³. Dès lors, la notion de Couronne, bien qu'utilisée pour manifester l'existence du

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cité par J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – continuity, change and European effects*, *op. cit.*, p. 53.

¹²³² J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European effects*, *op. cit.*, p. 49.

¹²³³ Voir en ce sens T. Poole, « United Kingdom : The royal prerogative », *I-CON*, Vol. 8, n° 1, 2010, pp. 146-155

pouvoir Exécutif, ne produit pas un système de représentation capable de penser dans le discours juridique, et plus particulièrement constitutionnel, le pouvoir exercé par l'Exécutif.

B. Le Gouvernement comme cadre contemporain pour penser l'Exécutif

420. L'émergence de la notion de « Cabinet ». L'insuffisance de la notion juridique de « couronne » est mise en exergue dès le début du dix-neuvième siècle par Jeremy Bentham lorsque ce dernier critique le langage fait de fictions juridiques proposées par Blackstone pour représenter le pouvoir royal. La formule, célèbre – « nous préférons que nos personnes soient réelles » - marque un divorce entre la pensée juridique du pouvoir royal et la réalité de la localisation du pouvoir Exécutif. Pas plus qu'une vision du pouvoir Exécutif centrée autour de la notion juridique de Couronne comme *corporation sole*¹²³⁴ n'est suffisante pour saisir cette part de la constitution britannique, ni la construction d'un modèle fondé sur le pouvoir du « *King in Parliament* », ni le développement d'une épistémologie discriminant, au cœur de la constitution britannique, entre droit et politique, ne permettent une image pertinente de ce qui se joue dans l'architecture complexe de l'institutionnalisation du pouvoir Exécutif. En effet, comme le souligne Sir Ivor Jennings, « la difficulté à expliquer le processus de gouvernement réside dans le fait qu'il dépend principalement de relations intangibles qui sont plus facilement ressenties qu'analysées. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne la Couronne. D'un côté, il est facile d'exagérer l'influence de la monarchie en adoptant une lecture légaliste et en accentuant le rôle joué par la Couronne dans la théorie du droit constitutionnel. De l'autre, il est facile de minimiser la fonction royale en insistant sur la grande trilogie du Cabinet, du Parlement et du Peuple. La vérité repose quelque part entre les deux, mais ce n'est pas une vérité facile à démontrer, ni même constante dans son contenu »¹²³⁵. Les évolutions multiples du pouvoir Exécutif dans la seconde moitié du vingtième siècle, les nombreux déplacements des lieux de pouvoirs durant cette même période ne font que renforcer l'analyse proposée par le professeur de la *LSE*.

421. Si le monarque conserve des pouvoirs essentiels à l'articulation entre le pouvoir Législatif et le pouvoir Exécutif, les exigences du principe de *King in Parliament*¹²³⁶ et la

¹²³⁴ F. W Maitland, « The Crown as Corporation », *op. cit.*

¹²³⁵ Sir I. Jennings, *The British Constitution*, *op. cit.*, p. 108

¹²³⁶ On relèvera que le recours au concept de « *Crown in Parliament* » pour désigner cette transition est aussi utilisé. Il est peut-être trompeur cependant d'y avoir recours à cause de l'indétermination sémantique qui existe autour du concept de « Crown ». Aujourd'hui, le terme de « *Crown in Parliament* » est utilisé non pas comme un synonyme, mais au contraire comme un concept distinct où le terme de « *Crown* » utilisé dans le sens de « gouvernement » et tend à désigner le déplacement du pouvoir Exécutif au sein de l'architecture institutionnelle.

construction du régime parlementaire britannique tout au long du dix-huitième et du dix-neuvième siècle, amène à un affaiblissement du pouvoir exercé par le gouvernement royal¹²³⁷ en faveur de celui exercé par une nouvelle institution, largement ignorée par le droit : le *Cabinet*. D'abord composé de membres désignés et démis de leurs fonctions par la seule volonté du roi¹²³⁸, l'évolution du rapport entre le monarque et le *Cabinet* du règne de Guillaume III à celui de la Reine Victoria « marque (...) le déclin de l'influence active et personnelle de la Couronne dans l'initiative des politiques nationales »¹²³⁹. La perte du pouvoir effectif de désignation des membres du *Cabinet* par le monarque¹²⁴⁰ au lendemain de la Glorieuse Révolution et l'affaiblissement du *Privy council* au profit du *Cabinet* amènent à la distinction claire entre deux modes de gouvernement appartenant chacun à deux parties distinctes de la constitution. Au gouvernement royal revient la fonction symbolique¹²⁴¹ et « dignified » du pouvoir, celle capable « de susciter et préserver la vénération du peuple » ; au *Cabinet*, la part « efficiente » de la constitution, celle « par laquelle la constitution, en réalité, fonctionne et gouverne »¹²⁴².

422. Défini dans son acception moderne par Walter Bagehot comme étant « le conseil de contrôle choisi par le pouvoir législatif parmi des personnes en qui il place sa confiance et qu'il connaît, pour diriger la nation »¹²⁴³, le *Cabinet* est le point de contact entre les pouvoirs Législatif et Exécutif¹²⁴⁴. Comme le Premier Ministre qui ne peut gouverner sans la confiance de la Chambre des Communes, il est lié à la majorité présente à la Chambre des Communes. En effet, là où le premier incarne individuellement cette majorité, le Cabinet en est

¹²³⁷ Composé du monarque et de son *Privy Council*, voir en ce sens W. Bagehot, *The English Constitution*, *op. cit.*, p. 212

¹²³⁸ W. R. Anson, « The Cabinet in the Seventeenth and Eighteenth Centuries », *The English Historical Review*, Vol. 29, n° 113, 1914, pp. 56-78, p. 56

¹²³⁹ W. R. Anson, « The Cabinet in the Seventeenth and Eighteenth Centuries », *op. cit.*, p. 56

¹²⁴⁰ Demeure un pouvoir symbolique, mais pas de poids réel dans la nomination. Il n'existe pas de moyen de savoir quel est ce poids s'il y en a un, les échanges entre le Premier Ministre et le monarque étant secret, comme le rappelle la polémique de septembre 2019 autour de la sortie des mémoires de D. Cameron et certains éléments dévoilés par ce dernier sur ses échanges avec la Reine Elizabeth II.

¹²⁴¹ Sir I. Jennings, *The British Constitution*, *op. cit.*, p. 115-116.

¹²⁴² W. Bagehot, *The English Constitution*, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁴³ *Idem.*, p. 49.

¹²⁴⁴ W. Bagehot va plus loin en affirmant « la fusion quasi complète » des deux pouvoirs. Le Cabinet est ainsi décrit dans *The English Constitution* comme, certes le plus important, mais néanmoins un comité législatif de la Chambre des Communes. Cette vision est néanmoins critiquée dans la pratique moderne de la constitution britannique où le renforcement du pouvoir Exécutif et le développement du *Civil Service* ne semble plus permettre de décrire une telle fusion entre les deux pouvoirs. Voir en ce sens W. Bagehot, *The English Constitution*, *op. cit.*, p. 50 et suiv., voir aussi, C. Foster, *British Government in Crisis or the Third Revolution*, *op. cit.*, p. 8 et suiv., L. S. Amery, *Thoughts on the Constitution*, cit » par A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 259, « *The central directing instrument of government, in legislation as well as in administration, is the Cabinet. It is in the Cabinet that administrative action is co-ordinated and that legislative proposals are sanctioned. It is the Cabinet which controls Parliament and governs the Country* ».

l'incarnation collégiale¹²⁴⁵ et exerce de ce fait un pouvoir de contrôle sur les actions du Premier Ministre. Pensé comme l'organe délibératif à la tête du gouvernement britannique, « le Cabinet est le cœur du système constitutionnel britannique. Il est l'autorité directrice suprême. (...) Il assure l'unité du système de gouvernement britannique »¹²⁴⁶.

423. Pour autant, si son existence comme celle du Premier Ministre est reconnue par le droit¹²⁴⁷, les sources au fondement des compétences du *Cabinet*, de sa structure et de son encadrement ne trouvent pas à s'exprimer dans des *statute laws* ou la *common law*. Elles restent largement étrangères au droit en ce qu'elles ne résident non pas dans la partie juridique de la constitution, mais bien dans sa part politique, dans le territoire réservé aux conventions de la constitution. Situés aux marges de ce que les positivismes juridiques austiniens puis diceyens ont reconnu comme étant leur objet et que le modèle orthodoxe a repris à son tour comme le cœur de son étude, les règles normatives au fondement du statut du *Cabinet* n'apparaissent pas comme un objet juridique pour la tradition orthodoxe. « Indits » de la tradition orthodoxe, elles ne demeurent cependant pas des impensés et font l'objet d'études dans le champ des sciences politiques dès la seconde moitié du XIX^e siècle. Dans le champ juridique, elles deviennent une part importante des études fonctionnalistes de la première moitié du XX^e siècle, alimentant par leur apport à la représentation de la constitution britannique la critique des biais habitant la méthode orthodoxe et résultant des traces portées par cette dernière. La police interne et externe du discours orthodoxe, en renvoyant la connaissance des conventions et pratiques encadrant politiquement le pouvoir au sein du *Cabinet* hors des propositions qu'elle reconnaît comme juridiquement valide, ne signifie pas une absence de connaissance et de conceptualisation de ces dernières.

424. Cette connaissance appartient simplement à d'autres univers discursifs que celui proposé par le modèle orthodoxe. Se pose néanmoins la question de la pertinence d'une telle discrimination dans le champ du discours orthodoxe. Or, en plaçant la question des conventions politiques encadrant le pouvoir du *Cabinet* en dehors de son régime de vérité, la tradition orthodoxe a longtemps fait échapper l'encadrement de ce pouvoir au discours du droit. Si l'encadrement juridique du pouvoir politique n'est pas une fin en soi, mais un moyen efficace de régulation de ce dernier, l'évolution de la structure institutionnelle du pouvoir Exécutif au cours du XX^e siècle a participé à l'affaiblissement des modes de régulation du

¹²⁴⁵ *Idem.*, p. 259.

¹²⁴⁶ Sir I. Jennings, *Cabinet Government*, Cambridge, CUP, 3^eme ed., 1959, 586 p., p. 1, cité par C. Foster, « Cabinet Government in the Twentieth Century », *MLR*, Vol. 67, N°5, Septembre 2004, pp. 753-771, p. 753.

¹²⁴⁷ A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 259

pouvoir de l'Exécutif dans son rapport avec les autres pouvoirs de la constitution britannique¹²⁴⁸. Elle pose alors la question contemporaine de la nécessité du recours à des outils juridiques de contrôle et de limitation pour garantir la pratique démocratique et libérale du pouvoir politique.

425. En effet, si le *Cabinet* et le Premier Ministre sont les deux têtes effectives du pouvoir Exécutif le rapport instauré entre eux au cours du dix-neuvième siècle ne permet pas l'autonomisation du pouvoir du Premier Ministre face à son *Cabinet*. Bien que disposant du pouvoir réel et non symbolique de nomination des autres membres du gouvernement, le Premier Ministre, en l'absence d'une majorité parlementaire organisée à la fois autour d'une discipline de parti, de la pratique du *whip*¹²⁴⁹ et de la figure forte d'un chef de parti, ne dispose pas d'un pouvoir suffisant sur le *Cabinet* pour s'y imposer. Il n'est que le « *primus inter partes* » en son sein. Bénéficiant d'une légitimité démocratique égale, devant sa position à la désignation des autres membres de son parti et dont le *Cabinet* est une émanation, le Premier Ministre doit gouverner avec ce dernier qui est alors celui qui détermine réellement la politique du Royaume-Uni¹²⁵⁰. Cette pratique collégiale du pouvoir Exécutif désignée par le terme de « *Cabinet Gouvernement* »¹²⁵¹ caractérise le modèle décrit par W. Bagehot et symbolise une identité aujourd'hui fantasmée du parlementarisme britannique. Tant l'évolution des modes de suffrage pour les *General elections* à la fin du dix-neuvième siècle que le développement et le renforcement de l'État administratif dès le début du vingtième siècle sont venus mettre à mal ce modèle de gouvernement en participant d'un déplacement du pouvoir politique au sein de l'Exécutif au-delà de l'influence du *Cabinet*.

426. Le renforcement de la légitimité du Premier Ministre face au Cabinet. En ce sens, le processus de démocratisation du Parlement britannique caractérisé par l'élargissement de l'assise électorale¹²⁵² va produire des effets allant dans le sens d'un renforcement de la légitimité du Premier Ministre¹²⁵³. La nécessité de persuader une masse plus importante d'individus provenant de classes et de milieux sociaux différents de celui des représentants

¹²⁴⁸ Voir, *infra*, par. 440 et suiv.

¹²⁴⁹ Pratique parlementaire visant à assurer le respect de la discipline de parti par le contrôle d'un des membres du parti désigné à cet effet.

¹²⁵⁰ J. P. Mackintosh, « The Prime Minister and the Cabinet », *op. cit.*, pp.53-68, p.53

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² Voir, *supra*, par. 312.

¹²⁵³ Effets similaires à ceux observés dans la pratique constitutionnelle de la Vème République au lendemain de l'adoption du suffrage universel direct pour l'élection du président de la République.

fait évoluer la pratique électorale jusqu'alors largement fondée sur une forme de clientélisme entre membres de la *gentry*¹²⁵⁴, vers la constitution et la structuration de parti autour d'un chef clairement reconnu et établi¹²⁵⁵. Cela est particulièrement vrai dans un premier temps pour le parti Tory où le leader, parce qu'il dispose d'un pouvoir d'organisation et gère les fonds du parti, apparaît comme l'image de ce dernier¹²⁵⁶. Derrière la constitution de la figure du chef de parti, l'orientation des partis vers la victoire aux *general elections* fait émerger cette discipline interne tant critiquée par Dicey, car venant substituer pour les représentants au sein du Parlement la volonté du parti à celle du peuple pourtant essence de leur fonction¹²⁵⁷. Cette évolution structurelle dans l'organisation des partis politiques britanniques accompagne la montée en puissance de figure politique forte comme celle de Gladstone, Disraeli, ou encore Churchill qui vont, par leurs actions, participer au renforcement du prestige du Premier Ministre¹²⁵⁸. Ivor Jennings relève ainsi en 1954 que ce dernier dispose dorénavant « d'un statut presque comparable à celui du Président des États-Unis. Les *general elections* sont en réalité l'élection du Premier Ministre »¹²⁵⁹. Cette nouvelle légitimité semble alors déplacer le pouvoir au sein de l'Exécutif des mains du *Cabinet* vers celles du Premier Ministre.

427. Du Cabinet Government au Cabinet system. Mais, cette fuite du pouvoir de décision en dehors du *Cabinet* ne s'oriente pas uniquement vers le renforcement du Premier Ministre. Le mouvement est d'autant plus marqué que parallèlement au renforcement de la position du Premier Ministre au sein de l'Exécutif, une seconde dynamique semble affaiblir la position du *Cabinet*. Le pouvoir de ce dernier apparaît comme devant à la fois se disperser dans des structures inférieures, mais aussi être fractionné en son propre sein par le recours accru, non plus au *Cabinet* dans son ensemble, mais simplement à des portions de ce dernier¹²⁶⁰. Cette dynamique trouve en partie sa source dans la transition entre la structure étatique peu interventionniste héritée du libéralisme conservateur victorien vers une structure étatique plus étendue et complexe aux sorties des deux Guerres mondiales, structure étatique capable d'une

¹²⁵⁴ J. P. Mackintosh, « The Prime Minister and the Cabinet », *op. cit.*, p. 53.

¹²⁵⁵ Sir I. Jennings, *The British Constitution*, *op. cit.*, p. 162, « A party which has not a leader is in a hopeless position, and a party with a weak leader is in a weak position ».

¹²⁵⁶ *Idem.*

¹²⁵⁷ A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the Eighth Edition (1915) », *op. cit.*, pp. 171-232.

¹²⁵⁸ Sir I. Jennings, *The British Constitution*, *op. cit.*, p. 162.

¹²⁵⁹ *Idem.*

¹²⁶⁰ C. Seymour-Ure, « The 'Disintegration' of the Cabinet and the neglected question of Cabinet reform », *Parliamentary Affairs*, 1971, pp. 196-207, p. 200.

action renforcée dans tous les domaines de la société. Le développement du *Welfare State* et l'évolution de la fonction de l'Exécutif entraînent une nécessaire évolution de ses structures afin de garantir son efficacité. La multiplication des domaines de décisions de l'Exécutif et la multiplication des décisions administratives adoptées dans ces différents domaines ne permettent plus à un *Cabinet* composé seulement de 19 à 22 membres¹²⁶¹ et ne se réunissant qu'une fois par semaine de se prononcer sur chacune des politiques devant être adoptées par le Gouvernement. Si à la fin du dix-neuvième siècle, au regard de la charge de travail revenant à l'Exécutif, les membres du *Cabinet* pouvaient exercer un réel suivi sur les décisions prises au sein de leurs services, tel n'est plus le cas dès le début des années cinquante. En l'absence d'une augmentation de la taille du cabinet à la mesure de l'augmentation de l'étendue du nouveau gouvernement britannique¹²⁶² et afin de permettre au *Cabinet* la réalisation d'un travail efficace, entre 1945 et 1951, la période du gouvernement Attlee voit apparaître une nouvelle pratique, celle des *cabinet committees*¹²⁶³ permanents. Déjà utilisés de manière *ad hoc* pendant la Guerre de Crimée et les deux Guerres mondiales, les *cabinet committees* permettaient alors de décharger le *Cabinet* de la définition de certaines politiques spécifiques¹²⁶⁴ à ces périodes de crise. Dans l'après-guerre, le système des *cabinet committees* est adapté aux enjeux d'un système de gouvernement moderne. Leur sont alors reconnues deux fonctions : « soulager la pression exercée sur le Cabinet en fixant les politiques autant que possible à un niveau inférieur »¹²⁶⁵ et « s'assurer qu'aucune décision importante ou difficile n'atteigne le Cabinet, sans avoir été auparavant pleinement étudiée »¹²⁶⁶. Ainsi, aucune disposition ne peut être présentée devant le *Cabinet* sans avoir au préalable obtenu un agrément de la part du *cabinet committee* responsable de la matière¹²⁶⁷. Dans ce travail d'élaboration des politiques publiques, le *Cabinet* et les *cabinet committees* sont aidés par certains membres du *Civil Service* réunis dans le *Cabinet Office*¹²⁶⁸. Le pouvoir de décision autrefois concentré dans les seuls *Cabinet* et Premier ministre s'étire ainsi dans la pratique

¹²⁶¹ En cela le *Cabinet* n'est pas la réunion de tous les ministres du gouvernement britannique, mais seulement des plus importants, les *senior ministers* par opposition au *junior ministers* qui sont à la tête de service sans pour autant faire partie du *Cabinet*.

¹²⁶² A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 246

¹²⁶³ C. Seymour-Ure, « The 'Disintegration' of the Cabinet and the neglected question of cabinet reform », *op. cit.*, p. 197, A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 259

¹²⁶⁴ A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 264

¹²⁶⁵ *Ibid.*

¹²⁶⁶ *Ibid.*

¹²⁶⁷ M. Burch, « The British Cabinet: a residual executive », *op. cit.*, p. 37, « Moreover, since 1967, and probably before, committee chairman have at least been expected to reach agreement whenever possible at committee level, and certainly during the Wilson and Callaghan premierships the rule was that no matter could be taken from a committee to the Cabinet without agreement of the committee chairman ».

¹²⁶⁸ *Ibid.*, voir aussi A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative law*, *op. cit.*, p. 265.

contemporaine du gouvernement bien au-delà des acteurs politiques et va jusqu'à s'étendre dans les structures purement administratives du *Civil Service*.

428. L'ensemble de ces structures politiques et administratives inférieures au *Cabinet* et vers lesquelles se disperse le pouvoir de décision de l'Exécutif ne sont pas organisées par le droit. Leur encadrement dépend de conventions de la constitution qui, si elles sont codifiées¹²⁶⁹, ne représentent pas à proprement parler du droit au sens de la tradition orthodoxe. Néanmoins, ces conventions se voient néanmoins intégrées dans les études d'auteurs se rattachant à l'école de la *LSE* et au fonctionnalisme juridique ou à la science politique. Leur traitement demeure donc à la marge des de l'analyse d'un droit public britannique qui modelé par l'univers discursif construit par la tradition orthodoxe, reste centré sur le travail des cours de *common law* et la seule pratique du *judicial review* pour rendre compte de ce qu'est le gouvernement et son administration. Or, si le contentieux n'est pas le quotidien du gouvernement, son quotidien se situe dans les conventions, dans leur pratique, leur interprétation et leur respect.

429. C'est dans cet espace du hors droit aux marges de la tradition orthodoxe que se traduit une part non négligeable de l'équilibre institutionnel du droit public britannique. Équilibre marqué par le passage d'un « *Cabinet government* » au « *Cabinet system* », où le Cabinet, voit son pouvoir se « désagréger »¹²⁷⁰ au profit de nouvelles structures aux attributions précisées par les conventions et faisant du pouvoir restant au *Cabinet* un pouvoir résiduel¹²⁷¹. Pour autant, le phénomène de déplacement du pouvoir de décision au sein de l'Exécutif britannique ne saurait se limiter à cette évolution liée au poids reconnu au *Cabinet* dans l'architecture institutionnelle. À l'affaiblissement continu de son pouvoir s'adjoit un second mouvement de renforcement du pouvoir du Premier Ministre. En effet, avec les années soixante-dix et l'arrivée au pouvoir de Margaret Thatcher se développe une nouvelle pratique ministérielle qui ne disparaîtra pas avec la victoire du *Labour*. Plus indépendant, renforçant à la fois le *Cabinet Office* et le *Prime Ministerial Office*, et s'appuyant sur une très large majorité, l'hyper-Premier Ministre¹²⁷² né de la pratique thatchérienne semble alors concentrer entre ses mains une part importante du pouvoir Exécutif sans que le *Cabinet* n'ait plus les moyens d'agir comme contre-pouvoir. À cette incapacité au sein du *Cabinet* de s'opposer au Premier Ministre, s'ajoute les difficultés rencontrées par ce dernier afin de faire jouer sa majorité au

¹²⁶⁹ Voir en ce sens le *Ministerial Service Code* et le *Civil Service Code*

¹²⁷⁰ C. Seymour-Ure, « The 'Disintegration' of the Cabinet and the neglected question of cabinet reform » *op. cit.*

¹²⁷¹ M. Burch, , « The British Cabinet: a residual executive », *op. cit.*

¹²⁷² Pratique qui semble devoir être réactualisée par la victoire le 12 décembre 2019 de B. Johnson avec une majorité de 364 sièges pour les Tories.

Parlement pour encadrer le pouvoir du Premier Ministre. Même en cas de division interne au parti ou d'un « *hung Parliament* »¹²⁷³, l'alignement du parti sur son chef, notamment exprimé par la pratique du *whip*¹²⁷⁴, semble rendre quasi impossible une révolte du Cabinet contre le Premier Ministre¹²⁷⁵. Le fait majoritaire produit ici des effets similaires à ceux rencontrés dans la constitution française quant à la réalité du rapport au sein de l'Exécutif français entre le Président de la République et son Premier ministre. Dans les deux cas, il paraît avoir entraîné un déplacement du pouvoir au sein de l'Exécutif. Au Royaume-Uni, le Premier Ministre prend ainsi le pas sur le *Cabinet* tout en ayant recours de manière de plus en plus soutenue au système technique et administratif du *Civil Service*. D'un pouvoir Exécutif exercé et appuyé sur des structures politiques s'exerce une transition vers un pouvoir Exécutif appuyé sur des structures administratives. Dans ce contexte, le statut du *Civil service* s'inscrit dans un principe de neutralité consacré par le *Civil Service Code* et dans l'existence et le développement d'un contrôle renforcé du juge à travers la procédure du *Judicial Review* et la mise en application du *Human Rights Act*. Néanmoins, le développement d'une nouvelle pratique à travers le recours *au Special Advisers* qui, bien que membres temporaires du *Civil Service*, disposent d'un statut particulier leur permettant d'assurer une fonction de conseil politique sans qu'aucun contrôle, ni principe de transparence ne soit pleinement exercé sur leur rôle dans le processus de décision de l'Exécutif, interroge.

430. Sous le gouvernement Thatcher, Richard Crossman a pu affirmer que « la période d'après-guerre a[vait] vu la transformation finale du Cabinet Government en Prime Ministerial Government », laissant entendre l'émergence d'un Premier Ministre omnipotent, concentrant par le jeu des légitimités politiques et celui de la structure du *Civil service* un pouvoir politique important. L'expression, sujette à controverses, semble néanmoins tomber dans l'écueil d'une trop grande simplification de la pratique du pouvoir au sein de l'Exécutif britannique. Car, si le Premier Ministre représente bel et bien un des nœuds majeurs du pouvoir au sein de l'Exécutif, « la réalité est (...) que le gouvernement britannique n'est ni un gouvernement du Premier Ministre, ni un gouvernement du Cabinet »¹²⁷⁶. Le rôle du Cabinet a certes évolué, mais continue à jouer un rôle au sein de l'Exécutif. Il n'en est certes plus le centre de décision, mais un centre d'information pour l'ensemble des ministres nécessaire à

¹²⁷³Parlement sans majorité absolue.

¹²⁷⁴ Pratique visant à s'assurer que les parlementaires de la majorité respectent la volonté du parti.

¹²⁷⁵J. P. Mackintosh, « The Prime Minister and the Cabinet », *op. cit.*, p. 52.

¹²⁷⁶ A. Tomkins, « The struggle to delimit executive power in Britain », In. P. Craig, A. Tomkins, *The Executive and the Public Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 16-51, p. 21.

la constitution du principe de responsabilité du gouvernement¹²⁷⁷. Il reste ainsi un outil politique important pour ce qui est aujourd'hui décrit comme le « cœur de l'exécutif », c'est-à-dire « le petit nombre d'organes au centre de la branche exécutive qui détermine les politiques essentielles et la coordination et les fonctions au-dessus du niveau des administrations »¹²⁷⁸, composé notamment par le bureau du Premier Ministre, le bureau du *Cabinet*, le *Foreign office*, le *Treasury* et l'ensemble des départements régaliens du gouvernement. Ce « cœur de l'exécutif » exerce, malgré la politique de *Devolution*, une réelle force centripète largement renforcée tant par le gouvernement Thatcher que le gouvernement Blair, amenant alors à une forte recentralisation du pouvoir là où la politique. L'existence d'un tel pouvoir suppose en contrepartie l'existence d'un contrôle efficace¹²⁷⁹. Or, à la faiblesse du contrôle politique interne au pouvoir Exécutif s'ajoute celle du contrôle politique externe exercé par le Parlement, mais aussi la question tant de la possibilité que de l'étendue d'un contrôle juridique. Si ces questions, en faisant entrer en contact le Gouvernement avec des institutions largement reconnues par le discours juridique du modèle orthodoxe, permettent la construction d'une conceptualisation juridique minimale du pouvoir politique exercé par l'Exécutif, les insuffisances et biais du modèle amènent de nouveau à une image faussée des rapports entre les différents pouvoirs au cœur de la constitution britannique.

§ 2. *Les rapports de l'Exécutif par-delà le modèle orthodoxe*

431. En l'absence d'une définition ontologique et juridique du pouvoir Exécutif, ce dernier semble devoir se caractériser par une dynamique perpétuelle de localisation et relocalisation qui, soumise à la contingence des évolutions du contexte politique et administratif, fait de lui, un espace relevant par essence de la constitution politique du Royaume-Uni. Pour autant, la multiplication de ces déplacements et les tensions quant à l'étendue de cet espace politique et la nature des pouvoirs pouvant y être exercés, tendent à souligner une faiblesse contemporaine du seul encadrement politique¹²⁸⁰.

¹²⁷⁷ Ibid.

¹²⁷⁸ A. Tomkins, « The struggle to delimit executive power in Britain », *op. cit.*, p. 21.

¹²⁷⁹ *Idem*, p. 22.

¹²⁸⁰ Un phénomène similaire semble pouvoir être observé en France. Le développement du fait majoritaire semble rendre difficile voire impossible la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement par la majorité à l'Assemblée Nationale.

432. Ce constat, largement partagé par les auteurs relevant du *legal* et du *common law constitutionalism*, interroge les frontières et équilibres renouvelés entre constitution politique et constitution juridique à la suite des réformes constitutionnelles majeures de la fin des années quatre-vingt-dix. Plus encore, il participe au renforcement de discours appelant à l'établissement de frontières et de contrôles juridiques clairs au pouvoir Exécutif par l'adoption d'une constitution écrite. Cette vision, notamment portée par le professeur Vernon Bogdanor¹²⁸¹ et réaffirmée dans le contexte de la crise constitutionnelle de la suspension du Parlement en août 2019, ne doit cependant pas masquer la réalité des rapports entre la part juridique et la part politique de la constitution. Le droit peut freiner, mais ne fige pas le mouvement du politique. Il peut le masquer en apposant sur les réalités pratiques de la constitution politique une structure juridique, mais sous lui les jeux de pouvoir persistent et la réalité de la configuration et reconfiguration permanente du politique participent de l'écriture et de la réécriture de la constitution. Le cas de la Vème République en est un exemple, tout comme le modèle américain. Il existe différentes constitutions dans le texte constitutionnel en fonction des contingences politiques et sociales. La réalité de ce mouvement mis en lumière par la réaffirmation d'une école du droit politique¹²⁸² souligne toute la puissance et la faiblesse du droit : il ne fige pas les rapports entre les pouvoirs, mais permet d'empêcher certains débordements du pouvoir que la pratique politique semble de moins en moins à même de cadrer.

433. Or, et face aux tentatives récentes du pouvoir Exécutif britannique pour sortir du champ de compétences que les conventions de la constitution lui ont traditionnellement reconnu, le simple constat de l'inefficacité du contrôle politique ne suffit pas. Premièrement en ce que ce dernier a évolué en même temps que le pouvoir Exécutif et deuxièmement en ce qu'il s'est accompagné d'un développement et d'un renforcement du contrôle juridique. Le contrôle politique et le contrôle juridique semblent ainsi fonctionner l'un avec l'autre, participant dès lors à la remise en cause de l'opposition artificielle entre constitutions politique et juridique dans les discours du *common law constitutionalism* et du *political constitutionalism*. Au

¹²⁸¹ V. Bogdanor, *Beyond Brexit – Toward a British Constitution*, Londres, I. B. Tauris, 2019, 285 p.; V. Bogdanor, « Post-Brexit Britain may need a constitution – or face disintegration », *The Guardian, Opinion*, 18 janvier 2019, disponible à : <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/jan/18/brexit-britain-constitution-disintegration-eu-uk-devolution-good-friday-agreement>

¹²⁸² Pour le côté anglais, voir M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford, OUP, 2017, 200 p. Pour le côté français, voir ; Pierre Avril, « Penser le droit politique », *Jus Politicum, Actualités* », 6 novembre 2018, disponible à : <http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-1264.html>; Pierre Avril, « Penser le droit politique (suite) », *Jus Politicum, Actualités*, 04 décembre 2018, disponible à : <http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-suite-1268.html>

contraire, une dialectique réelle entre les deux types de constitutions émerge lorsqu'il revient d'interroger les limites du pouvoir exécutif, un dialogue entre la constitution politique et la constitution juridique qui ne peut être mise à jour qu'en acceptant un dialogue entre droit et hors droit, entre l'univers discursif du modèle orthodoxe et son extérieur, dialogue seul à même à dessiner les contours des rapports de l'Exécutif et du Parlement (A) et du juge et de l'Exécutif (B).

A. L'Exécutif et le Parlement

434. L'enchevêtrement organique et fonctionnel entre le gouvernement et le Parlement.

Si le pouvoir Exécutif est pour la tradition orthodoxe un non-objet¹²⁸³, les cadres de compréhension offerts par cette dernière pour faire sens de la constitution britannique semblent les plus à même d'approcher « une compréhension juridique ou constitutionnelle des fonctions exécutives si nous examinons les décisions ou les cas qui se trouvent à la frontière de l'autorité exécutive, en partant du principe que c'est dans les 'hard cases' que les définitions deviennent les plus prégnantes »¹²⁸⁴. Dans ce jeu d'une définition en négatif, la difficulté réside dans le tracer même d'une frontière entre les pouvoirs Exécutif et Législatif. Marqueur historique d'une séparation des pouvoirs « à l'anglaise »¹²⁸⁵, la relation entre ces deux pouvoirs se caractérise par un enchevêtrement étroit, loin de l'image communément admise en France à la suite des lectures et réinterprétations de la théorie de Montesquieu au cours de la Révolution française et du dix-neuvième siècle. La convention de la constitution exigeant que l'ensemble des ministres du gouvernement britannique soient issus de la Chambre des Communes ou de la Chambre des Lords¹²⁸⁶ est l'expression la plus tangible et la plus marquante de ce recoupement entre les pouvoirs Législatif et Exécutif.

435. De cet enchevêtrement organique, découle un apparent enchevêtrement des fonctions qui trouve à s'exprimer dans l'affirmation largement partagée par les politistes et une part des juristes contemporains selon laquelle le Parlement ne jouerait plus qu'un rôle périphérique dans la détermination et l'adoption des lois. Ainsi, « alors que le parlement britannique est très visible, et ostensiblement central pour la politique, les gens suggèrent souvent qu'il n'a

¹²⁸³ P. Craig, A. Tomkins, « Introduction », In. P. Craig, A. Tomkins, *The Executive and Public Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 1-15, p. 1.

¹²⁸⁴ A. Tomkins, « The struggle to delimit executive power in Britain », In. P. Craig, A. Tomkins, *The Executive and Public Law*, op. cit., p. 25

¹²⁸⁵ *Idem.*

¹²⁸⁶ *Idem.*

qu'un impact limité sur les lois qu'il adopte. La plupart des projets de loi adoptés sont écrits dans les services du gouvernement et proposés par des ministres, et le nombre de ces derniers rejetés par le Parlement est très limité. Cela peut créer l'impression que c'est le gouvernement et non le parlement qui contrôle le processus législatif »¹²⁸⁷. Cet effacement du Parlement au cœur même de ce qui est ordinairement compris comme sa fonction laisse alors apparaître de nouveaux concepts – politiques et non juridiques – faisant du Parlement un élément « périphérique »¹²⁸⁸ de la procédure législative, « réactif » à défaut d'être « actif »¹²⁸⁹, un « forum politique » davantage qu'un lieu de transformation¹²⁹⁰. L'ensemble de ces notions cherche ainsi à traduire le sentiment d'un déclin du parlement en tant qu'institution législative, sentiment qui ne saurait concerner la seule architecture institutionnelle britannique, mais qui exprimerait au contraire une tendance aux prises de laquelle se trouverait la plupart des régimes parlementaires contemporains¹²⁹¹.

436. Demeure néanmoins pour le seul modèle britannique le constat suivant : l'excavation aux frontières de ce que la tradition orthodoxe a construit pour lui comme univers de discours met à jour dans la rencontre entre ce que cette dernière considère comme droit et hors droit une menace nouvelle pour l'intégrité du principe de souveraineté du Parlement. En ce que la prise en compte tant des conventions de la constitution qui organisent le pouvoir Exécutif et son rapport au pouvoir Législatif que la pratique de ces dernières met en lumière que « la Chambre des Communes ne contrôle plus désormais l'Exécutif ; mais qu'au contraire l'Exécutif contrôle la Chambre des Communes »¹²⁹², le principe de souveraineté du Parlement, tel qu'exposé par le modèle orthodoxe, semble devoir céder. En effet, une foi confrontée à la réalité de la pratique de la constitution, l'image juridique d'un parlement souverain semble s'effacer d'elle-même pour laisser place à celle, réaliste, d'un principe de « souveraineté du Gouvernement ». Ce dernier apparaît se réaliser par la suprématie d'un Exécutif qui « gouverne par le Parlement »¹²⁹³ grâce au recours à une discipline de parti garantie par la

¹²⁸⁷ M. Russel, D. Gover, *Legislation at Westminster*, Oxford, OUP, 2017, 338 p., p. 1.

¹²⁸⁸ A. King, I. Crewe, *The Blunders of Our Government*, London, Oneworld, 2013, 512 p., cité par, M. Russel, D. Gover, K. Wollter, « Does the Executive Dominate the Westminster Legislative Process?: Six Reasons for Doubt », *Parliamentary Affairs*, Vol. 69, 2016, pp. 286-308, p. 286, « [a]s a legislative assembly the parliament of the UK is, much of the time, either peripheral or totally irrelevant. It might as well not exist ».

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² M. Russel, D. Gover, *Legislation at Westminster*, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁹³ S. Tierney, « The Legislative Supremacy of Government », *U.K. Const. L. Blog*, 3 juillet, 2018, disponible à : <https://ukconstitutionallaw.org/2018/07/03/stephen-tierney-the-legislative-supremacy-of-government/>, « *The executive in the United Kingdom of course governs through Parliament and, as a result, has always played a leading role in, and held significant control over, the making of law* ».

pratique du *whip*. L'appui sur les structures des partis pour garantir la prééminence de l'Exécutif au sein de la fonction législative pourrait laisser à penser que plus qu'une transition d'une souveraineté du Parlement vers une souveraineté du Gouvernement, la pratique politique contemporaine réalise la crainte victorienne d'Albert Venn Dicey¹²⁹⁴ : celle d'un principe de « souveraineté du parti majoritaire » conduisant à une forme de « dictature électorale »¹²⁹⁵. Ainsi, l'« indit » juridique du pouvoir Exécutif dans le modèle orthodoxe laisse reposer dans le discours politique la menace d'une remise en cause du cœur même de la tradition orthodoxe, à savoir, son projet démocratique.

437. Cette menace tombe néanmoins lorsqu'est effectué le déplacement proposé par Adam Tomkins lors de sa redéfinition politique de la souveraineté du Parlement. En ne reconnaissant pas que la fonction première de ce dernier soit de légiférer, mais, au contraire, de contrôler l'action de l'Exécutif de telle sorte que « le gouvernement du jour ne puisse poursuivre son office que tant qu'il détient le soutien de la majorité à la Chambre des Communes »¹²⁹⁶, la définition politique de la souveraineté du Parlement semble faire échapper le principe à sa négation dans la pratique de la procédure législative. Pour autant, apparaît ici aussi une aporie lors de la rencontre de la définition théorique et de la réalité pratique de la responsabilité du Gouvernement britannique. Le modèle proposé par Adam Tomkins, contrairement au modèle orthodoxe est un modèle prescriptif qui cherche non pas à représenter la réalité de son objet, mais à le remodeler afin de parvenir à une finalité précise. Dans le cas présent, cette finalité est la réaffirmation et la sanctuarisation de la constitution politique, le principe de responsabilité politique étant le point de départ à la fois de la construction théorique, mais aussi son point d'ancrage sur le réel. En constatant que cette règle existe effectivement dans le droit public britannique, Adam Tomkins peut affirmer que sa construction prescriptive peut et doit s'appliquer à la constitution du Royaume-Uni. Or, de même que la procédure législative semble échapper dans sa pratique au Parlement, le contrôle politique du gouvernement apparaît comme lui ayant été retiré. Tant l'évolution du concept même de responsabilité politique du gouvernement et de ses ministres que la difficulté pratique ces dernières années à la mettre en jeu, interrogent la définition d'un principe politique de souveraineté du Parlement au sens de Adam Tomkins. La crise du *Brexit* offre deux exemples en ce sens. L'incapacité d'une partie de la majorité Tory à obtenir l'adoption d'un vote de « *no confidence* » à l'encontre du gouvernement de Theresa May malgré les échecs successifs de

¹²⁹⁴ A. V. Dicey, « Introduction », *op. cit.*

¹²⁹⁵ Lord Hailsham, *Elective dictatorship*, *op. cit.*

¹²⁹⁶ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*, p. 1

ce dernier devant la Chambre des Communes pour faire adopter l'accord négocié entre l'Union Européenne et le Gouvernement pour le retrait du Royaume-Uni de l'UE en est un premier exemple. De même, l'impossibilité pour l'opposition à mettre en jeu la responsabilité du gouvernement de Boris Johnson dans le contexte de la crise de la suspension du Parlement en septembre 2019 tend à démontrer la faiblesse dans la pratique du contrôle politique tel que défini par Adam Tomkins. Cette faiblesse a été de nouveau mise en lumière dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire de la covid-19¹²⁹⁷ où le déséquilibre de la relation entre le Parlement et l'exécutif a été décrite comme le plus important en dehors d'une période de guerre¹²⁹⁸.

438. La rencontre de la pratique politique de la constitution et du discours juridique sur cette dernière doit-elle dès lors mettre à jour l'impossibilité tant du modèle orthodoxe que des modèles postérieurs et inscrits dans sa tradition à rendre compte de ce qu'est la constitution britannique dans sa réalité la plus vulgaire ? Tout comme le modèle orthodoxe offre au droit une compréhension simplifiée, voire esthétisée du pouvoir britannique, conclure à l'affaiblissement du Parlement dans la procédure législative au simple constat de son rôle secondaire au niveau de l'initiative ou encore annoncer la disparition d'un contrôle politique exercé par le Parlement sur le Gouvernement face aux difficultés contemporaines de mise en jeu du vote de « *no confidence* », serait un travestissement du rôle réel exercé par l'institution législative dans son rapport au pouvoir Exécutif. La crise du *Brexit* met à nouveau en lumière une pratique qui ne pourrait se résumer dans une lecture juridique à la simplification excessive ni dans une lecture politique à une analyse superficielle. Depuis que la place du Parlement britannique dans la procédure de retrait de l'Union Européenne a pleinement été reconnue par

¹²⁹⁷ S. Tierney, J. King, « The coronavirus Bill », UK Constitutional Law Blog, 24 mars 2020, disponible à : <https://ukconstitutionallaw.org/2020/03/24/stephen-tierney-and-jeff-king-the-coronavirus-bill/> ; T. Konstadinides, L. Marsons, « Covid-19 and its impact on the constitutional relationship between Government and Parliament », UK Constitutional Law Blog, 26 mars 2020, disponible à : <https://ukconstitutionallaw.org/2020/03/26/theodore-konstadinides-and-lee-marsons-covid-19-and-its-impact-on-the-constitutional-relationship-between-government-and-parliament/> ; J. Grogan « Parliament still does not have the power to scrutinise the Coronavirus Act properly », LSE blog, 20 octobre 2020, disponible à : <https://blogs.lse.ac.uk/covid19/2020/10/30/parliament-still-does-not-have-the-power-to-scrutinise-the-coronavirus-act-2020-properly/> ; R. Hogarth, « Parliament's role in the coronavirus crisis. Ensuring the government's response is effective, legitimate and lawful », Institute for Government, IfG Insight, avril 2020, disponible à : <https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/parliament-role-coronavirus.pdf> ; House of Lords select committee on the constitution, « COVID-19 and the use and scrutiny of emergency powers », House of Lords reports, 3rd Report Session 2021-22, disponible à : <https://committees.parliament.uk/publications/6212/documents/69015/default/>

¹²⁹⁸ Dr. Ronan Cormacain, « Coronavirus Bill : A Rule of Law Analysis », Bingham Centre for the Rule of Law, disponible à : https://binghamcentre.biicl.org/documents/84_coronavirus_bill_rule_of_law_scrutiny_supplementary_report_upload.pdf, p. 3.

les juges de la *Supreme Court*¹²⁹⁹, ce dernier a démontré à de nombreuses reprises sa faculté d'empêchement du Gouvernement à défaut de se montrer encore capable de le renverser.

439. En ce sens, l'adoption de l'amendement Letwin le 19 octobre 2019 offre une parfaite illustration du pouvoir dont dispose encore le Parlement à l'égard de l'Exécutif. Faisant usage des compétences qui leur sont reconnues au cours de la procédure législative, les membres du Parlement ont pu modifier substantiellement la loi initiée par le Gouvernement afin de faire adopter en droit interne l'accord négocié avec l'Union Européenne, conformément aux exigences du système dualiste britannique. Cette loi si adoptée en l'état par le Parlement au moment de son introduction par la Chambre des Communes signifiait la réalisation pure et simple du *Brexit* au 31 octobre 2019. Or, au jour de son introduction, le 19 octobre, aucune disposition législative n'avait alors encore été adoptée afin de sécuriser les effets de la sortie de l'Union européenne et du retrait des normes de sources communautaires conformément à l'accord obtenu par le Gouvernement devant les instances européennes. Au regard du peu de temps laissé pour adopter l'ensemble des dispositions permettant la mise en application de l'accord de retrait, le risque était alors pour le Parlement de ne pouvoir adopter l'ensemble des dispositions nécessaires, produisant dans les faits les effets d'un *Brexit* sans accord alors même que ce dernier avait été obtenu. Afin d'éviter cette situation, le député conservateur Sir Oliver Letwin, favorable à l'accord obtenu par le Gouvernement Johnson, a proposé un amendement visant à suspendre le vote sur l'accord avec l'Union Européenne tant que n'aurait pas été adopté l'ensemble des dispositions nécessaires à l'application en droit interne de l'accord de retrait¹³⁰⁰. L'amendement, sélectionné par le Speaker John Bercow, a été adopté au sein de la Chambre des Communes par une majorité de 322 contre 306 voix, mettant alors en danger pour le Gouvernement la concrétisation du *Brexit* au trente et un octobre, conformément à sa volonté. Or, au regard des dispositions du *EU Withdrawal (N°2) Act*, aussi appelé « *Benn Act* », adoptées par la Chambre des Communes le 9 septembre 2019, le Gouvernement se voyait imposer la demande d'une extension des délais de retrait prévu par l'article 50 du TFUE en l'absence de l'adoption d'un accord par la Chambre des Communes

¹²⁹⁹ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5

¹³⁰⁰ House of Commons, « Saturday 19 October 2019 – Order Paper N°4: Part 1 », disponible à : <https://publications.parliament.uk/pa/cm201919/cmagenda/OP191019.pdf>, pp. 3-4, « 1. SECTION 1(1)(a) OF THE EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL) (NO. 2) ACT 2019 AND SECTION 13(1)(b) OF THE EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL) ACT 2018 (...) Amendment (a) Sir Oliver Letwin, Hilary Benn, Jo Swinson, Liz Saville Roberts, Stephen Gethins, Mr David Gauke, Margaret Beckett, Dr Phillip Lee, Nick Boles, Mr Sam Gyimah, Tom Brake, Mr Dominic Grieve, Mr Philip Hammond, Anna Soubry, ' Line 3, leave out from "deal," to end and add "this House has considered the matter but withholds approval unless and until implementing legislation is passed." »

ou l'acceptation par la Chambre des Communes d'un *Brexit* sans accord au plus tard au dix-neuf octobre¹³⁰¹. Ainsi, l'amendement proposé par Sir Letwin, en retardant le vote sur l'accord obtenu par le gouvernement Johnson a forcé ce dernier, contre sa volonté, à demander une nouvelle extension du *Brexit*¹³⁰². Cette dernière, acceptée par l'Union Européenne, fait courir un nouveau délai pour l'adoption par le Parlement de l'accord négocié entre le Gouvernement Johnson et l'Union Européenne et des dispositions nécessaires pour sa mise en œuvre jusqu'au 31 janvier 2020. L'exemple de l'amendement Letwin démontre ainsi la capacité du Parlement à reprendre la main sur la procédure législative et à imposer au Gouvernement lors de moments cruciaux pour l'avenir politique, constitutionnel, mais aussi social et économique du Royaume-Uni le tempo qu'il s'est choisi.

440. Le déplacement du contre-pouvoir parlementaire. Le rôle de contre-pouvoir exercé par le Parlement à travers l'adoption de l'amendement Letwin n'est pas une nouveauté propre au contexte du *Brexit*. Ce dernier ne fait que mettre en lumière un ensemble de mécanismes et de pratiques parlementaires analysés par des études empiriques comme celles proposées dans le champ de la science politique par M. Russel, D. Gover ou K. Wollter¹³⁰³. Ces études participent de la remise en cause des lectures politiques de la constitution britannique concluant en faveur du déclin du Parlement. Ces dernières tendant à démontrer que le Parlement de Westminster ne ressemble pas à ce « législateur à genou »¹³⁰⁴ ou ce « cadeau de Dieu à la dictature »¹³⁰⁵ qui aurait alors fait entrer le Royaume-Uni dans l'ère de la « démocratie post-parlementaire »¹³⁰⁶. Ainsi, si le Gouvernement détient bel et bien l'initiative de la procédure législative, tant l'analyse de la pratique des amendements¹³⁰⁷, la possibilité

¹³⁰¹ *European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019*, Art 1 (4) : « *The Prime Minister must seek to obtain from the European Council an extension of the period under Article 50(3) of the Treaty on European Union ending at 11.00pm on 31 October 2019 by sending to the President of the European Council a letter in the form set out in the Schedule to this Act requesting an extension of that period to 11.00pm on 31 January 2020 in order to debate and pass a Bill to implement the agreement between the United Kingdom and the European Union under Article 50(2) of the Treaty on European Union, including provisions reflecting the outcome of inter-party talks as announced by the Prime Minister on 21 May 2019, and in particular the need for the United Kingdom to secure changes to the political declaration to reflect the outcome of those inter-party talks* ».

¹³⁰² *Ibid.*

¹³⁰³ Basée elle-même sur un travail d'étude d'amendements proposé par J. A. G. Griffiths en 1974.

¹³⁰⁴ , M. Russel, D. Gover, K. Wollter, « Does the Executive Dominate the Westminster Legislative Process?: Six Reasons for Doubts », *op. cit.*, p. 287.

¹³⁰⁵ *Ibid.*

¹³⁰⁶ *Idem*, p. 288.

¹³⁰⁷ Dans ce dernier cas, l'origine gouvernementale de l'amendement ne signifie pas l'absence de pouvoir du Parlement sur ce dernier, en effet, l'étude empirique menée par les auteurs tend à démontrer l'existence d'un nombre significatif de « *consecionary amendment* », c'est à dire d'amendement d'origine gouvernementale proposé suite à des remarques ou demandes provenant de membres du Parlement n'appartenant pas au

pour les MPs de reprendre le contrôle de l'ordre du jour, ou encore la création de commissions parlementaires participent à une image plus équilibrée des rapports entre pouvoirs législatif et exécutif au cours de la procédure législative. L'ensemble de ces mécanismes permettent à M. Russel et D. Gover de dégager « six facettes du pouvoir parlementaire »¹³⁰⁸, à savoir : le pouvoir de changer substantiellement des projets de loi par voie d'amendement, le pouvoir détenu par les *select committees* de créer des « réactions anticipées » de la part du gouvernement pouvant conduire à des modifications du projet de loi afin de répondre aux attentes et exigences supposées de la Chambre des Communes, l'internalisation par le Gouvernement des exigences de la Chambre des Communes, le pouvoir détenu par l'opposition de déterminer quels éléments majeurs du projet de loi seront débattus en séance plénière, le pouvoir d'examen et de critique reconnus aux membres du Parlement sur le projet de loi à travers les débats contradictoires au sein de la Chambre des Communes, et enfin la possibilité de soutenir ou non la politique du gouvernement.

441. De même que le Parlement ne se révèle pas aussi démuné au cœur de la procédure législative que certaines études politiques et juridiques tendraient à souligner, le contrôle politique exercé par ce dernier n'a pas disparu. Ce dernier ne saurait en effet se limiter au seul recours au vote de « *no confidence* » bien que ce dernier en soit l'arme la plus radicale et la plus spectaculaire. Le retrait de la confiance dans le Gouvernement repose au cœur du parlementarisme et du modèle de Westminster. Dans ce contexte, les principes de responsabilité collective et personnelle des ministres devant Westminster, se voient reconnaître une nature duale : d'un côté une forme de responsabilité-sanction comprise au sens classique du terme et qui, lorsque mise en jeu, lie le sort du gouvernement ou du ministre à l'erreur politique commise par ce dernier ou ses services¹³⁰⁹, de l'autre, un principe de responsabilité-justification qui exige pour le gouvernement ou le ministre d'être en mesure d'informer le Parlement des raisons ayant conduit à l'erreur politique¹³¹⁰ sans que cette dernière ne lie le sort du Gouvernement ou du ministre concerné à un vote de « *no confidence* » devant le Parlement. Si le premier type d'engagement de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement semble moins effective qu'il ne l'a été, et ce bien qu'il ait

gouvernement. Ce type d'amendement mis en lumière par l'étude de J. A. G. Griffiths, démontrent la nécessité d'une analyse empirique poussée des pratiques parlementaires afin de saisir l'exacte balance des pouvoirs au cœur même de la fonction législative.

¹³⁰⁸M. Russel, D. Gover, K. Wollter, « Does the Executive Dominate the Westminster Legislative Process?: Six Reasons for Doubts », *op. cit.*, p. 287.

¹³⁰⁹A. Tomkins, « The Struggle to Delimit Executive Power in Britain », *op. cit.*, p. 40.

¹³¹⁰*Ibid.*, p. 41.

été revivifié au début des années deux-mille sous le gouvernement Blair¹³¹¹, le second type de responsabilité implique un contrôle politique de fond qui repose sur des procédures d'information et d'investigation qui se sont vue développées et renforcées. Ainsi « la Chambre des Communes a trois moyens principaux par lesquels responsabiliser les ministres : à travers la tenue des débats parlementaires, à travers les questions au gouvernement et au Premier Ministre (orales et écrites), et par le travail des *select committees* »¹³¹². Tant la qualité reconnue aux rapports produits par ces derniers que la publicité des débats parlementaires et des travaux des *select committees* participent à donner une voix politique au Parlement dans ses critiques au Gouvernement. La voix du Parlement n'est cependant pas uniquement politique lorsqu'il s'agit de « tempérer la Couronne »¹³¹³ et en ce sens, la codification juridique intervenue en 2011 de la convention constitutionnelle organisant la dissolution du Parlement par le Monarque sur avis de son Premier Ministre a participé de l'encadrement du pouvoir du Gouvernement¹³¹⁴.

442. Ainsi, si le Parlement n'utilise pas ou n'est plus en capacité d'utiliser les canaux classiques du régime parlementaire pour exercer son rôle de contre-pouvoir sur l'Exécutif, il ne renonce cependant pas à un rôle de contrôle politique sur ce dernier. Alors que le renforcement du pouvoir Exécutif a été rendu possible par une évolution de la nature et un déplacement de ce dernier, de même, le contre-pouvoir exercé par le Parlement s'est lui aussi transformé et déplacé¹³¹⁵. Il s'est vu renforcé afin de « rééquilibrer la relation entre l'Exécutif et le législatif en faveur du Parlement »¹³¹⁶. Cette dynamique parallèle des deux pouvoirs ne peut néanmoins être comprise sans l'appui d'une étude politique précise de la pratique des conventions constitutionnelles organisant les rapports entre Exécutifs et Législatif et donc hors des cadres donnés à la fois par le modèle orthodoxe, mais aussi par le *political constitutionalism* d'A. Tomkins.

443. Néanmoins, il convient de souligner que l'efficacité et l'intensité des pouvoirs du Parlement au cœur de la procédure législative et en tant que contre-pouvoir dépendent du

¹³¹¹ Ibid., p. 40.

¹³¹² Idem.

¹³¹³ P. Lagassé, « Taming the Crown in Court: Waning Executive Dominance in the United Kingdom », *Policy Exchange Website*, 10 oct. 2019, disponible à : <https://policyexchange.org.uk/philippe-lagasse-taming-the-crown-in-court-waning-executive-dominance-in-the-united-kingdom/>

¹³¹⁴ *Fix-term Parliaments Act 2011*, P. Lagassé, « Taming the Crown in Court: Waning Executive Dominance in the United Kingdom », *op. cit.*

¹³¹⁵ Cette évolution ne va pas sans rappeler celle connue par le Parlement français à la suite de la révision constitutionnelle de 2008. J. E. Gicquel, « Les effets de la réforme constitutionnelle de 2008 sur le processus législatif », *Jus Politicum*, n°6, 2008, pp. 1-14.

¹³¹⁶ P. Lagassé, « Taming the Crown in Court: Waning Executive Dominance in the United Kingdom », *op. cit.*

contexte politique. De même, il revient de rappeler que la sélection des amendements discutés en séance plénière et qui participe grandement au pouvoir du Parlement relève de la seule volonté du Speaker de la Chambre des Communes. Or, la pratique instaurée par John Bercow depuis dix ans est toujours allée dans le sens d'un renforcement du contrôle du Parlement sur l'action du Gouvernement. Cette volonté du Speaker s'est exprimée jusqu'à son départ le trente et 31 octobre 2019 et dans chacune des étapes du processus du *Brexit*. Néanmoins, l'élection d'un nouveau Speaker laisse la possibilité d'une pratique moins favorable au Parlement dans les mois à venir, ce scénario se trouvant désormais encadré par la reconnaissance par le juge de *common law* d'un principe de contrôle politique exercé par le Parlement sur le Gouvernement.

444. En effet, la décision *Cherry/Miller*¹³¹⁷ rendue par la *Supreme Court* le vingt-quatre septembre deux-mille dix-neuf est venu consacrer une nouvelle définition du principe de souveraineté du Parlement intégrant aux côtés du concept de législateur souverain celui d'un Parlement chargé du contrôle du Gouvernement. Cette définition renouvelée, si elle accentue de nouveau l'écart entre le modèle orthodoxe et le discours du droit public britannique, offre aussi un nouveau point de contact et d'échange entre la constitution juridique et la constitution politique du Royaume-Uni. En cristallisant au sein de la *common law* la convention de la constitution exigeant que le Gouvernement se soumette au contrôle politique du Parlement, les juges de la *Supreme Court* proposent une nouvelle lecture de la nature dualiste de la constitution britannique. Au regard du contexte politique ayant mené à cette décision, la *Supreme Court* dévoile de même une nouvelle articulation entre contrôle politique et contrôle juridique du Gouvernement. En renforçant le second pour mieux pallier aux faiblesses du premier, la *Supreme Court* offre une narration nouvelle des rapports entre le pouvoir Exécutif et le pouvoir Judiciaire.

B. L'Exécutif et les Juges

445. La fin des « Lions sous le trône ». Si la tentative d'une définition négative du pouvoir Exécutif par l'étude de sa frontière avec le pouvoir Législatif ne permet pas le confort intellectuel d'une délimitation claire et stricte, la question de la frontière entre le pouvoir Exécutif et le pouvoir Judiciaire semble offrir la possibilité d'un ancrage plus évident pour la détermination d'une conception juridique de l'Exécutif. Défait de l'enchevêtrement organique

¹³¹⁷ *R (Miller/Cherry) v The Prime Minister* [2019] UKSC 41.

qui caractérise les relations entre l'Exécutif et le Législatif, l'approche des frontières du pouvoir Exécutif par son rapport au pouvoir Judiciaire met en lumière une conception juridique minimale de ce dernier. Ce territoire, longtemps ignoré par l'héritage diceyen, amène à envisager de nouveau la distinction entre, d'une part, la nature des fonctions exercées par les deux pouvoirs et, d'autre part, le contrôle appliqué par le pouvoir Judiciaire sur l'Exécutif. Si l'étude de la fonction législative a démontré que le Gouvernement et le Parlement assumaient conjointement le processus d'élaboration de la loi, il apparaît qu'aucune coopération similaire ne se joue dans les rapports contemporains qu'entretiennent le pouvoir Judiciaire et Exécutif. Un tel constat est cependant le produit des évolutions constitutionnelles amorcées dans la seconde moitié du vingtième siècle et qui ont placé au cœur des réflexions juridiques la question de la frontière entre l'Exécutif et le Judiciaire¹³¹⁸.

446. Considérés avant les Révolutions anglaises comme de simples membres du *Civil service* à la disposition du monarque¹³¹⁹, les juges ne sont plus aujourd'hui ces « lions sous le trône »¹³²⁰ décrit par Lord Francis Bacon lors des querelles opposant les cours de *common law* à Jacques Ier¹³²¹. Le processus d'autonomisation du pouvoir Judiciaire face, tant au pouvoir Exécutif qu'au pouvoir Législatif, demeure néanmoins un processus récent pleinement réalisé par l'adoption en 2005 du *Constitutional Reform Act*. Jusqu'alors, l'indépendance de ces derniers n'était comprise que comme se limitant à la question de « trancher les cas » qui lui étaient soumis librement « sans qu'il ne soit nécessaire au juge d'exercer un contrôle ou une influence sur (...) la pénombre administrative entourant le processus judiciaire »¹³²², autorisant dès lors à ce que les *Law Lords*, juges de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire britannique, soient pleinement intégrés à la Chambre des Lords. À un enchevêtrement organique entre pouvoir Législatif et pouvoir Judiciaire ne permettant dans les faits qu'une indépendance fonctionnelle des Juges, s'ajoutait encore l'exercice d'un

¹³¹⁸ A. Tomkins, « The struggle to delimit Executive power in Britain », *op. cit.*, p. 26.

¹³¹⁹ Lord Justice Thomas, « The position of the Judiciaries of the United Kingdom in the Constitution Changes », discours prononcé le 8 mars 2008 à la Scottish Sheriff's Association, disponible à https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/ljt_address_to_scottish_sheriffs.pdf, p. 1, voir aussi, Lord Thomas of Cwmgiedd, « Conference on the Paradox of judicial Independence », disponible à : <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/06/ucl-judicial-independence-speech-june-2015.pdf>, p.3, « Initially the relationship between the Executive and the judiciary was one of master and servant, with the latter holding office at the former's pleasure ».

¹³²⁰ F. Bacon, *Of judicature*, cité par S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, CUP, 2015, 250 p., p.i, « Let judges also remember that Solomon's throne was supported by lions on both sides: let them be lions, but yet lions under the throne; being circumspect that they do not check or oppose any points of sovereignty ».

¹³²¹ Lord Justice Thomas, « the position of the Judiciaries of the United Kingdom in the Constitution Changes », *op. cit.*, p. 1

¹³²² *Idem*, p. 2.

pouvoir réel de la part de l'Exécutif sur l'organisation du système judiciaire. La disparition du *Council* créé en 1871 pour encadrer le travail des cours de *common law*¹³²³ au profit d'un principe d'organisation intégré au *Civil service* et sous la direction du *Lord Chancellor*¹³²⁴, membre du Gouvernement, crée un principe de dépendance entre l'Exécutif et le système judiciaire. Ainsi, « à travers la longue évolution du système en Angleterre et au Pays de Galles, le Lord Chancellor était devenu, de fait, la tête de chaque niveau du système judiciaire »¹³²⁵, ce dernier allant jusqu'à participer au processus de désignation des juges¹³²⁶.

447. Les réformes imposées tant à l'organisation du pouvoir judiciaire qu'aux procédures pratiquées devant les cours de *common law* dans les années soixante-dix, alarment alors les juges quant à la nécessité d'assurer une sanctuarisation du pouvoir judiciaire face à l'Exécutif, dont le système de gouvernement, par les coupes budgétaires, met à mal l'indépendance fonctionnelle de la Justice. Au cours des années quatre-vingt émerge l'idée « que l'indépendance de chaque juge nécessaire à la garantie du principe du *Rule of law* doit être fondé sur une indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire – un pouvoir judiciaire compris comme une institution distincte et une branche autonome de l'État libérée des interférences de l'Exécutif dans un contexte plus large »¹³²⁷.

448. La redéfinition de l'office du juge. L'élargissement de la compréhension de l'office des juges comme gardien du *Rule of law* participe à la redéfinition de ses rapports avec l'Exécutif. De manière parallèle, l'intégration des standards européens et notamment ceux portés par l'article 6 alinéa 1 de la Convention *EDH* tel que traduit dans le droit interne britannique par le *HRA* pose le cadre de cette redéfinition. En conséquence, un *Judges' Council* distinct du Gouvernement est créé¹³²⁸, les responsabilités exercées par le *Lord Chancellor* sont transférées au *Lord Chief Justice*¹³²⁹ et une nouvelle procédure de nomination des juges est mise en place afin de définitivement permettre l'autonomie du pouvoir judiciaire¹³³⁰. À cette restructuration du pouvoir s'ajoute, par l'adoption du *HRA* et

¹³²³ *Idem*, p. 3.

¹³²⁴ *Ibid.*

¹³²⁵ *Idem*, p. 3.

¹³²⁶ *Idem*.

¹³²⁷ *Idem*, p. 2.

¹³²⁸ Lord Justice Thomas, « The position of the Judiciaries of the United Kingdom in the Constitution Changes », *op. cit.*, p. 7

¹³²⁹ *Ibid.*

¹³³⁰ *Ibid.*

l'intégration d'un discours sur les droits et libertés opposables au Gouvernement¹³³¹, « le renforcement de l'autorité du pouvoir judiciaire en matière constitutionnelle »¹³³². Un renforcement rendu possible par le développement de la procédure de *Judicial review* et une redéfinition vers une lecture substantielle du concept du *Rule of law* sous les effets du *HRA*¹³³³.

449. Si ces évolutions semblent participer à l'instauration d'une frontière claire entre le pouvoir Exécutif et le pouvoir Judiciaire, certains auteurs s'inquiètent cependant de voir cette même frontière s'affaïssir sur son flanc judiciaire. L'article 6 du *HRA*¹³³⁴ offre en effet la possibilité au juge de discuter, contrôler et écarter, dans le contexte du respect des *convention rights*, les décisions prises par l'ensemble des personnes publiques et ultimement par le Gouvernement¹³³⁵. Or, classiquement les juges ont vu leur contrôle limité par le principe selon lequel les « cours ne peuvent appliquer aux opérations des plus hauts organes du Gouvernement - la Couronne, la Chambre des Communes et encore moins la *Queen-in-Parliament* – les mêmes principes et modes d'interventions qui s'appliquent aux autres personnes, organes et décisions affectant le droit »¹³³⁶. En ce sens, le contrôle ordinaire et développé depuis les années soixante-dix dans le cadre de la procédure de *judicial review* s'est vu limité au simple contrôle de la légalité de la procédure de décision administrative. Or, la substantialisation du concept du *Rule of law*, et le développement du recours au contrôle de proportionnalité sont venus étendre le champ du contrôle du juge de *common law* au-delà du simple *review* de la décision pour mieux en interroger les motifs¹³³⁷. Ce processus, permettant au juge de critiquer les décisions de l'Administration, laisse planer, tant pour les auteurs adoptant une lecture orthodoxe du droit administratif fondé sur le principe de l'*ultra vires* que pour ceux revendiquant une approche de *political constitutionalism*, le risque de voir entrer les cours de *common law* sur le terrain du politique, dévolu aux seuls Parlement et Gouvernement. Ainsi, et au moins dans certaines représentations et lectures du droit public britannique, le juge serait venu brouiller par la base la distinction pourtant pensée comme stricte entre le pouvoir Exécutif et le pouvoir Judiciaire.

¹³³¹ *Human Rights Act 1998*,

¹³³² A. Tomkins, « The Struggle to Delimit Executive Power in Britain », *op. cit.*, p. 26

¹³³³ Voir, *supra*, par. 232.

¹³³⁴ *Human Rights Act 1998*, art. 6 (3) « (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 ».

¹³³⁵ *Ibid.*

¹³³⁶ R. Ekins, « Parliamentary sovereignty and the Politics of Prorogation », Policy Exchange, disponible à : <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/09/Parliamentary-Sovereignty-and-the-Politics-of-Prorogation3.pdf>, p. 21

¹³³⁷ Voir, *supra*, par. 132.

450. Cette crainte est cependant longtemps demeurée périphérique. En effet, le contrôle par le juge des décisions adoptées par l'Exécutif ne s'appliquait pas avec la même intensité au cœur de ce dernier et aux décisions prises dans les services de son administration et au sein des *Local Governments*. La différence de traitement entre les décisions adoptées par l'administration et celle relevant du « cœur du gouvernement » découlait alors en partie de la différence de nature des pouvoirs permettant à l'Exécutif de concevoir l'une ou l'autre. Là où les premières se voient généralement adoptées par délégation de pouvoir du Parlement vers l'Exécutif, les secondes relèvent de *prerogative powers*, ces pouvoirs résiduels, héritage des *royal prerogatives* autrefois détenus par le monarque et qui forment « le sceptre voilé »¹³³⁸ appartenant en propre à l'Exécutif¹³³⁹. L'intensité du contrôle exercé par le juge sur cette dernière catégorie, bien que reconnu depuis le dix-septième siècle¹³⁴⁰, est restée guidée par la distinction entre un contrôle limité à l'existence et au périmètre du pouvoir face à un contrôle, dont le juge a refusé l'exercice, portant cette fois sur les motifs et l'opportunité de l'exercice des *prerogative powers*¹³⁴¹. Ce faisant, le juge reconnaissait une limite à son propre contrôle, notamment face au pouvoir du Gouvernement dans la conduite de la politique du Royaume-Uni et plus particulièrement dans celle des relations internationales et de ses relations avec le Parlement.

451. Le juge comme protecteur du Parlement, étude de l'arrêt Cherry/Miller [2019] UKSC. Le *Brexit*, en mettant sous pression tant les relations entretenues par le Gouvernement avec son Parlement que celles entretenues par ce même Gouvernement avec les institutions européennes a amené le juge de *common law* à redéfinir la notion de *prerogative powers* et la nature de son contrôle sur ces dernières. Semblant adopter une démarche similaire à celle l'ayant conduit à la pratique d'un *Judicial review* renforcé, le juge propose dans sa décision *Cherry/Miller*¹³⁴² un nouveau tracé des frontières juridiques du pouvoir Exécutif. Si ce processus de redéfinition n'est pas une réaction du pouvoir Judiciaire face à une colonisation de l'Exécutif de ses compétences, mais résulte d'une défense judiciaire du domaine du pouvoir Législatif contre une pratique gouvernementale, il semble défaire l'équilibre institutionnel au

¹³³⁸ A. Twomey, *The veiled sceptre: reserve powers of Head of State in Westminster systems*, Cambridge, CUP, 2018, 808 p.

¹³³⁹ Voir, *supra*, par. 102.

¹³⁴⁰ *The Case of Proclamations* [1610] EWHC KB J22.

¹³⁴¹ R. Ekins, « Parliamentary sovereignty and the Politics of Prorogation », *op. cit.*, p. 14.

¹³⁴² *R (on the application of Miller) v The Prime Minister Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.

sein même de la coopération entre le Parlement et le Gouvernement¹³⁴³. Assumant une certaine lecture de la séparation des pouvoirs et de la balance entre constitution politique et juridique, la *Supreme Court* s'affirme comme une réelle gardienne de la constitution¹³⁴⁴. Sa décision amène cependant certains auteurs à dénoncer l'avancée du juge de manière dommageable sur le terrain politique¹³⁴⁵ et pour d'autres à célébrer au contraire la constitutionnalisation du contrôle de l'Exécutif¹³⁴⁶.

452. Tant la portée de l'arrêt *Cherry/Miller* que la controverse vive qu'il entraîne dans le discours sur le droit public britannique ne peuvent être séparées de leur contexte. Alors que le Gouvernement May avait obtenu en mars 2019 la prolongation du délai prévu par l'article 50 du TFUE et à l'expiration duquel la sortie du Royaume-Uni aurait été effective, jusqu'au 31 octobre 2019, et après la démission de ce gouvernement et la constitution du Gouvernement Johnson en juillet 2019, M. Jacob Rees-Mogg, alors leader de la Chambre des Communes, la Baroness Evans of Bowes Park, leader de la Chambre des Lords, et M. Mark Spencer, *Chief Whip*, ont participé à l'initiative du Prime Minister à une réunion du *Privy Council* conseillant à la Reine la suspension du Parlement du 9 septembre 2019 jusqu'au 14 octobre 2019. Si en effet, le pouvoir de suspension du Parlement est détenu par le Monarque, ce dernier ne l'a plus exercé seul depuis le règne de la Reine Victoria en 1854¹³⁴⁷. Il ne s'exprime ainsi plus que par une forme de « *royal assent* » apposé à la décision prise à l'issue de la réunion du *Privy Council* et a été en l'espèce octroyé en date du 28 août. Aussitôt la suspension du Parlement annoncée, Gina Miller a engagé une action devant la *High Court* afin de faire reconnaître

¹³⁴³ N. Barber, « Constitutional hardball and justified development of the law », Policy exchange, 29 septembre 2019, disponible à : <https://policyexchange.org.uk/nick-barber-constitutional-hardball-and-justified-development-of-the-law/> , p. 3, « (...) the Supreme Court intervend to protect Parliament from a Prime Minister who is contemptuous of its constitutional position and willing to use any means to undermine its capacity to hold the Government to account ».

¹³⁴⁴ A. L. Young, « Deftly guarding the constitution », Policy Exchange, 29 septembre 2019 disponible à : <http://judicialpowerproject.org.uk/alison-young-deftly-guarding-the-constitution/> , p. 2, « It demonstrates a delicate balance between law and politics, affirming the Supreme Court's role as the guardian of the UK constitution ».

¹³⁴⁵ J. Finnis, « The Unconstitutionality of the Supreme Court's prorogation judgement », *Policy Exchange*, 28 septembre 2019, disponible à : <https://policyexchange.org.uk/publication/the-unconstitutionality-of-the-supreme-courts-prorogation-judgment/> , S. Tierney, « Turning political principles into legal rules: the unconvincing alchemy of the Miller/Cherry decision », *Policy Exchange*, 30 septembre 2019, <https://policyexchange.org.uk/stephen-tierney-turning-political-principles-into-legal-rules-the-unconvincing-alchemy-of-the-miller-cherry-decision/> ; S. Laws, « The Supreme Court's unjustified lawmaking », *Policy Exchange*, 4 octobre 2019, <https://judicialpowerproject.org.uk/stephen-laws-the-supreme-courts-unjustified-lawmaking/> ; Pour une approche plus nuancée, voir: A. McHarg, « The Art of Judicial disguise », *Policy Exchange*, 30 septembre 2019, disponible <https://judicialpowerproject.org.uk/aileen-mcharg-the-art-of-judicial-disguise/>

¹³⁴⁶ P. Craig, « The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle », *Oxford Legal Studies Research*, Paper n° 57/2019, pp. 1-50; N. Barber, « Constitutional hardball and justified development of the law », *op. cit.*; A. L. Young, « Deftly guarding the constitution », *op. cit.*

¹³⁴⁷ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent)/ Cherry and others (Respondent) v Advocate General for Scotland (Appellant)* [2019] UKSC 41, pt. 3

l'illégalité de la décision de demander à la Reine Elizabeth II une telle suspension. La demande a été rejetée par la *Divisional Court* le 11 septembre au motif que la question soulevée devant le prétoire des juges n'était pas justiciable. Néanmoins, l'appel auprès de la *Supreme Court* a été autorisé¹³⁴⁸. Parallèlement et devant les juridictions écossaises, une seconde affaire initiée par des membres de la Chambre des Communes et de la Chambre des Lords a amené les juges de la *Inner House* à reconnaître l'illégalité de la suspension. L'Avocat Général pour l'Écosse a alors fait appel devant la *Supreme Court*¹³⁴⁹. Le litige soumis aux juges de la *Supreme Court* devait ainsi amener celle-ci à « déterminer l'équilibre adéquat entre l'Exécutif et le Parlement, et en particulier, si l'Exécutif pouvait suspendre le Parlement pour une période étendue (...) »¹³⁵⁰ dans le contexte d'un contrôle parlementaire empêchant le Gouvernement d'agir à sa guise pour réaliser le processus du *Brexit*¹³⁵¹. Il n'a en effet fait aucun doute ni pour les juges, ni pour les commentateurs de la décision que la volonté du Gouvernement en procédant à cette suspension était de mettre un terme au contrôle exercé par le Parlement sur son action dans une période critique du processus du retrait empêchant de facto tout regard sur les procédures menées et devant conduire à un *Brexit* au 31 octobre 2019. Face à ce contexte, et soulignant le caractère exceptionnel¹³⁵² de leur décision, les juges ont retenu à l'unanimité et sans opinions séparées¹³⁵³, que « la décision du Premier Ministre de suspendre le Parlement était nulle et réputée n'avoir jamais existé »¹³⁵⁴.

453. Afin de parvenir à cette décision le raisonnement des juges se découpe en quatre questions : « (1) La question de savoir si l'avis du Premier Ministre à la Reine en faveur de la suspension du Parlement est ou non du ressort d'une cour de Justice (2) Dans le cas où ce dernier le serait, quels standards doivent être appliqués pour déterminer sa légalité ? (3) Au regard de ces standards était-il légal ? (4) Dans le cas où il ne l'était pas quel remède la Cour devrait adopter ? »¹³⁵⁵. Adoptant une argumentation claire et en dialogue avec les *case laws*

¹³⁴⁸ *Idem.*, pt. 25.

¹³⁴⁹ *Idem.*, pt. 23-24.

¹³⁵⁰ N Barber, « Constitutional hardball and justified development of the law », *op. cit.*

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² *Cherry/Miller* [2019] UKSC 41, pt. 1, « (...) It arises in circumstances which have never arisen before and are unlikely ever to arise again. It is a "one off". But our law is used to rising to such challenges and supplies us with the legal tools to enable us to reason to a solution ».

¹³⁵³ P. Craig, « The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle », *op. cit.*, p. 1.

¹³⁵⁴ Lady Hale, 24 octobre 2019, Judgement, « This Court has already concluded that the Prime Minister's advice to Her Majesty was unlawful, void and of no effect. This means that the Order in Council to which it led was also unlawful, void and of no effect and should be quashed. This means that when the Royal Commissioners walked into the House of Lords it was as if they walked in with a blank sheet of paper. The prorogation was also void and of no effect. Parliament has not been prorogued. This is the unanimous judgment of all 11 Justices ».

¹³⁵⁵ *Cherry/Miller* [2019] UKSC 41, pt. 27.

développées par les cours de *common law* autour des *prerogative powers* depuis le dix-septième siècle, la *Supreme Court* retient premièrement la justiciabilité de l'avis fait par le Premier Ministre à la Reine. Pour ce faire, elle écarte la question des « *Proceedings in Parliament* » qui au regard de l'article 9 de la *Bill of Rights* de 1689 « ne sauraient être interrogés ou empêchés par aucune cour de justice ou pouvoir en dehors du Parlement ». Relevant en ce sens que la décision de suspendre le Parlement « n'est la décision d'aucune des Chambres du Parlement » et que « bien au contraire, elle leur est imposée » et ce afin « de mettre fin au travail central et essentiel du Parlement »¹³⁵⁶ qu'est le contrôle de l'Exécutif. Ainsi, la compétence du juge ne saurait être écartée sur ce motif, plaçant alors son raisonnement, non pas sur le terrain des *Proceedings in Parliament*, mais sur celui des *prerogatives powers* en reconnaissant que le pouvoir de suspension relève de l'exercice de ces pouvoirs résiduels réservés à l'Exécutif. Or, la question de l'existence et du champ de ces pouvoirs sont des questions de droit. Le régime de ces derniers organisé autour des arrêts *GCHQ*¹³⁵⁷ et *Everett*¹³⁵⁸, pose néanmoins pour principe l'incompétence des juges en matière de dissolution du Parlement¹³⁵⁹ et pour tout exercice de *prerogative powers* relatifs à des questions de « haute politique »¹³⁶⁰. Au regard de l'argumentation développée par la Cour, le pouvoir de suspension du Parlement n'est pas assimilé à ces deux cas. Il convient dès lors d'en rechercher les limites. En l'absence de *statute laws* encadrant l'étendue de ce pouvoir, les juges de la *Supreme Court* vont rechercher les principes constitutionnels entourant l'exercice de la suspension. Deux sont alors retenus, le premier, classique est celui de la Souveraineté du Parlement. Le second, nouveau quant à lui, est celui du contrôle du Parlement sur le Gouvernement. Ce dernier principe s'il existe dans le champ politique ne s'est jamais vu reconnaître une valeur juridique. L'affirmation de ce dernier principe en droit, cristallise ainsi une convention constitutionnelle qui n'avait pas été jusqu'à présent regardée comme opposable au juge.

454. À ce premier stade de réflexion, les critiques des commentateurs s'avèrent déjà nombreuses et dessinent une ligne claire entre deux approches de la décision. D'une part, les tenants d'une lecture légaliste et orthodoxe pour lesquels la décision révèle déjà à ce stade son

¹³⁵⁶ *Cherry/Miller* [2019] UKSC 41, pt. 68.

¹³⁵⁷ *Council of Civil Services Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

¹³⁵⁸ *R v. Secretary of State for foreign and Commonwealth affairs, Ex p Everett* [1989] QB 811.

¹³⁵⁹ Ce dernier pouvoir se trouvant encadrer par *statutes* depuis 2011.

¹³⁶⁰ *Cherry/Miller, op. cit.*, pt. 36.

inconstitutionnalité¹³⁶¹. Proposant une lecture stricte des *statute laws* et des principes mis en jeu par la Supreme Court, ces auteurs lorsqu'ils retiennent la qualification de *proceedings in Parliament* pour la décision de suspension du Parlement constatent avec amertume que la *Supreme Court* en prétendant défendre la Souveraineté du Parlement l'enfreint au contraire, là où, ceux qui acceptent de placer le débat sur le terrain des *prerogative powers* observent une invasion de ce pouvoir réservé à l'Exécutif par le pouvoir Judiciaire. Dans la continuité du de l'arrêt *Miller* de janvier 2017, où il était déjà question de l'emploi fait par le Gouvernement de ses pouvoirs résiduels, la Cour Suprême offre une nouvelle lecture des *prerogative powers* comme devant être dorénavant compris comme étant tous soumis, y compris ceux relevant des fonctions politiques les plus hautes au contrôle des juges¹³⁶². Tombe avec cette nouvelle décision la distinction entre les exercices justiciables des *prerogative powers*, car étant non politique et ceux, au contraire hors du contrôle du juge à raison de leur caractère politique¹³⁶³.

455. Cette extension n'est cependant pas comprise aussi négativement de l'autre côté de la ligne d'analyse de l'arrêt *Cherry/Miller*. Ainsi et d'autre part, des auteurs ancrés davantage dans une approche marquée par le *common law constitutionalism*, loin de proposer l'analyse anhistorique et non contextualisée des lectures orthodoxes, reconnaissent et justifient l'extension de ce contrôle. Si pour des auteurs comme les professeurs Nicholas Barber¹³⁶⁴, Alison Young¹³⁶⁵ ou encore Aileen McHarg¹³⁶⁶, l'extension de ce contrôle est à la fois justifiée par les exigences de l'État de droit et par le comportement agressif de l'Exécutif à l'égard du Parlement, le professeur Paul Craig¹³⁶⁷ va plus loin en inscrivant ce développement dans une narration historique qui en assure une légitimité nouvelle¹³⁶⁸.

456. Mais si les désaccords au sein de la doctrine émergent déjà au niveau de la question de la justiciabilité de la suspension, ils ne font que se creuser lorsque les juges précisent les principes constitutionnels devant servir de standard pour apprécier l'étendue des *prerogative powers* exercés. L'adjonction aux principes positif et négatif de la Souveraineté du Parlement

¹³⁶¹ Voir en particulier J. Finnis, « The unconstitutionality of the Supreme Court's prorogation judgement », *op. cit.*

¹³⁶² P. Yowell, « Miller No2 and political questions », Policy Exchange, 30 septembre 2019, Disponible à : <http://judicialpowerproject.org.uk/paul-yowell-miller-no-2-and-political-questions/>

¹³⁶³ *Shergill v Chair* [2015] AC 359.

¹³⁶⁴ N Barber, « Constitutional hardball and justified development of the law », *op. cit.*

¹³⁶⁵ A. L. Young, « Deftly guarding the constitution », *op. cit.*

¹³⁶⁶ A. McHarg, « The art of judicial disguise », *op. cit.*, p. 2.

¹³⁶⁷ P. Craig, « The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle », *op. cit.*,

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 26.

d'un nouveau corollaire imposant à l'exécutif, au-delà du respect de la volonté du Parlement telle qu'exprimée dans la loi, de ne pas frustrer l'expression de cette dernière, la reconnaissance au principe de responsabilité politique du Gouvernement devant le Parlement d'une valeur juridique, viennent interroger l'équilibre entre constitution politique et juridique. La ligne de démarcation entre les lectures orthodoxes et de *common law constitutionalism* laisse entrevoir d'un côté le regret et la défiance face à une *Supreme Court* qui en assumant « soudainement la suprême responsabilité du maintien et de la préservation de tout l'ordre constitutionnel »¹³⁶⁹, renie des principes politiques éprouvés, offrant d'après John Finnis, une égalité d'armes entre les pouvoirs¹³⁷⁰ et ne résultant dans les faits qu'en un transfert de pouvoir « dans un seul sens »¹³⁷¹ : vers la *Supreme Court*. Une telle lecture est balayée par les approches de *common law constitutionalism* : Le pouvoir exercé par la Cour ne l'est pas pour elle-même, mais seulement pour renforcer le Parlement, conformément à sa jurisprudence en matière de *prerogative powers*.

457. La controverse qui entoure la décision *Cherry/Miller* se cristallise une fois la question de la justiciabilité et des principes fondant le contrôle résolu, lors de la mise en application de ce contrôle. En effet, la *Supreme Court* semble mettre à mal la distinction établie dans l'arrêt *Anisminic* entre contrôle de l'existence et de l'étendue du pouvoir et contrôle de l'opportunité de son exercice. En effet, les juges, s'ils affirment demeurer dans le champ du premier type contrôle, ont, pour se prononcer sur la constitutionnalité de la décision du Premier Ministre, relevé l'absence de motivation suffisamment claire et convaincante de la part de l'Exécutif en faveur de l'adoption d'une telle mesure. Ce faisant, ils semblent avoir quitté le simple contrôle formel de la décision pour entrer sur le terrain de sa substance. Or, le passage de cette frontière entre deux types de contrôle matérialise la distinction entre le contrôle juridique et le contrôle politique qui n'est pas de la compétence du Juge. Si un tel déplacement des frontières entre les différents pouvoirs peut être justifié par le contexte de la décision, elle participe à la mise en évidence sous une lumière peut-être plus crue d'un mouvement de juridicisation de la constitution britannique déjà au cœur de la reconfiguration des discours sur le droit public.

458. Si la décision peut être regardée comme justifiée dans sa recherche de protection du Parlement et des équilibres institutionnels face à l'action gouvernementale, elle participe aussi de l'interrogation des fondements du pouvoir judiciaire au cœur de la démocratie libérale

¹³⁶⁹ J. Finnis, « The unconstitutionality of the Supreme Court's prerogation judgement », *op. cit.*, p. 13

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ *Ibid.*

britannique. En posant la question des limites et de la légitimité du pouvoir judiciaire, la décision *Cherry/Miller* met face à face deux conceptions de la démocratie portées par les discours du *political constitutionalism* et du *common law constitutionalism*. Conceptions qui, largement construites par les traces « positives » laissées par la tradition orthodoxe, se sont centrées sur le Parlement et le juge, laissant en leur cœur irrésolue la question du peuple dans la théorie constitutionnelle britannique.

Section 2. Le peuple, absent des structures du modèle orthodoxe

459. Dans son ouvrage dédié au rapport entre peuple et pouvoir dans le système britannique¹³⁷², le professeur Vernon Bogdanor observe, que la constitution du Royaume-Uni « ne sait rien du Peuple »¹³⁷³. Construit autour du principe de la souveraineté juridique du Parlement, le discours orthodoxe représente en effet un système représentatif qui, en dehors de la question de la détermination des électeurs, laisse en dehors de son discours toute interrogation sur le rôle constitutionnel du peuple¹³⁷⁴. Pour autant, la résurgence de cette dernière notion dans le champ du discours politique et sa récurrence depuis le référendum de 2016 viennent interroger le discours sur le droit quant à la nature du peuple pour le droit public britannique (1§). Elles participent ainsi à la mise en lumière d'un manque au cœur du discours orthodoxe. Ce manque loin d'être neutre résulte au contraire d'un processus d'effacement de tout discours sur le peuple et produit dès lors un silence dont la portée idéologique vise au renforcement de la souveraineté du Parlement. Dès lors, la tension entre l'expression référendaire d'un peuple britannique et les résistances, réelles ou fantasmées, du système juridique britannique à travers les positions du Parlement et de la Cour Suprême démontre l'urgence d'une conceptualisation de la notion de peuple et de ses rapports avec les institutions représentées et conceptualisée par le discours orthodoxe (2§). Reconceptualisation juridique d'autant plus nécessaire qu'en redonnant une voix constitutionnelle au peuple britannique, les discours sur le droit peuvent participer d'une rationalisation des rapports entre la part politique

¹³⁷² V. Bogdanor, *Power and the People : Guide to Constitutional Reform*, Londres, W&N, 1997

¹³⁷³ *Idem.*, p. 15, cite par C. Turpin, A. Tomkins, *British Government and the Constitution*, Cambridge, CUP, 6ème éd., 2007, p. 495.

¹³⁷⁴ Il n'est dès lors pas surprenant de voir les réflexions sur le peuple largement absente des manuels de droit constitutionnel britannique et des études françaises visant une présentation générale de la constitution britannique. Voir en ce sens A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.* ; D. Baranger, *Écrire la constitution non-écrite – une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*

et juridique de la constitution, du peuple et des institutions et ce dans un contexte où des discours politiques disruptifs se nourrissent et alimentent cette rupture pour mieux servir leurs projets populistes.

1§. La nature du peuple dans le discours du droit public britannique

460. La réflexion ontologique autour du terme de « peuple » dans la pensée britannique doit éviter un premier écueil. Là où la théorie constitutionnelle française a entériné depuis la Révolution française une distinction entre « peuple » et « nation », conduisant de fait à deux lectures de la démocratie, les limites au concept de « peuple » britannique ne semble pas se construire dans une opposition avec une autre notion de la communauté que serait celle de « nation ». Si le processus de conceptualisation de la notion juridique de « peuple » devait se comprendre au Royaume-Uni comme un processus de différenciation, peut-être alors ce dernier résulterait de l'opposition entre « peuple » et « sujet ». Cette dernière notion, inscrite dans la compréhension de la communauté politique fondée par le concept de Couronne donne aux composantes de cette communauté politique une dimension passive que recoupe pour partie la notion de peuple comme électeur. Or, et parce que cette dimension passive marque historiquement la pensée du peuple au Royaume-Uni, elle empêche toute constitution d'une narration constitutionnelle du peuple (A) qui, en faisant de ce dernier le détenteur du pouvoir constituant, permet alors une institutionnalisation au cœur de la constitution de cette notion, permettant l'établissement d'un dialogue entre le peuple et les institutions identifiées par le discours orthodoxe (B).

A. L'absence historique d'une narration constitutionnelle du peuple britannique

461. L'insuffisance d'une définition du peuple par le seul droit de vote. L'affirmation de l'absence d'une notion de « peuple » dans le droit public britannique est semble-t-il un lieu commun des discours sur le droit au Royaume-Uni. Sa répétition dans le discours sur le droit ne suffit cependant ni à la réaliser dans le discours du droit public britannique ni à la rendre moins trompeuse. Un simple regard du côté des *statute laws* relatives aux *General elections* suffit à faire apparaître dans la langue du droit public britannique le terme même de « *people* ». Le nombre de « *Representation of the People Acts* » adoptés depuis l'amorce d'une transition démocratique par le Parlement britannique au cours du dix-neuvième siècle semble autoriser

la construction d'une définition minimale et instrumentale de la notion de « peuple » au cœur même du droit constitutionnel britannique. Cette définition limite la notion de « peuple » au *demos*, à « ceux qui détiennent le droit de vote »¹³⁷⁵ et en dévoile la nature spécifique : celle d'une forte dépendance du concept au contexte politique qui le construit et qu'il construit en retour. En effet, dans un système se revendiquant démocratique et fondant ainsi la légitimité des institutions qui le composent sur la volonté du « peuple » exprimé par le vote, le choix même de l'attribution et de l'extension du droit de vote à certains groupes de la population, à raison de leur fortune, de leur âge, de leur sexe, ou de leur nationalité cristallise dans le droit un choix politique qui conditionne le fondement même de la légitimité politique du système. Ainsi, « il n'existe aucune démocratie pour l'ensemble de la population – pour chacun de la naissance à la mort, à chaque étape de sa vie – mais à la place seulement un droit de vote restreint ou limité »¹³⁷⁶. La formalisation du droit de vote participe et conditionne le rapport entre les gouvernés et les gouvernants¹³⁷⁷. Or, cette formalisation dépend elle-même d'un processus d'exclusion dont la légitimité découle de la volonté du même peuple que le processus d'exclusion est censé définir¹³⁷⁸. Est ainsi atteint un paradoxe au cœur même de la démocratie : « Déterminer démocratiquement les limites d'un peuple démocratique semble (...) impossible »¹³⁷⁹

462. Cette « difficulté de la frontière »¹³⁸⁰ dans la définition du peuple comme électeur matérialise l'insuffisance d'une définition de la notion de « peuple » par la seule détermination du droit de vote. En ne faisant du peuple qu'un élément passif, la définition minimale ne permet pas la détermination d'un fondement convaincant à un système démocratique britannique qui entendrait reconnaître la souveraineté politique au peuple et tout en le limitant nécessairement au seul système représentatif. L'aporie de cette première définition dévoile la polysémie du terme « peuple » tant pour la théorie politique que la théorie constitutionnelle. Si le principe de légitimation des régimes démocratiques ne peut être fondé sur la définition stricte du terme « peuple » alors même que ce même terme est au cœur de la théorie démocratique c'est que ce dernier désigne un autre concept que celui du peuple comme

¹³⁷⁵ A. C. Grayling, «The People and the Constitution», in A. C. Grayling, *Democracy and its crisis*, Londres, One world Publication, 2018.

¹³⁷⁶ Ibid.

¹³⁷⁷ Idem.

¹³⁷⁸ P. Ochoa Espejo, « Populism and the idea of the People », in C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo, P. Ostiguy (ed.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, OUP, 2017, pp. 607-628, p. 609, « If we want to know who belongs to the people, we cannot simply assume that laws of exclusion are legitimate and move on, because the ground of the law's legitimacy is itself the people ».

¹³⁷⁹ Idem, p. 610.

¹³⁸⁰ Ibid.

électeur. Cet autre concept, celui du peuple « hypothétique »¹³⁸¹ ou encore « symbolique » est le produit d'une construction abstraite dont le peuple de Rousseau ou celui de Montesquieu sont des exemples¹³⁸². Le « peuple » devient alors une forme de « référence idéale qui garantit la représentation légitime du gouvernement, comme les droits et libertés individuelles et les droits permanents des minorités »¹³⁸³. L'importance de cette construction abstraite réside dans le pouvoir qui lui est attribué tant dans l'ordre politique que l'ordre juridique. Il est un principe de légitimation politique tout en étant un principe de fondation juridique. Sous ce concept, le « peuple » porte une valeur normative fondamentale pour l'ordre juridique et politique¹³⁸⁴. Mais là où le concept de peuple comme électeur portait une matérialité et se révélait fini, le concept de peuple comme idéal se fait intangible et ouvert. Il est une construction symbolique de légitimation du pouvoir qui nécessite la possibilité de s'incarner afin de concrétiser le pouvoir qu'il porte et enferme dans le droit. Cette incarnation parce que le concept de peuple comme idéal n'est pas clôturé peut rencontrer à différentes périodes des groupes historiques distincts. Il faut cependant pour cette incarnation, une narration permettant de faire entrer le pouvoir contenu dans le concept de peuple comme idéal dans un peuple concret, historique qui pourra agir dans le monde politique et juridique. Il revient alors de déterminer les mécanismes permettant de faire revêtir à un groupe « le manteau normatif du peuple, l'autorisant à agir pour la collectivité sous un statut normatif spécifique »¹³⁸⁵.

463. Le pouvoir constituant, manifestation du peuple comme acteur constitutionnel.

Cette transition entre un peuple discursif et un peuple réel s'effectue par l'utilisation d'« imaginaires de la souveraineté »¹³⁸⁶ qui proposent une narration de la constitution d'une collectivité en un peuple normatif. Cette narration est à la fois rétroactive et tournée vers l'avenir. C'est en appliquant sa grammaire¹³⁸⁷ à une collectivité préconstituée et réalisée dans un agir politique qu'elle assure la concrétisation du peuple comme idéal et c'est parce que

¹³⁸¹ *Idem.*, p. 612.

¹³⁸² A. C. Grayling, «The People and the Constitution», *op. cit.*

¹³⁸³ P. Ochoa Espejo, « Populism and the idea of the People », *op. cit.*, p. 615.

¹³⁸⁴ K. Olson, « Fragile collectivities, imagined sovereignties », in A. Badiou, P. Bourdieu, J. Butler, G. Didi-Huberman, S. Khiari, J. Rancière (ed), *What is a people?*, Chichester, Columbia University Press, 2013, p. 107, « *In this sense, the people goes beyond being a simple collective identity that assembles individuals into groups. It is a meaningful collectivity that we endow with normative value. The people is important in politics because it has these normative valences, ones that change with time and context, and are thus all the more interesting* ».

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 123.

¹³⁸⁶ K. Olson, « Fragile collectivities, imagined sovereignties », *op. cit.*, p. 121.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, « *The grammar of "the people" is a constitutive grammar: it constitutes groups by naming them* ».

cette concrétisation permet de muer le peuple comme idéal en un peuple comme acteur juridique que ce concept ouvert offre une identité constituante à la communauté et joue aussi un rôle inclusif dans l'ordre politique et juridique pour les futurs arrivants au sein de cette même communauté. Dans le champ du droit constitutionnel moderne, une telle narration est généralement comprise comme étant assurée par le concept de pouvoir constituant. C'est sous l'effet de ce dernier que « les forces matérielles sont converties en 'pouvoir politique', qu'une 'foule' est transformée en un 'peuple' »¹³⁸⁸. L'exercice de ce pouvoir constituant constitue le moment performatif permettant au concept de peuple comme idéal de se concrétiser, de créer le peuple comme acteur constitutionnel.

464. Or, « bien que le pouvoir constituant ait reçu sa première articulation claire par la bouche des acteurs politiques britanniques, le concept a été presque intégralement éradiqué du discours constitutionnel de la Grande-Bretagne contemporaine »¹³⁸⁹. Ce processus d'éradication résulte à la fois de la construction historique du principe de souveraineté du Parlement,¹³⁹⁰ mais aussi de la construction discursive de ce même principe. Si la notion de peuple est une notion à la fois discursive et matérielle¹³⁹¹, son processus d'effacement l'est tout autant. Ainsi, l'articulation entre d'une part le concept d'un peuple idéal et de l'autre la narration constitutionnelle lui permettant de se concrétiser précède et conditionne l'émergence même du concept de souveraineté du Parlement. Là où le second est enfant de la Glorieuse Révolution, la première est celle de la Guerre civile. Le déplacement du principe de souveraineté au sein du corps politique de la Couronne au cours des années 1640 est rendu possible par l'émergence d'un discours sur la souveraineté populaire. Mais l'émergence de ce discours ne suffit pas à assurer la concrétisation d'un concept de peuple acteur du monde politique et du monde juridique au-delà de la figure passive des sujets de la Couronne.

465. En effet, si H. Parker « localise la source du pouvoir de gouverner dans le peuple (...) »¹³⁹², le peuple ne dispose pas de l'exercice de ce pouvoir. Ce dernier est à la fois localisé dans et confisqué par le Parlement. D'abord fondé par la volonté du monarque et une fois

¹³⁸⁸ M. Loughlin, « On Constituent Power », In, M. W. Dowdle, M. A. Wilkinson, (eds.), *Constitutionalism beyond Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 27-48, p. 27.

¹³⁸⁹ M. Loughlin, « Constituent power subverted: from English constitutional argument to British constitutional practice », In, M. Loughlin, N. Walker, *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, pp. 27 – 48, p. 27.

¹³⁹⁰ Idem.

¹³⁹¹ K. Olson « Fragile collectivities, imagined sovereignties », *op. cit.*, p. 113

¹³⁹² M. Loughlin « Constituent Power Subverted : From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice », *op. cit.*, p. 34.

entré en conflit avec le roi, le Parlement trouve une nouvelle source pour légitimer son pouvoir, mais surtout le soustraire à tout contrôle monarchique¹³⁹³. Ainsi :

« la souveraineté populaire est ainsi devenue le médium par lequel une élite restreinte (la gentry dans la Chambre des Communes) a autojustifié la captation des pouvoirs de gouvernement. ‘Au nom du peuple’, écrit Edmund Morgan, les parlementaires ‘sont devenus tout puissants au sein du gouvernement, transformant le plus possible le caractère local qui les avait faits représentants d’un groupe spécifique »¹³⁹⁴.

466. Dans le contexte de cette captation nouvelle du pouvoir politique au nom du peuple, le contrôle de l’action du Parlement ne peut plus être exercé par le roi. Face au risque d’un pouvoir tout aussi absolu exercé cette fois par une oligarchie réunie au sein de la Chambre des Communes, va émerger un discours nouveau sur le mode de formation du pouvoir et de son rapport aux gouvernants. Ce discours, porté par un mouvement politique appelé les « *Levellers* »¹³⁹⁵ propose une lecture nouvelle du peuple. Refusant d’en faire une source passive du pouvoir politique, les *Levellers* proposent au contraire d’en faire un acteur réel de la politique britannique. Pour ce faire, les *Levellers* tracent une distinction claire entre le Parlement et le peuple¹³⁹⁶ qui impose dès lors et afin de garantir la souveraineté du premier sur le second, que « soient examinés non seulement la relation entre le peuple et son parlement, mais aussi les moyens par lesquels le peuple peut exprimer son autorité ultime en dehors de cette institution »¹³⁹⁷.

467. Apparaît en somme une distinction entre d’une part un pouvoir constituant porté par le peuple et d’autre part un pouvoir constitué exercé par le Parlement¹³⁹⁸. En ce sens, les *Levellers* et leur *Agreement of the People* de 1647 offrent la narration nécessaire à la concrétisation du peuple hypothétique dans un peuple réel qui, en lui reconnaissant des droits sur le pouvoir constitué en plus d’être la source du pouvoir politique, en fait un réel acteur constitutionnel. Le contexte politique de la Guerre civile ne permet cependant pas à cette idée de s’enraciner dans une quelconque tradition constitutionnelle. La narration constitutionnelle proposée par les *Levellers* est balayée comme le mouvement à son origine par l’accession au pouvoir

¹³⁹³ *Idem*, « *Having been created by the crown, parliament - by invoking the principle of popular sovereignty - was able to assume a power of self-creation* ».

¹³⁹⁴ *Idem*.

¹³⁹⁵ *Idem*. p. 35

¹³⁹⁶ *Idem*. p. 36

¹³⁹⁷ *Idem*.

¹³⁹⁸ *Idem*.

d'Oliver Cromwell et l'établissement de la République. Si au moment de la Restauration, l'idée d'un pouvoir constituant détenu par le peuple et distinct du pouvoir constitué du Parlement semble à nouveau occuper les débats constitutionnels et politiques¹³⁹⁹, la Glorieuse Révolution et la narration historique de la victoire du Parlement sur le pouvoir monarchique que vont par la suite développer les *whiggistes* noient à nouveau la question du pouvoir constituant et la possibilité d'une narration constitutionnelle du peuple britannique.

468. L'effacement du peuple comme détenteur du pouvoir constituant. Dans le champ de la théorie politique, tant les théories contractualistes de Thomas Hobbes issues de la période de la République Cromwellienne que celles de John Locke, produit de la Glorieuse Révolution, font disparaître le peuple dans le principe de représentation que ce dernier se réalise dans un seul individu ou dans une assemblée. La collectivité offre à nouveau un fondement idéal au pouvoir politique sans rencontrer la réalité de l'action politique. Le développement du régime parlementaire britannique moderne se fait alors par l'effacement dans le concept de souveraineté du Parlement de toute narration du pouvoir du peuple au sein de l'architecture constitutionnelle¹⁴⁰⁰. Face à l'émergence de la question du pouvoir du peuple et de sa place au sein des constitutions volontaristes lors des révolutions américaine et française, la réaction des élites anglaises est celle du rejet et de la réaffirmation du caractère original de la constitution britannique et de son régime représentatif¹⁴⁰¹. Les périodes révolutionnaires étrangères ne permettent à aucun moment la réouverture d'un espace où penser la narration constitutionnelle du peuple britannique. Au contraire, elles participent indirectement et en réaction au renforcement du silence autour du concept de peuple. Silence que le développement à la fin du dix-neuvième des discours juridiques et positivistes sur la constitution ne fera que reprendre.

469. Ainsi, John Austin ne déploie aucune narration juridique d'une collectivité au fondement du pouvoir étatique, et n'oppose que l'État comme structure de pouvoir et d'autorité au seul individu. Si face à son approche positiviste de la constitution, T. H. Green défend l'idée qu'« un État présuppose une autre forme de communauté avec les droits issus

¹³⁹⁹ *Idem.*, pp. 40-41.

¹⁴⁰⁰ *Idem.* p. 43 « *This has been achieved mainly through the suppression of any militant sense of the people as the originating power of government, which has been replaced by a more aristocratic conviction that governors should act for the benefit of, and be responsive to the concerns of, the people* ».

¹⁴⁰¹ *Idem.*

de cette communauté et n'existe qu'au soutien ou en complément de ces droits »¹⁴⁰². La ligne de démarcation entre les méthodes adoptées par les deux discours amène à distinguer entre une lecture juridique et une lecture morale du pouvoir étatique¹⁴⁰³. Là où la première offre le fondement théorique au développement du modèle diceyen puis orthodoxe, la seconde sert de point de départ au développement d'approches pluralistes de la conception de l'État¹⁴⁰⁴ telles que celles proposées au sein de l'école de la *London School of Economics*.

470. L'effacement discursif d'une narration constitutionnelle du peuple au Royaume-Uni se poursuit dans la construction du modèle diceyen qui puise ses racines épistémiques dans le discours austinien. Ainsi, le discours anhistorique et positiviste du modèle diceyen puis orthodoxe efface toute possibilité d'une narration permettant la concrétisation du peuple et par là sa manifestation dans le droit constitutionnel. En effet, si le modèle diceyen octroie bien la souveraineté politique au peuple et que cette dernière est la source de la souveraineté juridique du Parlement, aucun concept de peuple ne trouve de place dans la théorie constitutionnelle diceyenne ni dans la théorie orthodoxe qui écarte tout simplement de son objet le lien pourtant établi par Albert Venn Dicey entre souveraineté politique et souveraineté juridique. En construisant un univers discursif juridique autonomisé, fondé sur des frontières disciplinaires strictes entre politique et juridique, mais aussi entre historique et juridique, Albert Venn Dicey écarte de son objet toute analyse contextualisée des débats autour de la formation du pouvoir politique et juridique du Parlement au cours du dix-septième siècle au sein duquel aurait pu être exhumée une narration constitutionnelle d'un peuple juridique britannique. Si les frontières mêmes du discours diceyen puis orthodoxe empêchent une première fois de penser le peuple comme un concept juridique et constitutionnel, cette impossibilité est renouvelée dans la construction même des concepts qui structurent le modèle orthodoxe. En définissant le principe de souveraineté du Parlement comme la capacité juridique de ce dernier à faire et défaire n'importe quelle loi et l'incapacité pour toute autre institution de remettre en cause les lois adoptées par le Parlement, le modèle orthodoxe écrase toute distinction possible entre pouvoir constituant et pouvoir constitué.

471. Là où le cas français, dans sa répétition de constitutions volontaristes, multiplie les moments d'incarnation au cœur du droit positif du peuple idéal dans le peuple constitutionnel, au Royaume-Uni, la continuité du système constitutionnel voile toute manifestation positive

¹⁴⁰² J. McLean, *Searching for the State in British Legal Thought*, *op. cit.*, p. 13

¹⁴⁰³ *Idem*, p. 13 et suiv.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

du peuple constitutionnel. Le seul moment d'incarnation du peuple idéal lors de la Guerre civile et rendu visible par le développement de la narration constitutionnelle des *Levellers*, ce moment de concrétisation constitutionnelle du peuple idéal dans un peuple juridique disparaît dans la narration politique *whig* puis dans la narration juridique orthodoxe de la souveraineté du Parlement. Dès lors, régime représentatif, le Royaume-Uni se caractérise par la construction d'une identité collective en dehors de l'acte performatif d'édiction d'une constitution et d'une narration constitutionnelle du peuple juridique. Au contraire, la construction de cette identité collective passe par un processus de tradition qui, par une narration linéaire, permet le développement d'une identité nationale anglaise, mais pas celle d'une communauté constitutionnelle active.

472. Si la simplification du discours diceyen dans sa reprise et reproduction par la tradition orthodoxe n'envisage pas plus la position du peuple dans la structure constitutionnelle britannique, il convient de rappeler que le professeur victorien a opéré dans ses écrits plus tardifs, un retour vers la notion de peuple et de souverain politique. Sa défense du référendum¹⁴⁰⁵, si elle traduit une démarche démocratique et propose en cela un retour vers la notion de peuple¹⁴⁰⁶, elle ne permet cependant pas la construction d'un concept juridique de ce dernier. Le recours dans les écrits diceyens à la notion de référendum s'explique non pas par l'articulation d'un concept juridique de peuple, mais par la volonté de protéger une conception unitaire et purement anglaise de la communauté britannique¹⁴⁰⁷ afin d'éviter le fractionnement de cette identité face aux revendications irlandaises¹⁴⁰⁸. En effet, la narration qui est faite dans le cadre du régime représentatif britannique de la communauté politique est complètement désincarnée et symbolique¹⁴⁰⁹. L'identité de cette dernière se construit alors sur une identité nationale britannique qui n'est que l'extension territoriale de l'identité nationale anglaise¹⁴¹⁰. Or et parce que le *Irish Home Rules* met à mal cette identité nationale britannique unitaire comme extension de l'identité anglaise, Dicey fait appel à un concept de peuple qui, dans sa compréhension politique de la communauté britannique, est nécessairement unitaire et anglais et s'opposera donc par essence à la fragmentation de son identité et à la

¹⁴⁰⁵ A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the Eighth Edition (1915) », *op.cit.*, p. 215 et suiv.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

¹⁴⁰⁷ A. V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, London, Macmillan and co., pp. 48-61.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ A. M. Greene, « Parliamentary Sovereignty and the Locus of the Constituent Power in the United Kingdom », disponible à <https://ssrn.com/abstract=3247758>, p. 1.

¹⁴¹⁰ M. Loughlin, « Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice », *op. cit.*, p. 43.

reconnaissance d'un statut différencié pour l'Irlande. Cette négation du pluralisme du peuple historique par le modèle diceyen, reprise tant dans le modèle orthodoxe que dans la tradition qu'il va faire naître, annonce les difficultés éprouvées par ces derniers pour faire leur et réussir à intégrer dans leur représentation du droit public britannique le pluralisme exprimé par le processus de *Devolution*.

473. Ainsi, l'affirmation et la répétition de l'absence d'une notion de peuple dans le discours juridique britannique n'est pas performative. Elle ne suffit pas à dissiper une notion de peuple qui persiste en creux dans le discours mais participe à l'effacement de la voix constitutionnelle de ce dernier. Effacement dont les effets se traduisent par la difficulté des nouveaux discours constitutionnalistes britanniques à faire leur la notion du peuple comme acteur constitutionnel.

B. Les difficultés contemporaines d'une narration constitutionnelle du peuple britannique

474. L'apparition de *demoï* infra-étatique. Si Andreas Kalyvas observe que « la souveraineté du Parlement trouve dans le pouvoir constituant sa propre impossibilité »¹⁴¹¹, l'affaïssement de ce dernier principe dans le discours du droit public britannique contemporain semble à même de rouvrir un espace pour penser et dire la place du peuple comme acteur constitutionnel. Les dynamiques plurielles de la transition d'une notion de souveraineté du Parlement comprise comme « une usurpation du pouvoir constituant par un pouvoir constitué qui réduit la souveraineté populaire à la représentation parlementaire et aux pouvoirs des officiels élus »¹⁴¹², vers un principe de suprématie du Parlement¹⁴¹³, pourrait permettre de dénouer le voile qui avait jusqu'alors obstrué la relation entre le Parlement et le Peuple empêchant par la même l'émergence d'une définition constitutionnelle et juridique dépassant le cadre des exigences de la seule représentation.

475. Dans ce mouvement, trois mécanismes distincts, au cœur de la transition entre une constitution moderne et une nouvelle constitution britannique, semblent ouvrir plus particulièrement des espaces où faire du Peuple une notion juridique tangible. Ces trois mécanismes - la mise en place de la *Devolution*, le recours contemporain au référendum et le processus de distinction au sein même du pouvoir exercé par le Parlement entre normes

¹⁴¹¹ A. Kalyvas, « Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power », *Constellations*, Vol 12. N°2, 2005, pp. 223-244, p. 223.

¹⁴¹² *Idem*.

¹⁴¹³ Voir, *supra*, par. 204 et suiv.

constitutionnelles et normes législatives - participent chacun, et à des niveaux distincts, de l'ouverture d'une réflexion juridique sur la notion de « peuple ». En interrogeant directement le concept minimal et unitaire du peuple comme électeur, seule approche du peuple rendue possible par le principe de souveraineté du Parlement tel que systématisé et représenté dans le modèle orthodoxe, ces différents mécanismes soulignent les insuffisances de cette conception. Tout en mettant en lumière les creux et vides laissés par l'absence d'une conceptualisation du pouvoir constituant et de la narration constitutionnelle portée par ce dernier, ils offrent la possibilité d'une résurgence d'un discours britannique sur le rôle constitutionnel du Peuple.

476. En ce sens, le processus de *Devolution* tel qu'amorcé par le gouvernement travailliste à la fin des années 90, offre une première narration de la communauté politique britannique alternative. Elle diffère en effet de celle portée et produite par le discours orthodoxe à la suite du modèle diceyen et qui comprend l'identité nationale britannique à la fois comme une identité nationale unitaire et comme résultant largement de l'extension de la seule identité nationale anglaise. En ce que « le gouvernement collectif amène la création de normes impliquant un « Nous » comme unité d'action »¹⁴¹⁴, le développement d'une notion juridique du peuple manifesté dans l'exercice du pouvoir constituant a, depuis la Révolution française était compris comme un concept unitaire. Or, et comme le relève Stephen Tierney, « les théories républicaines contemporaines soit prennent pour acquis soit appellent de leurs vœux une conception moniste de la nation comme l'incarnation d'un *demos* unifié »¹⁴¹⁵. Dès lors, et parce que le processus de *Devolution* en reconnaissant et institutionnalisant l'expression d'identités nationales infraétatiques reconnaît un pluralisme au cœur même de la nation, il participe de même à la remise en cause de toute conception unitaire et unifiée de la notion de « peuple ».

477. En effet, le processus de *Devolution* se distingue d'un simple processus de décentralisation étatique en ce qu'il reconnaît un pluralisme politique qui ne saurait se confondre dans la reconnaissance d'un multiculturalisme, mais conduit, au contraire, à l'affirmation d'un nationalisme infraétatique¹⁴¹⁶. Là où le premier peut s'intégrer dans une conception unitaire du peuple, le second, parce qu'il s'accompagne d'une volonté politique

¹⁴¹⁴ H. Lindahl, « Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood », in M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, op. cit., pp. 9-24, p. 10.

¹⁴¹⁵ S. Tierney, « 'We the People': Constituent Power and Constitutionalism in Plurinational States », in M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, op. cit., pp. 229-245, p.230.

¹⁴¹⁶ S. Tierney, « 'We the People': Constituent Power and Constitutionalism in Plurinational States », in M. Loughlin, op. cit., p.228.

d'autodétermination de la communauté nationale infraétatique, amène à la constitution d'un *demos* dans le *demos*¹⁴¹⁷. Ce dernier s'oppose donc à la conception moderne du peuple juridique tel qu'exprimée dans la narration offerte classiquement par le pouvoir constituant et dans ses représentations dans le discours sur le droit. Loin de la vision unifiée du Peuple qui permet de développer « une unique source centrale d'autorité suprême [qui] devient la créature constitutionnelle de cet agent politique unitaire » dans laquelle tout débat sur le pouvoir constituant peut émerger¹⁴¹⁸, les nations infraétatiques proposent à leur tour et sur le même modèle que les mécanismes matériels et discursifs permettant la construction au niveau étatique d'un Peuple, le développement de *demos* localisés¹⁴¹⁹. En ce sens, apparaissent au sein du peuple britannique des notions réduites et concurrentes de peuples écossais, nord-irlandais et gallois.

478. Ces *demoi*, jusqu'alors masqués par la narration minimale et unitaire produite par Westminster, se concrétisent comme peuples juridiques en exprimant leur pouvoir constituant au travers des différents *referenda* actant le principe de la *Devolution* pour les nations composant le Royaume-Uni¹⁴²⁰. En reconnaissant la modification de la constitution territoriale du Royaume-Uni les référendums de 1997 participent à la réécriture de la constitution britannique. Or, cette réécriture n'est pas le produit de l'ensemble du *demos* britannique, mais bien des seules communautés infraétatiques amenées à s'exprimer. Si cette expression partielle du pouvoir constituant relève d'un principe d'autonomie, en ce qu'il porte création de nouvelles institutions et modifie le principe de Souveraineté du Parlement de Westminster, il révèle l'exercice du pouvoir de modification de la constitution étatique par la seule expression de peuples infraétatiques dont l'addition ne saurait être équivalente au peuple britannique dans son entièreté. Alors que l'enclenchement du processus de *Devolution* donne une voix à même de produire le discours nécessaire à la réalisation d'un peuple juridique aux nations infraétatiques, c'est le seul silence produit par l'absence d'une narration du peuple

¹⁴¹⁷ *Idem.*

¹⁴¹⁸ S. Tierney, « 'We the People': Constituent Power and Constitutionalism in Plurinational States », In. M. Loughlin, *op. cit.*, p.230, « (...) it is within this conceptual framework of a unified people, territory and locus of constitutional authority that debates surrounding constituent power and constitutional form can emerge ».

¹⁴¹⁹ *Idem.*, p. 232, « we should bear in mind that sub-state national societies are themselves modern constructs similar in form to statal *demoi*. Rather than representing ethnically-based relics, these societies have developed in civic ways comparable to the progressive evolution of statal national societies; they have made the same transition from pre-modern society to modern society (from *ethnos* to *demos*), and have built 'civic societal' as opposed to 'ethnic communal' models of national identity in their respective territorial spaces ».

¹⁴²⁰ À l'exception de la nation anglaise dont la spécificité réside dans la superposition de son identité nationale sur l'identité britannique et l'absence d'une réflexion sur le concept de peuple dû à l'effacement historique et discursif de la notion sous les effets du concept de souveraineté du Parlement, ce dernier étant par essence un concept juridique.

juridique britannique qui répond à la dispersion de la notion du *demot* au niveau britannique. Là où la *Devolution* ouvre la possibilité de penser le peuple sur des ressorts territoriaux inférieurs à celui sur lequel s'exerce le pouvoir du Parlement de *Westminster*, cette même potentialité demeure insuffisante pour produire en miroir un moment constitutionnel au niveau étatique suffisamment intense pour autoriser la résurgence d'un discours constitutionnel à même de concrétiser le peuple comme acteur juridique étatique. Le poids des concepts du principe de souveraineté du Parlement, tant dans le droit positif que dans le discours sur le droit verrouille à toute réflexion sur le peuple comme acteur constitutionnel l'espace pourtant ouvert au niveau des nations.

479. L'absence de narration juridique du pouvoir politique exercé par le peuple au moment des référendums. De manière assez similaire, le mécanisme du référendum qui participe du processus de *Devolution* ne semble pas à même d'ouvrir un espace discursif où réaliser le peuple juridique. Pourtant mécanisme par excellence d'expression de la souveraineté populaire, ce dernier perd dans son exercice britannique sa capacité de narration du pouvoir constituant. En effet, et alors que depuis 1974, les référendums se sont multipliés au Royaume-Uni, la pratique référendaire n'a semble-t-il pas permis l'émergence d'un discours et d'une compréhension du peuple comme acteur constitutionnel. Cette défaillance du mécanisme référendaire repose en grande partie sur la valeur qui lui est reconnue au sein du système constitutionnel britannique et sa nécessaire cohabitation avec un principe de souveraineté du Parlement qui demeure la pierre angulaire de la structure constitutionnelle au Royaume-Uni. Ainsi, et si le mécanisme référendaire est bien prévu par le droit écrit britannique¹⁴²¹, les effets de ce dernier sont renvoyés dans le champ de la constitution politique et non juridique. En effet, les référendums ne produisent pas d'effets juridiques obligatoires et ne se voient reconnaître qu'une valeur politique qui ne saurait lier la volonté du Parlement¹⁴²². Cette faiblesse normative de la décision référendaire au Royaume-Uni apparaît comme un nécessaire sacrifice afin de permettre la sanctuarisation d'un concept strict de la souveraineté du Parlement et ainsi assurer les structures du régime représentatif. Or, les changements de la « Nouvelle constitution » – que ces dernières résultent de l'adoption de *statutes* comme le *HRA* ou de principes constitutionnels dégagés par le juge de *common law*

¹⁴²¹ Voir en ce sens le *EU Referendum Act 2015*.

¹⁴²² *Miller* [2016] EWHC 2786, « *judges know nothing about any will of the People except in so far as that will expressed by an Act of Parliament* ».

– ont permis d’effectuer une évolution sémantique et conceptuelle du principe de Souveraineté du Parlement vers le principe Suprématie du Parlement. Ces évolutions sembleraient pouvoir accorder une nouvelle place aux effets normatifs du referendum. Une place nouvelle à même de faire du referendum un moment constitutionnel suffisant pour produire la narration de l’exercice du pouvoir normatif permettant la concrétisation du peuple juridique.

480. Le référendum de juin 2016 portant sur la sortie du Royaume-Uni de l’Union Européenne était en ce sens porteur des conditions nécessaires et suffisantes à la concrétisation nouvelle du peuple comme acteur juridique et à la résurgence d’une narration constitutionnelle de ce dernier. En effet, la matière même de ce referendum relevait d’une modification de la constitution britannique et donc de l’exercice d’un pouvoir constituant par le *demos*. Pour autant, l’importance tant politique que constitutionnelle de ce referendum n’a pas été suffisante pour autoriser l’émergence d’une narration consensuelle du peuple britannique comme acteur du monde juridique. Le référendum n’a pas permis la concrétisation du peuple hypothétique dans le peuple réel. Si le premier s’est bel et bien exprimé, le principe de souveraineté tel que défini par les juges de la Cour Suprême dans le premier arrêt *Miller* a empêché toute narration juridique du peuple en plaçant entre le peuple hypothétique et le peuple réel l’écran produit par le principe de souveraineté du Parlement compris dans son acception la plus stricte¹⁴²³.

481. Si la question principale du litige interrogeait la compétence du seul pouvoir Exécutif à traduire dans le droit la volonté de modification de la constitution exprimée par le peuple dans le résultat du référendum par usage de ses *prerogative powers*, de manière incidente ce même litige posait la question du rapport entre le pouvoir juridique reconnu au Parlement et le pouvoir politique reconnu au peuple. Or, et en rappelant qu’« un referendum sur n’importe quel objet ne peut être que consultatif pour les législateurs au sein du Parlement à moins que la formulation très claire et contraire à ce principe ne soit utilisé par la loi encadrant le referendum en question »¹⁴²⁴, les juges ont posé une frontière stricte entre politique et juridique visant dans le cas présent à protéger le Parlement de toute concurrence par la réaffirmation de sa souveraineté¹⁴²⁵. L’objet ici n’est peut-être pas tant d’écarter toute réflexion sur le pouvoir

¹⁴²³ T. Poole, « Devotion to Legalism: On the Brexit Case », *op. cit.*, p. 705, « *All 14 judges in Miller rejected the idea that the institution of the referendum had any independent constitution-changing function recognised by law besides what may have been ascribed to it by an authorising statute* ».

¹⁴²⁴ *Miller* [2017], *op. cit.*, pt. 3.

¹⁴²⁵ Il est intéressant de noter que dans le premier arrêt *Miller*, l’économie proposée par le juge entre constitution juridique et constitution politique est strictement conforme à celle représentée et prescrite par le modèle orthodoxe. Tout au contraire, le second arrêt *Miller* (*Cherry/Miller* – pour une analyse voir dans ce même chapitre 2§A. et 2§B.), n’hésite pas à redéfinir cette même économie pourtant sanctuarisée deux ans plus tôt. L’évolution de la balance

constituant détenu par le peuple que, dans les faits, affaiblir les prétentions d'un Exécutif justifiant pour partie son agir juridique sur la légitimité politique fournie par le résultat même du référendum. En adoptant une lecture de la souveraineté du Parlement qui ne saurait se confondre avec celle du modèle diceyen, mais qui, profondément ancré dans le modèle orthodoxe, permet de produire une police des frontières entre droit et hors droit et de couper dans le champ du premier les canaux provenant du second et qui pourraient conduire à une concurrence par l'Exécutif du pouvoir du Parlement, le juge de la Cour Suprême a de nouveau produit un discours assourdissant toute narration constitutionnelle du peuple juridique.

482. Ce dernier ne se voit ainsi reconnaître aucun pouvoir constituant puisqu'ultimement il revient au seul Parlement et par les effets de la décision *Miller* de traduire ou non dans le droit la volonté politique du peuple de modifier la constitution britannique. Ainsi, « discuter du pouvoir du Parlement pour changer la constitution depuis une tradition constitutionnelle dans laquelle le principe de souveraineté du Parlement est la norme la plus importante, revient à exclure toute considération véritable de la capacité constituante du 'peuple' »¹⁴²⁶.

483. La récupération politique du discours sur le peuple. L'absence de narration juridique du pouvoir politique exercé par le peuple au moment de l'adoption du référendum de juin 2016 n'est cependant pas restée sans effets. L'espace laissé vide par le silence juridique ne signifie pas l'absence totale d'une conceptualisation de la notion de peuple britannique. Au contraire, en se refusant à proposer une narration juridique du référendum, les juges de la *Supreme Court* ont laissé un terrain vierge dont se sont saisis les discours politiques. Or, dans le contexte contemporain et occidental de crise de la démocratie libérale, les discours politiques les plus à même de récupérer la narration du peuple afin de mieux le dénaturer sont les discours populistes¹⁴²⁷. Ainsi, la réduction opérée dans la langue politique de partis comme *UKIP* ou encore par certains membres du gouvernement *Tory* de Boris Johnson, entre d'une

proposée par le juge de la *Supreme Court* semble ici démontrer un caractère instrumental : dans son souci d'établir un contrôle renforcé de l'exercice des pouvoirs de l'Exécutif, les juges de la *Supreme Court* font varier la localisation et la densité de la frontière entre constitution juridique et constitution politique afin de pouvoir exercer ce contrôle. Là où dans le premier arrêt *Miller* seule une lecture stricte du principe de souveraineté du Parlement permettait de circonscrire clairement les pouvoirs de l'Exécutif, le second arrêt *Miller* a amené les juges à proposer une nouvelle lecture du principe de souveraineté du Parlement et par la même à estomper la frontière entre constitution juridique et constitution politique afin de poursuivre le même objectif que celui affiché dans le premier arrêt *Miller*.

¹⁴²⁶ T. Poole, « Devotion to Legalism: On the Brexit Case », *op. cit.*, p. 704.

¹⁴²⁷ Voir en ce sens et pour une définition du terme : A. L. Young, « Populism and the UK constitution », *Current Legal Problems*, Vol. 71, N°1, 2018, pp. 17-52, de même, voir, J. W. Müller, *What is populism?*, London, Penguin Random House, 2017.

part le peuple comme une notion générale et abstraite et de l'autre les cinquante-deux pour cent des suffrages exprimés en faveur du Brexit, offre l'exemple d'une narration politique concurrente à toute narration juridique du peuple. Plus qu'une narration concurrente, cette narration politique se revendique d'ailleurs comme la seule narration possible pour le peuple britannique. Si elle reconnaît pleinement au peuple le pouvoir constituant que le discours orthodoxe et son intégration dans le discours du droit ont fait échapper au peuple pour mieux le placer dans les mains du Parlement, elle ne reconnaît comme membre de ce peuple que les individus s'étant exprimés en faveur du *Brexit* lors du referendum. Cette narration politique du peuple britannique va plus loin que la reconnaissance du pouvoir politique exercé par un peuple réel : en affirmant être la seule représentation du « vrai peuple » britannique¹⁴²⁸, elle opère un processus de clôture morale du concept de peuple¹⁴²⁹. En proposant un critère de fermeture à la notion de peuple, les discours populistes dépassent le paradoxe de la frontière et l'aporie au cœur même de la définition démocratique du peuple. Il n'est plus besoin dès lors de recourir à un concept de peuple symbolique et ouvert qui ne se concrétiserait que dans une narration permettant son incarnation dans le peuple réel. Ici, le principe de clôture suffit à pouvoir désigner, directement un peuple réel et historique qui n'a dès lors plus besoin d'une narration constitutionnelle pour se réaliser dans l'exercice de son pouvoir politique¹⁴³⁰. Si la clôture morale du peuple populiste permet son incarnation, il est avant tout un processus d'exclusion. Par son utilisation, les quarante-huit pour cent de votes exprimés en faveur du *Remain*, font tomber leurs auteurs dans une forme de suspicion : celle de ne pas être réellement britannique, de ne pas appartenir au « vrai peuple britannique » et a minima de ne pouvoir représenter ce peuple. Or, et comme le rappelle le professeur Martin Loughlin, « la légitimité politique doit être revendiquée au nom du peuple et la question de qui représente le peuple demeure la question irrésolue de la politique moderne. La fonction du pouvoir constituant est

¹⁴²⁸ J. W. Müller, *What is populism?*, op. cit., p. 27, « Here a crucial aspect of populists' understanding of political representation comes into play: while it can sound as if they espouse a notion of a democratic representation of the popular will, they actually rely on a symbolic representation of the 'real people' (as in the notion of 'real American', a beloved term of George Wallace). For them, 'the people themselves' is a fictional entity outside existing democratic procedures, a homogeneous and morally unified body whose alleged will can be played against actual election results in democracy ».

¹⁴²⁹ *Idem.* p. 3, « In addition to being anti-elitist, populists are always antipluralist. Populists claim that they, and they alone, represent the people (...) the claim to exclusive representation is not an empirical one; it is always distinctly moral. (...) The populist logic also implies that whoever does not support parties might not be a proper part of the people – always defined as righteous and morally pure. Put simply, populists do not claim "We are the 99 percent." What they imply instead is "We are the 100 percent" ».

¹⁴³⁰ P. O. Espejo, « Populism and the idea of the people », op. cit., p. 624, « When the populist's historical account makes "the people equivalent to one specific group within the state, it makes its claims unlimitable, and thus betrays the democratic ideals that the populists claim to endorse ».

de garder cette question ouverte, car la conception du « peuple-comme-un » est la caractéristique principale du totalitarisme »¹⁴³¹.

484. L'absence ou la faiblesse d'une narration juridique de la notion de peuple qui caractérise la constitution britannique laisse la possibilité de son instrumentalisation par le politique sans offrir un quelconque concept à opposer à cette instrumentalisation¹⁴³². Ainsi, et comme le souligne le professeur Alison Young, « certaines caractéristiques de la constitution britannique semblent signifier qu'elle est moins à même de prévenir le populisme (...) il est temps pour le Royaume-Uni de reconnaître que sa structure actuelle, combinée à la montée d'une société de la post-vérité, pourrait signifier que la constitution britannique est mieux comprise comme un catalyseur pour le populisme, tout en étant aussi moins capable de contenir ses effets négatifs »¹⁴³³.

485. Face aux difficultés de la définition juridique du peuple comme acteur constitutionnel et malgré le risque d'un dévoiement de la notion de peuple par les récupérations politiques, le poids de l'héritage du modèle orthodoxe pèse largement sur les discours proposés par les *scholars*. Les représentations des évolutions contemporaines de la constitution britannique ne laissent en effet que peu d'espace à l'émergence d'une réflexion sur le pouvoir constituant originaire et sur son détenteur. Si les discours inscrits dans le modèle orthodoxe expurgent la question en analysant le seul principe de souveraineté du Parlement, il convient néanmoins de souligner que certains auteurs relevant plus largement du *legal constitutionalism* tentent de trouver un aménagement entre les pouvoirs juridiques reconnus au Parlement, le pouvoir politique détenu par le peuple britannique et la mise en lien entre ces deux éléments par la narration constitutionnelle qu'offre l'exercice du pouvoir constituant.

486. En ce sens, et à titre d'exemple, il peut être relevé que le professeur Thomas Poole se tourne vers la distinction constitutionnelle, classique pour la théorie constitutionnelle française, entre pouvoirs constituants originaire et dérivé et l'intègre à son analyse du principe

¹⁴³¹ M. Loughlin, « The Concept of Constituent Power », *op. cit.*, p. 20.

¹⁴³² Cette rhétorique ne se limite pas à un parti marginal ou à des groupes politiques qui ne seraient pas institutionnalisés, mais a pu s'exprimer jusqu'au cœur du Gouvernement lorsque le 25 septembre 2019, date à laquelle le Premier Ministre Boris Johnson s'est présenté devant les membres du Parlement afin de répondre à leurs questions à la suite de la suspension du Parlement, ce dernier a clairement fait usage d'une conception clôturée du concept de peuple afin à la fois de mieux signifier à son opposition son incapacité à saisir la volonté politique du « vrai peuple britannique », mais aussi de les discréditer aux yeux de ceux se reconnaissant comme membre de ce « vrai peuple britannique ». « Le peuple sait (...) », « Le leader de l'opposition ne fait pas confiance au peuple (...) », « Nous ne trahisons pas le peuple (...) » ; autant de formules visant à renforcer la légitimité politique du Premier Ministre par une lecture populiste au cœur même d'un mécanisme d'information relevant du contrôle politique du Gouvernement devant le Parlement.

¹⁴³³ A. L. Young, « Populism and the UK Constitution », *op. cit.*, pp. 18-19.

de souveraineté du Parlement tel que redéfini lors du premier arrêt *Miller*¹⁴³⁴. Du côté des auteurs appartenant au *common law constitutionalism*, la question est évacuée : en autonomisant le champ juridique du champ politique par l'inscription du premier dans le domaine moral, en inversant la hiérarchie entre ces deux ordres normatifs, le *common law constitutionalism* se libère de toute contingence liée à la question de la légitimité politique dont la cristallisation juridique se trouve dans la question du pouvoir constituant et de sa localisation pour les démocraties libérales au sein d'un peuple reconnu juridiquement¹⁴³⁵. La question de l'identification et de la représentation d'un peuple britannique comme acteur constitutionnel semble dès lors revenir naturellement au discours du *political constitutionalism*, mais ici et à nouveau, le poids de la tradition orthodoxe semble empêcher toute réflexion sur cette notion. En effet, les approches républicaines du *political constitutionalism* telles que proposées par Adam Tomkins ou Richard Bellamy en ne se centrant que sur l'exercice du pouvoir politique au sein du Parlement ne laissent pas apparaître une conception systématisée d'un peuple juridique britannique. Le tropisme de la souveraineté parlementaire et son déplacement du champ juridique vers le champ politique effacent un espace où penser le peuple comme acteur constitutionnel distinct et potentiellement concurrent du Parlement.

487. Dans le champ du *political constitutionalism*, seule l'approche de *Political jurisprudence* ou « Droit politique » proposé par Martin Loughlin permet de construire une théorie anglaise du pouvoir constituant suffisante pour offrir au peuple britannique une narration constitutionnelle permettant de se concrétiser comme acteur constitutionnel. Cette approche du pouvoir constituant, définie par son auteur comme une approche « relationnelle »¹⁴³⁶, permet de ménager la reconnaissance d'un peuple comme acteur constitutionnel et le pouvoir reconnu au Parlement. Cette articulation est rendue possible par la reconnaissance, d'un pouvoir constituant qui loin de s'épuiser dans l'acte de fondation de

¹⁴³⁴ T. Poole, « Devotion to legalism: On the Brexit Case », *op. cit.*, pp. 704-706.

¹⁴³⁵ Voir en ce sens, D. Dyzenhaus, « The politics of the Question of Constituent Power », In. M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, *op. cit.*, pp. 129-146.

¹⁴³⁶ M. Loughlin, « The Constituent Power », *op. cit.*, p. 15, « From a relational perspective, constituent power vests in the people, but this does not mean that political authority is located in the people (qua the multitude) as adherents to the principle of popular sovereignty maintain.³⁴ Constituent power expresses a virtual equality of citizens. This is generated inter homines (establishing the principle of unity) but it founds an actual association divided into rulers and ruled in a relation of domination (establishing the principle of hierarchy).³⁵ It founds constitutional rationality (normativity), but the association evolves through action (decision). This tension between sovereignty (the general will) and the sovereign (the agent with authority to enforce a decision in the name of the general will) ensures that the constituent power is not to be understood merely as power (in the sense of force). It involves a dialectic of right – of political right (droit politique) - that seeks constantly to irritate the institutionalized form of constituted authority ».

l'ordre constitutionnel, se poursuit dans la capacité permanente reconnue au peuple à interroger les pouvoirs institués. Dans cette approche, la narration constitutionnelle permettant au peuple de se concrétiser comme un acteur constitutionnel « implique une dialectique de droit – de droit politique – qui cherche en permanence à irriter les formes institutionnalisées de l'autorité constituée »¹⁴³⁷. La dynamique d'une telle narration pour se réaliser requiert dès lors d'interroger les rapports entretenus entre les institutions et le peuple britannique dans le champ du droit positif.

2§. *Le peuple comme relation aux autres institutions du modèle orthodoxe*

488. Le discours théorique proposé par le professeur Martin Loughlin a pour lui l'avantage de rendre une voix propre au peuple et à même d'en faire un acteur constitutionnel au sein de l'architecture institutionnelle britannique, là où la structure même du discours orthodoxe avait effacé du champ théorique toute représentation de ce même peuple comme acteur constitutionnel. La capacité de ce discours à proposer quelque chose de neuf et d'imprévu dans le cadre de la tradition orthodoxe trouve sa source dans la réinscription historique du discours constitutionnel, mais aussi dans sa réinscription géographique. C'est en effet, en ce que le travail de Martin Loughlin met à jour l'existence d'un discours sur le pouvoir constituant préexistant au travail d'effacement de la notion constitutionnelle de peuple par la construction historique et discursive du principe de souveraineté du Parlement, qu'il trouve une source à même de justifier la proposition théorique portée par son modèle de droit constitutionnel¹⁴³⁸. De même et parce que sa conception anglaise du pouvoir constituant se nourrit d'un dialogue permanent avec les théories française et allemande¹⁴³⁹, Martin Loughlin participe à la relocalisation des questions liées au pouvoir constituant britannique. En ce sens, il donne au concept une histoire et un territoire ; il l'enracine et lui donne un caractère tangible qui participe de même à l'esquisse d'une théorie de l'État britannique¹⁴⁴⁰. Ainsi, ce que porte en puissance l'approche de Martin Loughlin est que « l'émergence du Peuple comme agent constitutionnel pourrait être aussi comprise comme l'émergence du Peuple comme participant

¹⁴³⁷ *Idem.*

¹⁴³⁸ M. Loughlin, « Constituent Power Subverted : From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice », *op. cit.*, pp. 36-37.

¹⁴³⁹ *Idem.*

¹⁴⁴⁰ M. Loughlin, « The State *conditio sine qua non* », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, n°4, 2018, pp. 1156-1163.

au dialogue constitutionnel. C'est dans ce dialogue où les participants sont davantage placés sur un pied d'égalité que dans le cas actuel sous le principe de souveraineté du Parlement que le pouvoir constituant relationnel pourrait révéler son véritable potentiel créatif »¹⁴⁴¹.

489. Mais, et pour que le réenracinement discursif proposé par Martin Loughlin dépasse le cadre de la prescription et permette de rendre une voix concrète au peuple comme acteur constitutionnel, encore faut-il que ce dernier dispose de moyens d'expression face aux autres institutions reconnues par le droit positif et dans le discours du modèle orthodoxe. Ce n'est que dans la création de dialogues entre ces institutions que le peuple comme acteur constitutionnel peut produire une narration suffisante pour construire son ipséité et se concrétiser. Or, s'il apparaît que divers mécanismes ont été développés ces dernières années afin d'établir un dialogue entre peuple et Parlement (A), la réciproque ne semble pouvoir être observée dans la relation entre peuple et Juge, cette dernière se fondant par essence sur une unité plus réduite que le peuple : l'individu (B).

A. Les rapports entre le peuple britannique comme acteur constitutionnel et le Parlement

490. Les limites de la représentation du peuple au sein du Parlement. L'effacement historique et discursif de la « notion » de peuple par la narration politique *Whig* et le discours juridique orthodoxe laissent à première vue peu d'espace pour la construction de mécanismes juridiques et constitutionnels permettant la mise en place d'un dialogue réel entre le peuple et les institutions étatiques. Pour autant et parallèlement, le constat d'une augmentation significative des consultations populaires au Royaume-Uni ces vingt dernières années est souvent avancé¹⁴⁴². Il convient néanmoins de nuancer une telle observation. Premièrement, et bien que le développement des consultations locales, notamment au travers du processus de *Devolution*, mais aussi par le développement d'une gouvernance fondée sur la doctrine du *New localism*, autorise des fractions du peuple réel à s'exprimer dans les systèmes de gouvernance par la mise en place référendums locaux, de sondages ou encore de budgets

¹⁴⁴¹ A. M. Greene, «Parliamentary Sovereignty and the Locus of Constituent Power in the United Kingdom», op. cit., p. 29.

¹⁴⁴² J. Morison, « Citizen Participation: A Critical Look at the Democratic Adequacy of Government Consultation » *Queen's University Belfast School of Law*, Research Paper 2019-23, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=3224400>, S. Tierney, « Direct democracy in the United Kingdom: reflections from the Scottish independence referendum », *PL*, 2015, pp. 633-651.

participatifs¹⁴⁴³, ces consultations demeurent des processus limités et localisés qui ne permettent à aucun moment au peuple britannique de se déterminer souverainement et dans son ensemble. Elles n'offrent pas dans leurs mécanismes les conditions nécessaires pour offrir un dialogue d'égal à égal entre les institutions locales et les citoyens. En effet, ces consultations demeurent les outils des gouvernements locaux ou régionaux. Si elles autorisent l'apparence d'une expression populaire, leur intégration dans des programmes de gouvernance plus larges et déjà orientés ainsi que la nécessaire constitution par les institutions du « peuple » qu'elles entendent consulter grâce à la détermination des conditions à remplir pour participer aux consultations¹⁴⁴⁴, n'offrent pas les conditions nécessaires à une réelle démocratie délibérative¹⁴⁴⁵. Deuxièmement, et en ce que ces consultations se voient rendues possibles uniquement par leur reconnaissance et organisation par le pouvoir central de *Westminster*, l'augmentation affirmée d'une participation du peuple ne se révèle que dans l'autorisation donnée au souverain politique par le souverain juridique de faire entendre sa voix et participe de fait à une hiérarchisation en faveur du Parlement et de sa souveraineté et au détriment de celle du peuple britannique. En ce sens, le développement de consultations populaires ne permet pas d'établir les conditions nécessaires à l'expression d'un pouvoir constituant relationnel tel que proposé par le Professeur Martin Loughlin. Pourtant, il apparaît que seul l'expression de ce pouvoir soit à même de réaliser dans le système britannique et son architecture constitutionnelle la narration nécessaire à la concrétisation du peuple comme acteur constitutionnel.

491. Néanmoins, et malgré les limites structurelles portées par le développement de ce type de consultations, leur utilisation accrue dans un système juridique jusque-là fondé sur un principe de représentation stricte et élitiste, tend à mettre en lumière le besoin ressenti par les institutions britanniques et notamment par *Westminster* et *Whitehall* de donner, ne serait-ce qu'en apparence, un nouvel espace où laisser entendre la voix du peuple. Ce mouvement, initié depuis la fin des années quatre-vingt-dix depuis Londres, ne saurait cependant se limiter aux

¹⁴⁴³ J. Morison, « Citizen Participation: A Critical Look at the Democratic Adequacy of Government Consultation », *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁴⁴ *Idem*, p. 25 « Official constructions of “the public”, and of “community” and citizenship” not only help shape the conceptions that officials draw on as they establish new forums for participation but also condition the conceptions members of such forums themselves bring to the process of dialogue ».

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, « Voice is not being privileged despite appearances. Often there is instead an idea of consultation as part of a wider technology of government, involving a set of programmes, strategies and assemblages designed to mobilize local communities and other targets of consultation to become agents of policy as well as simply objects of policy. Ideas of democratic engagement are constructed, managed and controlled. Consultees “make themselves up” in reply to the strategies of consultation: the fact of their engagement renders them “representative”, while their response to the structured engagement simultaneously reinforces and advances the wider governing project ».

seules institutions locales et semble opérer un retour vers les institutions centrales. En ce sens, cette dynamique de la participation donne à penser l'évolution des rapports entre le Parlement et le peuple tout en interrogeant la réalité et l'intensité du dialogue instauré entre eux. Il convient dès lors de se demander si ce retour du peuple comme acteur de la décision politique instaure les conditions nécessaires pour concrétiser le peuple comme acteur constitutionnel dans la mise en place d'un dialogue réel entre les deux institutions.

492. Historiquement, le rapport moderne entre le peuple réel britannique et le Parlement s'est construit sur un principe de représentation ne permettant pas la concrétisation d'un peuple comme acteur constitutionnel. Ce principe de représentation, fondé sur un élitisme social et économique, s'est d'abord développé sans interroger la représentativité de la Chambre des Communes et de la Chambre des Lords. Jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle, l'assise démocratique au sein de la Chambre des Communes a été réduite à une classe de propriétaires, minoritaires au sein du peuple réel, là où la représentativité de la Chambre des Lords ne s'est vue pleinement interrogée que dans la seconde moitié du vingtième siècle. Si l'élargissement du droit de vote a permis d'étendre la notion de peuple comme électeur, cette dernière ne coïncide cependant pas avec le peuple réel. De même, et si l'assouplissement des conditions permettant de se présenter aux *General elections* a permis d'augmenter la représentativité de la Chambre des Communes, cette dernière n'est cependant pas pleinement réalisée. En effet, bien que la fin des années soixante-dix et les années quatre-vingt aient, semble-t-il, permis d'élargir l'assise sociale des représentants au sein de la Chambre des Communes, diminuant de manière significative le nombre de membres du Parlement issus d'*Eton* ou du système *Oxbridge*¹⁴⁴⁶, les années quatre-vingt-dix et deux mille ont clairement amené à un resserrement de cette même assise sociale au profit de profils issus du système *Oxbridge* et des *Public Schools*¹⁴⁴⁷, dont les figures d'anciens Premiers ministres comme Tony Blair¹⁴⁴⁸ ou David Cameron¹⁴⁴⁹ ne sont que des exemples.

493. Ce phénomène, bien que contredit par les *General elections* de 2017¹⁴⁵⁰ et celles de 2019, cristallise les critiques récurrentes adressées à la représentation au sein du Parlement

¹⁴⁴⁶ J. A. G. Griffith, M. Ryle, M. A. J. Wheeler-Booth, *Parliament – Functions, Practice and Procedures*, Londres, Sweet and Maxwell, 1990, pp. 50-54.

¹⁴⁴⁷ Système d'écoles privées.

¹⁴⁴⁸ T. Blair a effectué son lycée au *Fleete College* d'Edimbourg, avant d'intégrer *St John's College* au sein de l'Université d'Oxford.

¹⁴⁴⁹ D. Cameron a effectué son lycée à *Eton College* avant d'intégrer *Brasenose College* au sein de l'Université d'Oxford.

¹⁴⁵⁰ Selon une étude proposée par le *Social Mobility Think tank*, les élections parlementaires de 2017 aurait permis l'élection du nombre le plus important de personnes issues d'écoles publiques, de personnes racisées et de femmes.

britannique. La surreprésentation réelle ou fantasmée au sein du Parlement et par conséquent au sein du Gouvernement¹⁴⁵¹, d'une élite reconnaissable à son parcours scolaire et universitaire¹⁴⁵² participe d'une crise de la représentation qui réinterroge et replace le concept de « peuple » au cœur des discussions théoriques et pratiques du monde politique. De même, elle participe du renforcement d'outils juridiques démocratiques préexistants ainsi que de l'adjonction de nouveaux mécanismes visant à établir un dialogue entre le peuple et le Parlement afin de mettre un terme à cette crise de la représentation pourtant au cœur du régime britannique. Ces outils sont-ils cependant suffisants pour offrir les conditions d'un dialogue constitutionnel tel que proposé par Alan M. Greene¹⁴⁵³ et à même de réaliser dans la pratique l'exercice du pouvoir constituant relationnel théorisé par le professeur Martin Loughlin ?

494. Le droit de pétition comme espace d'expression du peuple juridique. Au titre des outils juridiques semblant permettre la création d'un espace d'expression pour le peuple se trouvent la pratique du droit de pétition, le recours au référendum et la révocation des élus. Le premier de ces mécanismes, le droit de pétition, est la forme la plus ancienne de dialogue établissant un lien institutionnalisé entre le Parlement britannique et le peuple¹⁴⁵⁴. Mais, pour que ce dialogue produise une narration constitutionnelle suffisante et à même de concrétiser le peuple comme acteur constitutionnel, encore faut-il que ce dernier produise des effets juridiques s'imposant au Parlement en tant que pouvoir constitué. Or, et bien que le droit de pétition soit un canal historiquement important pour établir la capacité d'un agir juridique du peuple, il ne semble pas suffisant pour réaliser une narration constitutionnelle de ce dernier capable de le concrétiser. Héritier de pratiques saxonnes et reconnu dès l'adoption de la *Magna Carta*, le droit de pétition se développe de manière significative sous le règne d'Edward I¹⁴⁵⁵. S'il prend d'abord la forme d'une demande individuelle ou d'un grief adressé

¹⁴⁵¹ Pour le Premier gouvernement Johnson, quelques exemples de parcours scolaires et universitaires allant dans le sens de la rupture éducative : Boris Johnson (Premier Ministre) a fait son lycée à Eton avant d'intégrer le Balliol College à Oxford, a contrario, Sajid Javid est issu d'Exeter University et Priti Patel a étudié à Keele University puis Essex University. En revanche, D. Raab a étudié à Lady Margaret Hall à Oxford avant de rejoindre Jesus College à l'Université de Cambridge. De même, M. Gove a étudié à Lady Margaret Hall à l'Université d'Oxford et J. Rees-Mogg a comme B. Johnson fait son lycée à Eton avant de rejoindre Trinity College à Oxford.

¹⁴⁵² Consacré par l'expression « *Posh boys* ». Pour une analyse de l'effet de cette fracture sociale autour de l'éducation et de ses effets sur la démocratie britannique et sur la montée du populisme, voir D. Goodhart, *The Road to somewhere – The New Tribes Shaping British Politics*, London, Penguin, 2018.

¹⁴⁵³ A. M. Greene, « *Parliamentary Sovereignty and the Locus of Constituent Power in the United Kingdom* », *op. cit.*

¹⁴⁵⁴ J. R. Maddicott, « *Parliament and the People in Medieval England* », *Parliamentary History*, Vol. 35, n° 3, 2016, pp. 336-351, p. 341, « *The written petition created, for the first time, a direct link between parliament and 'the people'* ».

¹⁴⁵⁵ 1272-1307.

par écrit au *King-in-Council*, il est destiné, à partir des années 1270, directement et de manière systématique au Parlement, et ce par l'intermédiaire d'un de ses membres¹⁴⁵⁶. Bien que toujours pensées sur une base individuelle, les *private petitions* laissent alors apparaître la revendication et la défense d'intérêt collectif pouvant participer à l'émergence d'un discours du et sur le peuple¹⁴⁵⁷.

495. Néanmoins, il convient de ne pas surévaluer l'impact de ces *private petitions* pour l'analyse historique du rapport entre le peuple et le Parlement. Premièrement, et parce que le Parlement exerce alors à la fois des fonctions législatives et judiciaires, la plupart des *private petitions* doivent être comprises comme s'adressant au Parlement en tant que Juge et non au Parlement en tant que Législateur¹⁴⁵⁸. Deuxièmement, trop peu de *private petitions* portées devant le Parlement comme législateur pour la défense d'intérêts collectifs aboutissent¹⁴⁵⁹. Cependant, l'utilisation collective de cette procédure participe du développement d'un autre type de pétitions, réservée expressément à la défense d'intérêts collectifs : les *common petitions*. Par elles, « 'le peuple' n'est plus seulement le destinataire ou l'exécutant des décisions de l'assemblée, et le Parlement commence par là-même à proposer un système de communication à double sens entre Westminster et les provinces anglaises »¹⁴⁶⁰. Plus fondamentalement, et au regard du processus même de conceptualisation et de mise en narration du « peuple », « la pratique des *common petitions* autorise pour la première fois la voix du 'peuple' à être entendue dans le Parlement »¹⁴⁶¹. Cette voix se matérialise dans l'emploi même du terme « peuple » dans la rédaction des *petitions*¹⁴⁶². Une forme embryonnaire de « *We, the people* », permettant à des groupes divers d'interroger le pouvoir du Parlement et derrière ce dernier celui du Monarque alors encore compris comme souverain. Mais, ce système de communication entre le peuple et le Parlement ne peut être regardé comme un outil de dialogue efficace et apte à concrétiser de manière performative un peuple comme acteur constitutionnel. En effet, le droit de pétition reste encore largement soumis aux contingences sociales et politiques et si à certaines périodes comme à la fin du treizième siècle

¹⁴⁵⁶ J. R. Maddicott, « Parliament and the People in Medieval England », *op. cit.*, p. 341.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ *Idem*, p. 342.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, « Not only did 'popular' petitions constitute a minority of all those received, but even these relatively few might not always receive a satisfactory response. Maitland was right when he wrote long ago that the petitioner 'did not get what he wanted, he was merely put in the way of getting it' ».

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

¹⁴⁶¹ *Idem*, p. 343.

¹⁴⁶² *Ibid.*

le Parlement écoute et défend les intérêts exprimés par le « peuple » ce dernier est ignorés lorsque les intérêts des élites le représentant sont remis en question¹⁴⁶³.

496. La séparation fonctionnelle des pouvoirs Législatif et Judiciaire au sein du Parlement au cours des siècles suivant et le perfectionnement du système des cours de *common law* vident de tout intérêt le recours au droit de pétition en matière judiciaire. Ce dernier se concentre alors sur sa seule dimension législative et apparaît dès le XVII^e et jusqu'à la première moitié du XIX^e siècle comme un « moyen d'expression des conflits politiques »¹⁴⁶⁴ entre d'une part une élite politique exerçant effectivement le pouvoir au sein de la Chambre des Communes et de la Chambre des Lords et d'autre part des groupes politiques ne pouvant aspirer à une place au sein de la Chambre des Communes au regard des règles encadrant les *General elections*¹⁴⁶⁵. Plus que la manifestation d'un peuple ouvert et large, le droit de pétition ne semble pouvoir que manifester les revendications de groupes d'intérêts divers.

497. Intégré à la *Bill of Rights* de 1688¹⁴⁶⁶, la pratique du droit de pétition s'essouffle à mesure que le Parlement gagne en représentativité¹⁴⁶⁷. Le besoin de légitimiser l'action du Parlement par l'entretien d'un dialogue avec le peuple disparaît au profit de la légitimité politique acquise au moment de l'élection. En ce sens, E. Taylor a pu relever que « la crue des pétitions n'est pas seulement descendue, elle s'est asséchée »¹⁴⁶⁸. De la seconde moitié du dix-neuvième siècle aux années quatre-vingt, la pratique du droit de pétition est marginalisée. L'expression du peuple par ce canal parlementaire est donc suspendue jusqu'à un sursaut autour de questions relatives aux droits et libertés sous les gouvernements conservateurs de M. Thatcher. L'adoption du *HRA* à la fin des années quatre-vingt-dix en offrant aux individus une protection nouvelle des droits et libertés, mais aussi les canaux nécessaires pour en sanctionner le non-respect semble participer à l'effacement de la pratique du droit de pétition. Malgré l'assouplissement des conditions de formes et la reconnaissance des pétitions en ligne, la pratique contemporaine des *publics petitions* ne semble toujours pas autoriser à voir cette

¹⁴⁶³ Pour des exemples voir, *Idem*, p. 345.

¹⁴⁶⁴ D. Judge, « Public Petitions and the House of Commons », *Parliamentary Affairs*, Vol. 31, n°4, 1978, p.391–405, p. 392.

¹⁴⁶⁵ Plus que les seuls conflits politiques la pratique du droit de pétition est aussi un outil d'expression des luttes économiques et sociales. Voir, D. Judge « Public Petitions and the House of Commons », *op. cit.*

¹⁴⁶⁶ *Bill of Rights* [1688], CHAPTER 2, 1 Will and Mar Sess 2 « *Right to petition. - That it is the Right of the Subjects to petition the King and all Commitments and Prosecutions for such Petitioning are Illegal* ».

¹⁴⁶⁷ E. May, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 19th ed., pp. 811-812, cité par D. Judge, « *Public Petitions and the House of Commons* », *op. cit.*, p. 393 « *As the House of Commons grew more representative of all kinds of popular opinion, the need of the channel between the public and the House of Commons, which petitions had supplied, grew less urgent and the number of petitions declined* ».

¹⁴⁶⁸ E. Taylor, *The House of Commons at Work*, Londres, Penguin, 1971, 249 p., p. 57, cité par D. Judge, « *Public Petitions and the House of Commons* », *op. cit.*, p. 401.

procédure comme un moment performatif suffisant pour faire émerger un peuple britannique acteur du monde constitutionnel et juridique.

498. Moyen d'interpellation, les *publics petitions* n'offrent pas au peuple réel qui s'exprime par son intermédiaire les moyens d'imposer un dialogue au Parlement. Seule l'instauration d'un dialogue d'égal à égal entre peuple et Parlement peut concrétiser, en l'absence d'une narration faisant place à l'origine de la constitution à un peuple comme acteur de la création de cette dernière, une distinction nécessaire entre pouvoir constituant et pouvoir constitué à même de faire émerger à nouveau la possibilité d'un discours constitutionnel sur le peuple britannique. Or, et parce que les *public petitions* n'ont aucun effet obligatoire sur le Parlement et sur le Gouvernement en son sein, sans volonté d'écoute de la part de ces derniers, la voix du peuple court le risque de se disperser au sein de la Chambre des Communes et d'y rester sans écho. En ce sens, les exemples de la décision rendue en 1885 par la Chambre des Lords, qui ne reconnaît aucune obligation pour les parlementaires de présenter devant la Chambre des Communes les pétitions qui leur seraient soumises, les évolutions procédurales portées par la réforme de 1974 ou encore l'exemple de la pétition de mars 2019 qui bien qu'ayant récolté plus de 6 millions de signatures est restée sans réponse de la part du Gouvernement May avant de se perdre dans les logiques de parti au sein de la Chambre des communes, démontrent toute la faiblesse de la voix exprimée par le peuple au travers du recours aux *public petitions*. Bien que relevant de l'initiative du peuple, les modalités de sa mise en œuvre au sein du Parlement demeurent un obstacle majeur pour la réalisation d'une narration constitutionnelle suffisante pour concrétiser un peuple comme acteur constitutionnel.

499. De même, le référendum, lorsque pratiqué à l'échelle du Royaume-Uni s'il permet l'expression du peuple comme électeur britannique, n'offre pas davantage les conditions nécessaires à l'établissement d'un dialogue réel entre le Parlement et le peuple. L'absence d'effets juridiques obligatoires participe à la minoration et à l'affaiblissement de la voix populaire exprimée lors des consultations référendaires au Royaume-Uni. Néanmoins, si l'absence d'effets obligatoires demeure dans le monde juridique un obstacle à l'expression constitutionnelle du peuple, la constitution politique semble pouvoir offrir les mécanismes nécessaires à la concrétisation du peuple britannique comme acteur constitutionnel. En ce sens, Alan Greene relève à la suite de Gavin Phillipson¹⁴⁶⁹ que l'adoption d'une convention

¹⁴⁶⁹ G. Phillipson, « Brexit, prerogatives and the courts: Why did the political constitutionalists support the government side in Miller? », *University of Queensland Law Journal*, 2007, p. 311 cité par A. M. Greene, « Parliament sovereignty and the locus of the constituent power in the United Kingdom », *op. cit.*, p. 25.

de la constitution liant le Parlement à la volonté du peuple telle qu'exprimée lors du référendum pourrait établir des bases suffisantes à la distinction du pouvoir constituant et du pouvoir constitué et autoriserait dès lors à regarder le référendum comme offrant la narration constitutionnelle suffisante pour faire muer le peuple passif du régime représentation en un peuple créateur et acteur de la constitution britannique. Une telle convention pourrait-elle dès lors résulter du simple respect par le Parlement de la volonté exprimée par le peuple britannique en juin 2016 par la réalisation du *Brexit* ? Le développement de conventions de la constitution dites « *top-down* »¹⁴⁷⁰ pourrait en effet permettre de reconnaître l'existence d'une obligation pour le Parlement à se conformer à la volonté du peuple. Pour autant, une telle obligation demeurerait de nature politique et sans cristallisation dans le droit par son inscription dans le droit écrit par le Parlement ou par sa reconnaissance comme principes constitutionnels de *common law* par le juge, demeurerait étrangère à la part juridique de la constitution. La création d'une telle convention impliquerait par ailleurs et au-delà du discours politique et de sa cristallisation dans le droit positif, afin de faire pleinement sens de cette notion constitutionnelle de peuple, la réintégration de la part politique de la Constitution britannique dans son étude juridique. Un tel mouvement vers une conception du droit constitutionnel comme droit politique¹⁴⁷¹, reviendrait alors à formaliser dans le discours sur le droit public britannique la cohabitation entre deux types de souverainetés et leur coopération, mettant définitivement un terme à un univers discursif structuré et orienté autour de la seule souveraineté juridique du Parlement.

500. Le contrôle populaire des élus comme moyen d'expression du peuple juridique. En l'absence d'une telle convention, le seul mécanisme semblant offrir au peuple un moyen pour faire entendre sa voix au sein du Parlement sans que cette dernière ne se voit assourdie, reste l'instauration en 2015 d'un principe de contrôle populaire des élus¹⁴⁷². Compris comme un mécanisme de démocratie directe¹⁴⁷³, ce contrôle repose sur la révocation des élus membres de la Chambre des Communes. Théorisée et proposée pendant la Guerre civile par les *Levellers*, la révocation populaire était alors comprise comme un mécanisme nécessaire pour

¹⁴⁷⁰ A. Perry, A. Tucker, "Top-down Constitutional Conventions", *MLR*, Vol. 85, n°5, 2018, pp. 765-789.

¹⁴⁷¹ M. Loughlin, « Droit politique », *Jus Politicum: Revue de Droit Politique*, vol. 17, 2017, pp. 295-335.

¹⁴⁷² *Recall of MPs Act 2015*.

¹⁴⁷³ N. Johnston, R. Kelly, « Recall elections », *House of Commons Library, Briefing Paper*, n° 5089, 21 Août 2019, disponible à : <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01186> Voir aussi, C. Morris « Removal from Parliament », *In*. C. Morris, *Parliamentary Elections, Representation and the Law*, Londres, Hart Publishing, 2012, 196 p., pp. 130-149.

s'assurer du respect par les représentants de la volonté du peuple. Permettant alors la matérialisation claire entre pouvoir constituant et constitué, la révocation populaire implique de même un contrôle de l'action des représentants reprise plus tard par John Locke ou encore Edmund Burke. Si sa conceptualisation telle que proposée par Edmund Burke pose la question du mandat impératif, le cadre proposé par la loi de 2015 réduit très largement l'étendue du contrôle du peuple lors la procédure de révocation. Le contrôle populaire donne un pouvoir nouveau au peuple, mais ce dernier ne saurait s'appliquer à des décisions politiques et se limite ainsi à la seule question de la probité des élus. Limité aux cas de condamnation de ces derniers par les cours de *common law*, la révocation populaire telle qu'encadrée par la loi de 2015 permet d'adjoindre à une sanction juridique, une sanction politique pour les membres du Parlement. Elle ne saurait cependant être regardée comme un moyen d'expression suffisant capable de créer pour le peuple un moment narratif et performatif. En effet, tant l'encadrement de l'initiative de la procédure par le Parlement que l'étendue limitée du contrôle populaire permettent de regarder le mécanisme de révocation proposé par la loi de 2015 comme établissant les conditions d'un dialogue constitutionnel entre le peuple et le Parlement. De nouveau soumis aux logiques du régime représentatif britannique ainsi qu'au tropisme du principe de souveraineté juridique du Parlement, les mécanismes de démocraties directes à même de concrétiser le peuple comme acteur constitutionnel se voient neutralisés et incapables de donner une voix réelle au peuple dans le champ du droit constitutionnel. Voyant sa voix minorée ou assourdie devant le Parlement, le peuple britannique ne trouve guère plus les conditions d'un dialogue constitutionnel à même de le concrétiser comme acteur constitutionnel lorsque mis face au discours produit par les juges de *common law*.

B. L'impossible concrétisation du peuple comme acteur constitutionnel dans un dialogue avec le Juge de common law

501. La légitimité démocratique du juge. Malgré la multiplication des mécanismes juridiques relevant théoriquement de la démocratie directe et semblant dès lors à même de créer un espace suffisant pour concrétiser la voix du peuple dans une narration constitutionnelle performative, la réalité de la pratique du référendum, du droit de pétition et de la révocation populaire des élus démontre l'impossibilité d'un dialogue constitutionnel suffisant pour une telle concrétisation. De par leur inscription dans la tradition du modèle orthodoxe du droit public britannique dont l'influence ne saurait se limiter au seul discours

sur le droit, mais effectue bel et bien un retour sur son objet en conditionnant jusqu'au droit positif ; l'ensemble de ces mécanismes de démocratie directe se voient inféoder au principe juridique de souveraineté du Parlement et perd en cela toute force narrative. Dans ce contexte, et alors même que l'institution censée permettre l'expression de la voix du peuple s'interdit tout dialogue avec ce dernier, interroger la possibilité d'un dialogue constitutionnel entre le peuple et le Juge semble à première vue contre-intuitif. Pour autant, la multiplication, depuis une quinzaine d'années, d'interrogations relatives à la légitimité démocratique des cours de *common law* dont l'expression la plus vive et virulente s'est manifestée par voie de presse au lendemain des arrêts *Miller*¹⁴⁷⁴ et *Cherry/Miller*¹⁴⁷⁵, tend à démontrer la nécessité d'interroger les rapports établis entre les cours de *common law*, en particulier la *Supreme Court*, et le peuple réel.

502. En effet, et en ce que le juge britannique se voit aujourd'hui reconnaître comme une source du droit public et plus spécifiquement, avec l'établissement de principes de *common law* à valeur constitutionnelle, comme auteur de la constitution juridique britannique, sa fonction normative au sein d'un système démocratique implique une nécessaire légitimité pour les normes qu'il établit. La légalité ne saurait suffire pour que la décision et la norme interprétée ou établie par le juge soient acceptées par la population. Néanmoins, la question de cette légitimité démocratique a longtemps été absente de toute réflexion sur les institutions britanniques. Elle n'était en effet pas nécessaire tant que prévalait une approche restreinte du pouvoir exercé par les juges sur le développement de la *common law*. Ainsi, la théorie déclaratoire telle qu'exprimée par Sir William Blackstone¹⁴⁷⁶ et reprise dans le droit positif par des juges tels Lord Mansfield ou Lord Esher¹⁴⁷⁷ pose le principe selon lequel la *common law* est immuable et qu'elle n'est que découverte par le juge. Dès lors le juge « ne se voit pas déléguer le pouvoir de prononcer une nouvelle règle, mais uniquement de maintenir et exposer les règles anciennes »¹⁴⁷⁸, a historiquement participé de la négation du pouvoir normatif des juges britanniques et des fondements théoriques de ce dernier. Écho de la célèbre formule de

¹⁴⁷⁴ *R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

¹⁴⁷⁵ *R (on the application of Miller) v The Prime Minister / Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.

¹⁴⁷⁶ Sir W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴⁷⁷ Lord Mance, « The Role of Judges in a Representative Democracy », *Judicial Committee of the Privy Council's Fourth Sitting in Bahamas*, 24 février 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170224.pdf>, pt. 18.

¹⁴⁷⁸ Sir W. Blackstone, cité par A. Beever, « The Declaratory Theory of Law », *OJLS*, Vol. 33, N°3, 2013, pp. 421-444, p. 421, « Blackstone famously maintained that the role of the judge is to determine the law 'not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land'. The judge, he tells us, is 'not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one' ».

Montesquieu selon laquelle « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »¹⁴⁷⁹, la théorie déclaratoire de la *common law* ne reconnaît pas au juge un pouvoir de création normative. Ce dernier se contente alors d'appliquer les *statutes* adoptées par le Parlement ou à exposer une tradition faite de principes qui le précèdent, le lient et le dépassent.

503. Or, une telle approche ne permet plus aujourd'hui de rendre compte de l'activité des juges au sein du régime britannique. Des décisions comme *Thoburn*¹⁴⁸⁰, *Jackson*¹⁴⁸¹, *Miller* ou *Cherry/Miller* démontrent le pouvoir du juge comme auteur de la *common law* de droit public et plus largement de la constitution juridique britannique. Par ces décisions, le juge s'est saisi du principe de souveraineté du Parlement pour en faire un principe juridique et le remodeler à la faveur des évolutions contextuelles. De même, et en matière cette fois-ci de droit écrit, l'évolution des méthodes d'interprétation, notamment dans le cadre de l'application du *HRA* tel que dans l'arrêt *R v. A*¹⁴⁸², tend à mettre en lumière l'existence d'un espace où le juge disposerait d'un pouvoir sur le texte. Ainsi, et comme propose de le résumer Sir Philip Sales :

« Le pouvoir législatif donne effet aux valeurs issues de la démocratie et du compromis dans une société pluraliste, mais la loi qu'il produit est appliquée par la médiation de valeurs inhérente à la culture juridique qui la reçoit. Les juges complètent la loi promulguée par le Parlement en l'appliquant. De même, en articulant la *common law*, les juges agissent dans les limites posées par les standards objectifs issus des traditions juridiques et politiques avec un rôle législatif limité »¹⁴⁸³.

504. Ce rôle normatif clairement établi, le principe de légitimité démocratique implique de déterminer les fondements théoriques et politiques sur lesquels fonder la légitimité des décisions adoptées par le juge. Cette dernière passe par deux canaux principaux : le principe de représentativité d'une part et le principe de responsabilité d'autre part. Si ces deux mécanismes semblent à première vue pouvoir créer des espaces où faire rencontrer le peuple réel et les juges, aucun de ces deux principes ne permet d'offrir un point de contact suffisant et à même de permettre l'instauration d'un dialogue constitutionnel entre les deux institutions.

¹⁴⁷⁹ Montesquieu, « Chapitre VI, Livre XI », in. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, op. cit., p. 52.

¹⁴⁸⁰ [2002] EWHC 195.

¹⁴⁸¹ *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56.

¹⁴⁸² *R v A (No.2)* [2001] UKHL 25.

¹⁴⁸³ Sir P. Sales, « Judges and Legislature: Values into Law », *CLJ*, Vol. 71, N°2, pp. 287-296, p. 287.

Cette faiblesse se retrouve notamment dans les conceptualisations de la légitimité du juge offertes par les différents discours contemporains sur le droit public britannique.

505. La question de la représentativité des juges. La question de la représentativité demeure néanmoins la première thématique soulevée au Royaume-Uni lorsqu'il convient d'interroger le rapport entre les juges de *common law* et la société. La question, particulièrement prégnante lorsqu'il s'agit de discuter de la légitimité de la *Supreme Court* et de ses décisions, s'articule autour de deux thématiques distinctes, mais intimement liées : celle du mode de désignation des juges et celle de la diversité au sein du pouvoir judiciaire. En l'absence de décisions rendues au nom du Peuple et de juges élus par les citoyens ou nommés par des autorités politiques elles-mêmes responsables devant le peuple¹⁴⁸⁴, la construction d'une légitimité démocratique, fondée sur le lien entre la population et les juges, apparaît comme difficilement réalisable. Le mode de désignation des juges, notamment au sein de la *Supreme Court*, en reposant sur un processus de sélection interne, propre à une portion limitée de la communauté juridique et faiblement soumis aux contingences politiques, empêche un phénomène de reconnaissance et d'identification entre le peuple et les juges. Fondé sur un mécanisme de désignation par ses pairs, le processus de désignation des juges de la *Supreme Court* met en avant l'idée d'une sélection basée sur l'excellence de la pratique professionnelle et de l'expertise des personnes retenues¹⁴⁸⁵. En ce sens, la légitimité apparaît comme découlant de l'autorité d'un savoir et d'une expertise que les futurs juges auraient accumulés au fil de leur expérience en tant que *barrister* ou académique¹⁴⁸⁶. Le principe de désignation des juges sur la base du mérite, permet ainsi pour Lady Hale de remplir trois des quatre valeurs qu'elle propose d'identifier comme étant à la base du statut constitutionnel des juges : l'indépendance, la probité, la qualité et la diversité¹⁴⁸⁷. La rencontre des trois premières valeurs assurées par le système de désignation des juges britanniques n'est cependant pas suffisante¹⁴⁸⁸. La diversité, bien qu'étant une thématique nouvelle pour penser les fondements du pouvoir du juge,

¹⁴⁸⁴ Lady Hale, « Judges, Power and Accountability – Constitutional Implications of Judicial Selection », *Constitutional Law Summer School, Belfast*, 11 août 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170811.pdf>, p. 1.

¹⁴⁸⁵ *Idem.*, p. 3.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*

¹⁴⁸⁷ *Idem.*, p. 2.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 4, « While we in the United Kingdom have taken independence, incorruptibility and quality for granted for a long time, possibly in England since the Act of Settlement of 1701, only in this century has diversity been seen as a desirable, even a necessary, characteristic of the judiciary ».

apparaît pour Lady Hale comme un point nécessaire en ce qu'il participe de la légitimité démocratique du juge¹⁴⁸⁹.

506. En effet, « le Peuple doit pouvoir sentir que les cours de son pays sont ‘ses’ cours, qu’elles sont là pour servir toute la communauté, plutôt que les intérêts d’une élite restreinte et privilégiée »¹⁴⁹⁰. Sans cette dernière, le peuple ne peut que difficilement s’identifier aux juges et regarder leurs décisions et les normes que ces dernières créent comme légitimes. La simple affirmation par les juges de défendre les intérêts de la société ou une certaine lecture de la constitution en faveur des droits des individus ne suffit pas, il faut créer un lien plus profond entre le peuple réel et ses juges afin que les premiers acceptent et reconnaissent le pouvoir normatif des seconds. Ce lien semble pouvoir s’établir par une meilleure représentation de la diversité du peuple par une reproduction, en miroir, au sein des cours de *common law*, de cette diversité. Il est d’autant plus nécessaire dans un contexte contemporain où l’autorité du savoir et de l’expertise se voient concurrencées par de nouvelles formes de circulation de la connaissance et le relâchement du rapport entre les discours d’autorité et la réalité des faits. Dans un système où le monde politique a tendance à quitter le champ de la raison pour celui de l’émotion et où la place de la vérité se voit remise en cause à la fois dans le champ théorique et le champ pratique, le pouvoir et la légitimité produits par l’expertise sont affaiblis¹⁴⁹¹. En fondant un système de désignation des juges sur un principe de mérite et d’expertise faisant de la raison sa pierre angulaire, le processus de sélection des juges britannique et la légitimité sensée en découler, est plus exposée aux effets impliqués par le développement des discours populistes et la transition vers un système de justification politique s’ouvrant au concept de *post-truths*¹⁴⁹².

507. Dans ce contexte, la diversité peut être envisagée comme un nouveau pilier au soutien de la légitimité des juges. Cette diversité est alors plurielle et multidimensionnelle. Elle est tout d’abord explicite¹⁴⁹³ lorsqu’elle entend donner davantage de visibilité aux minorités ethniques, de genre ou encore rendre compte d’une plus grande diversité professionnelle

¹⁴⁸⁹ *Ibid.* p.4.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*.

¹⁴⁹¹ A. L. Young, « Populism and the UK Constitution », *Current Legal Problems*, Vol. 71, n°1, 2018, pp. 17-52, p. 17.

¹⁴⁹² *Idem*, p. 18.

¹⁴⁹³ R. J. Cahill-O’Callaghan, « Reframing the judicial diversity debate: personal values and tacit diversity », *Legal Studies*, Vol. 35, N°1, 2015, pp. 1-29.

comme le proposent Lady Hale¹⁴⁹⁴ ou Kate Maleson¹⁴⁹⁵. Elle peut aussi se révéler tacite, désignant dans ce dernier cas une diversité dans les valeurs et les conceptions du droit présentes parmi les juges de la *Supreme Court*. Si l'étude proposée par Rachel J. Cahill-O'Callaghan¹⁴⁹⁶ tend à démontrer l'existence d'une diversité tacite au sein de la *Supreme Court*, la diversité explicite demeure quant à elle un problème au sein de la Cour suprême. D'autant plus que c'est par elle que peut se créer le plus facilement et efficacement un sentiment d'identification avec le peuple.

508. Cette diversité n'a pas pour seul effet de créer un lien entre le Peuple et le Juge, elle semble autoriser pour Lady Hale une plus grande qualité des décisions rendues par les cours de *common law*. En ce que « la *common law* consiste en un ensemble de principes dérivés de l'analyse puis de la synthèse des réponses données par les juges à une multitude de cas individuels » et que « certains de ces cas sont suffisamment clairs et constants pour constituer des règles, mais beaucoup ne le sont pas »¹⁴⁹⁷, les normes produites par les juges relèvent d'un travail d'argumentation qui ne saurait être assimilée aux logiques guidant les décisions des juges dans les systèmes continentaux. « La théorie continentale selon laquelle le droit est le droit et que cela est cela, n'est pas pour nous », rappelle Lady Hale, pas plus que ne l'est la structure d'un syllogisme stricte¹⁴⁹⁸. Dès lors qu'est reconnu au cœur de la *common law* une forme d'incertitude sur ce qu'est le droit ou du moins ce que sont les principes produits par le juge, « alors nous devons accepter que les points de vue sur la réponse à donner à beaucoup d'affaires puissent légitimement différer »¹⁴⁹⁹. La diversité explicite, en amenant une diversification des expériences vécues par les juges à raison de leur ethnie, de leur genre ou de leur parcours professionnel et éducatif, permettrait selon la présidente de la *Supreme Court* de multiplier les points de vue sur les affaires que cette dernière doit traiter, et par ces éclairages différents, produirait une décision plus juste ou du moins plus en phase avec la société britannique¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁴ Lady Hale, « Judges, Power and Accountability – Constitutional Implications of Judicial Selection », *op. cit.*, Lady Hale, « Equality in the Judiciary », *Kuttan Menon Memorial Lecture*, 21 février 2013, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130221.pdf>.

¹⁴⁹⁵ K. Maleson, « Diversity in the Judiciary: The case for positive action », *Journal of Law and Society*, Vol. 36, N°3, 2009, pp. 376-402.

¹⁴⁹⁶ R. J. Cahill-O'Callaghan, « Reframing the judicial diversity debate: personal values and tacit diversity », *op. cit.*

¹⁴⁹⁷ Lady Hale, « »Judges, Power and Accountability – Constitutional Implications of Judicial Selection », *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰⁰ Lady Hale, cité par R. J. Cahill-O'Callaghan, « Reframing the judicial diversity debate: personal values and tacit diversity », *op. cit.*, p. 1, « (...)in disputed points you need a variety of perspectives and life experiences to

509. Si la réflexion sur la légitimité démocratique des juges de *common law* vise à établir un lien entre le peuple réel et ses juges, elle n'offre cependant aucun espace pour la construction d'un dialogue entre ces derniers qui saurait participer à la concrétisation du peuple comme acteur constitutionnel. Cet espace est d'autant moins réalisable qu'un certain nombre de discours sur le droit proposent des sources de légitimité pour l'action du juge en dehors de son rapport direct avec le peuple. Ainsi, tant pour les héritiers du modèle orthodoxe que les *political constitutionalists*, seul le respect de l'intention ou de la volonté du Parlement par les juges de *common law* peut construire la légitimité de son action. *A contrario*, les discours de *common law constitutionalism*, en inversant le rapport hiérarchique entre droit et politique afin d'autonomiser le premier du second, échappe à la contingence de la légitimité démocratique. Le juge est légitime en tant que créateur de normes non pas dans sa relation à un peuple quelconque, mais de par l'autorité morale que sa connaissance et sa pratique du droit lui donnent sur le monde politique¹⁵⁰¹. De plus, le soubassement théorique libéral à l'origine du discours du *common law constitutionalism*, s'il est en lien avec la théorie contractualiste proposée par John Rawls, place au cœur de son univers discursif, non pas la notion de peuple ou d'une communauté quelconque, mais bien celle de l'individu. Une telle vision fragmente dès lors la possibilité de constituer une notion de peuple comme acteur constitutionnel et s'oppose à cette concrétisation craignant dans la majorité une menace pour l'individu. Un déplacement est effectué dans ces discours faisant non plus du peuple la source de la légitimité dans un système démocratique, mais au contraire le seul individu. Cette vision, si elle n'est pas partagée par l'ensemble des juges, trouve néanmoins à s'exprimer dans les décisions de certains membres de la *Supreme Court* ou dans les écrits extrajudiciaires des juges¹⁵⁰² et participe d'une difficulté supplémentaire à faire rencontrer le peuple et les juges sur le terrain constitutionnel.

get the best possible results. You will not get the best possible results if everybody comes at the same problem from exactly the same point of view. You need a variety of dimensions of diversity, I am talking not only about gender and ethnicity but about professional background, areas of expertise and every dimension that adds to the richer collective mix and makes it easier to have genuine debates ».

¹⁵⁰¹ T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice : The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*; Sir John Laws, « The constitution: morals and rights », *PL*, Win 1996, pp. 622-635.

¹⁵⁰² Voir en ce sens, Sir John Laws, « Law and democracy », *PL*, Spr 1995, pp. 72-93 ; Sir Philip Sales, « Legalism in constitutional law: judging in a democracy », *PL*, Oct., 2018, pp. 687-707, p. 693 « *Rights protect a zone within which individuals are able to pursue their own vision of the good, to form their own opinions and make their own choices. They are shielded against the tyranny of the majority. This provides a moral foundation for the legitimacy claims of democratic rule. 19 Political authority in a democracy flows upwards from individuals. It accords primary value to the individual and his or her choices made under conditions of freedom and equality, translated into public policy through the workings of the particular system of democratic representation ».*

510. Le « judicial accountability » et le principe d'indépendance des juges. Si la question de la représentativité ne semble pas offrir l'espace permettant l'expression du peuple comme acteur constitutionnel face au pouvoir judiciaire, le principe de responsabilité de ces derniers pourrait offrir l'opportunité d'un dialogue entre les deux acteurs. Si l'étude proposée par le professeur Andrew Le Sueur¹⁵⁰³ permet d'interroger le principe d'« *accountability* » opposé aux juges britanniques, elle dévoile aussi le rôle tout à fait marginal tenu par le public dans ces mécanismes. Rien ne permet d'y voir les conditions permettant de concrétiser dans ces mécanismes le peuple comme acteur constitutionnel.

511. En effet, et en ce que le principe de « *judicial accountability* » doit s'articuler avec le principe à valeur constitutionnelle de l'indépendance des juges tous les acteurs et auteurs du système juridique britanniques ne reconnaissent pas la nécessité d'un tel processus de responsabilisation du juge face aux autres composantes de l'architecture constitutionnelle. Certains auteurs ne reconnaissent ainsi aucune forme d'« *accountability* », là où pour d'autre une forme minimale assurée par les principes de *fairness* et justice inhérents aux décisions rendues par les juges est suffisante. Néanmoins, la fin des années quatre-vingt-dix a fait émerger de nouveaux discours appelant au renforcement du dialogue entre les cours de *common law* et les autres institutions britanniques et plus spécifiquement le Parlement. Ce nouveau principe d'« *accountability* » se découpe alors entre un principe de responsabilité personnel des juges et un principe de responsabilité collective des cours de *common law*. Cette dernière responsabilité donne lieu aux développements de mécanismes formels et informels de contrôle. Les premiers articulent la relation entre le Parlement et les cours de *common law*, là où le second type de mécanisme offre la possibilité à la société d'être informée des décisions données par les cours de *common law* et de développer un discours critique par la voix d'expert comme issu du monde académique. Si un dialogue pourrait alors s'instaurer, la faiblesse de cette mise en dialogue réside dans son incapacité à produire une relation entre les juges et la société dans son ensemble. Associé à son caractère informel, ces mécanismes ne permettent pas, encore une fois, d'envisager un espace d'égal à égal où pourrait s'établir un dialogue constitutionnel entre le peuple réel et les juges, dialogue à même de produire la narration suffisante pour concrétiser le peuple comme acteur constitutionnel. Cette distance entre le peuple et le juge apparaît néanmoins comme la garantie nécessaire à l'indépendance des cours de *common law* et le respect des conditions de la démocratie libérale. Elle laisse

¹⁵⁰³ A. Le Sueur, « Developing mechanism for judicial accountability in the UK », *Legal Studies*, vol. 24, n°1, 2004, pp. 73-98.

néanmoins un espace saisi par certains discours politiques pour repousser les juges et leurs décisions en dehors du champ d'une légitimité démocratique pensée et construite sur le seul rapport au peuple. Or, si une telle légitimité est naturellement celle qui lie le Parlement et le Peuple en tant que l'institution législative porte la donnée démocratique au sein de la démocratie libérale britannique, les cours de *common law* représentent, elles, la donnée libérale du système. Si la recherche d'une légitimité démocratique minimale pour ces dernières permet de pallier l'affaiblissement de leur autorité fondée sur un système de valeurs largement remis en cause par les évolutions de la politique contemporaine, elle ne saurait être la seule source de leur légitimité et de leur autorité. En ce sens, et afin de garantir l'indépendance des cours, principe au cœur des démocraties libérales, seule la question de la représentativité semble un levier envisageable pour faire entrer en contact le peuple et ses juges. Il demeure néanmoins que cet espace ne porte pas les conditions de dialogue et de narration constitutionnelle nécessaires à faire émerger un peuple comme acteur constitutionnel dans sa seule relation avec le juge. Ce dernier ne pouvant réellement se concrétiser que dans une dynamique plus large, tripartite, faisant du dialogue constitutionnel un échange pluriel entre le Peuple, le Parlement et les Juges. Or, un tel chœur ne peut se concrétiser sans la reconnaissance par le Parlement de la voix du Peuple, reconnaissance rendue pour l'heure délicate, voire impossible, à raison du seul processus d'effacement historique et discursif du peuple de la scène constitutionnelle par la construction du principe de souveraineté du Parlement. Une telle reconnaissance constitutionnelle du peuple semble pourtant d'autant plus urgente que le contexte de crise des démocraties libérales, et en particulier la crise du *Brexit*, repose sur le sentiment d'une perte de sens et de pouvoir politique, réelle ou fantasmée, du peuple réel.

CONCLUSION

CHAPITRE 2

Les crises constitutionnelles britanniques contemporaines mettent en lumière deux absences principales au cœur du discours orthodoxe et de sa tradition. La première de ces absences résulte du silence du discours orthodoxe sur le pouvoir Exécutif. Ce silence apparaît alors comme le résultat de la construction par le discours orthodoxe d'un univers discursif ou faire sens du droit positif nécessite la mise en place d'une frontière entre droit et hors-droit, entre objet et non-objet du discours. Or, ce jeu de discrimination qui produit la police discursive assurant la stabilité et la reproduction de l'univers discursif, en se fondant sur l'épistémologie positiviste développée par Albert Venn Dicey rejette hors de ses limites les normes politiques assurant majoritairement la définition et l'encadrement du pouvoir Exécutif. Son absence du discours orthodoxe résulte dès lors de la construction méthodologique et épistémologique du discours et semble pouvoir être regardée comme le résultat des effets de la fonction disciplinaire assurée par la tradition orthodoxe. Plus qu'une absence, le silence sur l'Exécutif apparaît comme un « indit » juridique jusqu'alors suppléé par le discours politique. Or, et parce que les pressions exercées sur la constitution britannique depuis la fin du XX^e siècle amènent un déplacement et une reconfiguration de l'articulation, au cœur de la constitution entre juridique et politique, le silence autour de l'Exécutif semble de plus en plus ténu. Ce dernier se voit en effet menacé par la mise en place d'un dialogue institutionnel¹⁵⁰⁴ entre le Parlement et les Cours de *Common Law* permettant l'émergence d'un encadrement juridique du pouvoir Exécutif. Si la construction d'un dialogue juridique sur le pouvoir Exécutif interroge la méthode du discours orthodoxe et les frontières de l'univers discursif qu'il a construit pour le droit public britannique, elle permet, de même, la réhabilitation de la nature duale de la constitution et de son pluralisme normatif. Or, cette reconnaissance participe d'une prise en compte plus fidèle de la réalité de l'objet constitutionnel que la représentation unitaire construite par le seul modèle orthodoxe.

Le silence entourant la question du peuple révèle quant à lui une texture différente. Plus qu'un discours en dehors des frontières posée par la tradition orthodoxe à l'univers discursif rendant compte du droit public britannique, ce silence résulte d'un processus d'effacement de la notion

¹⁵⁰⁴ Pour une approche de la constitution britannique comme dialogique, voir A. L. Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, OUP, 2017.

au cœur même de l'univers discursif. Afin de sécuriser et d'assurer la supériorité du principe juridique de souveraineté du Parlement, le discours orthodoxe participe de la disparition discursive de la notion de peuple, empêchant dès lors la constitution d'une notion constitutionnelle du peuple et déplaçant de facto le pouvoir constituant vers le Parlement. Ce silence du discours orthodoxe résulte alors non pas de la fonction disciplinaire de la tradition orthodoxe mais bien de sa fonction politique ou idéologique dont les effets se poursuivent dans les discours tant du *common law constitutionalism* que du *political constitutionalism*.. Cette nature différente du silence entourant la notion de peuple tend à démontrer une nouvelle dimension des traces de hors-droit intégrées par la représentation orthodoxe du droit public britannique. Ces traces ne participent pas qu'à l'ajout au réel de l'objet du discours mais distordent aussi ce réel en lui retranchant.

Conclusion

Titre II

512. La résilience du modèle orthodoxe se joue en dehors de sa fonction scientifique. Durablement remise en cause par les évolutions du droit public britannique, la faillite de la fonction scientifique du modèle orthodoxe n'entraîne pas pour autant l'invalidation de ce même modèle dans le champ de la doctrine publiciste britannique. Cette conservation du modèle dévoile alors que le discours orthodoxe ne construit pas son rapport à son objet dans un principe de validation empirique où l'impossibilité à rendre compte du réel du droit public britannique suffirait à invalider le modèle orthodoxe, mais dans un rapport de véridiction.

513. Ce rapport de véridiction implique que pour qu'un ensemble de propositions sur un objet soit acceptable et reconnu comme un savoir sur cet objet, la seule description du réel ne suffit pas. Il y a un « en-plus » du réel dans le discours et cet « en-plus » permet d'établir la véridicité du discours. Partant du constat de cette transition entre principe de validation et principe de véridiction, l'étude s'est proposée d'investir cet espace « en-plus » du réel pour mieux déterminer ce qui, dans cet espace, assurerait une telle résilience au modèle orthodoxe. Les fouilles menées dans cet espace du discours ont amené au constat suivant : le discours orthodoxe est plus que sa fonction scientifique, il porte des traces d'un extérieur qui conditionne le rapport de véridiction construit entre le discours et l'objet.

514. C'est donc dans l'analyse de ce rapport entre le discours orthodoxe sur le droit public britannique et son extérieur que deux fonctions supplémentaires du modèle sont apparues : une fonction idéologique et une fonction identitaire (ou sociale). La fonction idéologique a permis de mettre en lumière qu'au-delà de sa prétention à une description neutre et objective du droit public britannique, le modèle orthodoxe porte les traces profondes de l'idéologie libérales et conservatrices de son auteur principal, Albert Venn Dicey. L'inscription du modèle orthodoxe dans un projet démocratique justifie et sous-tend pour partie la structure instaurée par Albert Venn Dicey entre les principes de souveraineté du Parlement et du *Rule of Law*. Le modèle orthodoxe porte ainsi un « en plus » idéologique qui ajoute au réel de son objet et le fait entrer pleinement dans le champ doctrinal en lui donnant, malgré ses prétentions à la neutralité, une dimension prescriptive. Cette fonction idéologique assure aussi l'articulation du discours orthodoxe avec son extérieur en facilitant la reconnaissance de la structure proposée par le modèle en dehors du discours juridique. Le modèle orthodoxe

s'intègre ainsi dans un discours politique majoritaire et bien établi à la fin du XIX^e siècle et pendant la première moitié du XX^e siècle. Le partage d'un même cadre idéologique semble avoir permis de normaliser la proposition diceyenne et facilité sa socialisation dans le modèle orthodoxe.

515. Or, c'est dans cette dernière socialisation que réside la troisième et dernière fonction du modèle orthodoxe : la fonction identitaire. L'enseignement, la répétition et la reproduction de la doctrine diceyenne l'ont faite quitter le seul champ de la connaissance active pour s'incarner dans l'autre pendant de la connaissance : la discipline. C'est dans ce passage de *doctrina* à *disciplina* que le modèle orthodoxe se concrétise et offre au discours doctrinal britannique une matrice discursive pour dire, penser et représenter le droit public britannique. La force disciplinaire du modèle produit un retour sur son objet puisqu'en s'incarnant comme matrice disciplinaire, le discours orthodoxe trouve aussi les ressorts pour devenir la matrice de l'identité constitutionnelle britannique. Ces deux faces de la fonction identitaire offrent au modèle orthodoxe les moyens de sa résilience. Même si ce dernier est appelé à s'effacer à raison de son incapacité à décrire le réel de son objet, ses concepts, sa structure, en d'autres termes son vocabulaire et sa grammaire perdurent et subsistent dans les discours doctrinaux postérieurs à l'état de traces de la matrice disciplinaire.

516. Cependant, la résilience du modèle orthodoxe et de sa tradition au-delà de la faillite de sa fonction scientifique ne peut se limiter à la compréhension et à l'étude de ce que le discours ajoute au réel, mais doit aussi intégrer ce qu'il retire au réel de l'objet. C'est dans ce jeu de négatif et de positif que se constitue la vérité du discours sur le droit, vérité qui ne peut être limitée au réel de l'objet étudié par le discours. Toute étude complète d'un discours sur le droit public britannique implique dès lors une dialectique entre ce que l'univers discursif ajoute et retranche au réel de l'objet qu'il se propose d'étudier et de représenter. Ce n'est que dans le caractère réflexif d'une telle approche dialectique que l'identité du modèle proposé par le discours orthodoxe sur le droit public britannique peut être comprise et que s'ouvre la possibilité d'une critique et d'un dépassement du modèle.

CONCLUSION PREMIERE PARTIE

517. La construction, par le modèle orthodoxe, de l'identité de la doctrine publiciste britannique résulte du jeu entre les trois fonctions qui composent ce modèle discursif : la fonction scientifique, la fonction idéologique et la fonction identitaire ou sociale. La première de ces fonctions construit le rapport entre le discours doctrinal et son objet. Elle a permis tout à la fois d'identifier l'objet du discours de la doctrine publiciste britannique en construisant une théorie des sources permettant de discriminer entre les normes relevant du droit public britannique et celle n'en faisant pas partie, mais aussi de structurer ce même discours en créant un vocabulaire et une grammaire pour dire et représenter le droit public britannique. Ainsi, le principe de souveraineté du Parlement et le principe du *Rule of law* ont composé les deux concepts clefs permettant de dire le droit public britannique là où la structure hiérarchique entre ces deux concepts a permis d'organiser les propositions sur le droit public britannique reconnues comme valide.

518. Aux côtés de la fonction scientifique, la fonction idéologique organise le rapport entre l'extérieur du discours doctrinal et ce dernier. Elle est venue ajouter au réel de l'objet « droit public britannique » en inscrivant ce dernier dans un projet démocratique conditionné par une idéologie libérale et conservatrice. Ces deux fonctions ont en retour participé de l'invisibilisation de certains pans du droit public britannique en rejetant hors de la doctrine publiciste britannique un discours sur l'exécutif ou encore en faisant disparaître toute réflexion autour de la notion de peuple.

519. Enfin, la fonction identitaire en faisant du modèle orthodoxe la matrice disciplinaire du droit public britannique assure un principe de stabilisation et de conservation du discours sur le droit public. La cristallisation d'une matrice doctrinale autour du modèle orthodoxe dévoile l'existence d'un consensus majoritaire au sein de la doctrine publiciste. Ce consensus majoritaire a permis de produire un paysage doctrinal relativement homogène. Néanmoins, tant la confrontation du modèle orthodoxe aux évolutions du droit positif que la remise en cause de ses présupposés théoriques semblent avoir fracturé ce consensus. Aujourd'hui, l'identité contemporaine de la doctrine publiciste britannique poursuit sa construction au-delà du modèle orthodoxe entendu comme modèle scientifique et idéologique et se caractérise par une forte diversité des programmes doctrinaux qui visent à saisir et dire le droit public

britannique de manière concurrente. Rendre compte de cette identité appelle ainsi à envisager cette diversité doctrinale et à chercher à en comprendre les ressorts.

DEUXIEME PARTIE

LA (RE)ONSTRUCTION DE L'IDENTITE DE LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE AU-DELA DU MODELE ORTHODOXE

520. Le modèle orthodoxe en créant un langage formel et un maillage conceptuel étroit pour dire et représenter le droit public britannique, a constitué un noyau dense pour l'identité disciplinaire du droit public. Il a, à première vue, assuré une unité profonde au champ doctrinal publiciste britannique et inscrit ce dernier dans une apparente stabilité. Néanmoins, il ne faut pas négliger que l'ensemble des discours de connaissance sont traversés et animés par une même dynamique, une même tension, entre unité et diversité. Le discours sur le droit public britannique n'y fait pas exception¹⁵⁰⁵.

521. Dans le champ de la doctrine publiciste britannique cette tension s'illustre d'abord dans une dimension historique. Elle a pu être démontrée dans l'étude de l'évolution des concepts qui participent de la structure du modèle orthodoxe. Elle a aussi été matérialisée par la rupture innervant toute la première partie de l'étude entre le discours doctrinal orthodoxe et les discours contemporains que sont le *legal constitutionalism*, le *common law constitutionalism* ou le *political constitutionalism*. Le premier de ces exemples démontre une dynamique interne au discours orthodoxe qui dans une dialectique entre sédimentation et innovation se voit évoluer afin d'intégrer dans ses structures les évolutions du droit public britannique sans pour autant remettre en cause le noyau de son identité. Le deuxième exemple relève quant à lui d'une période spécifique de l'histoire doctrinale désignée sous le terme de crise doctrinale. Il vise un moment spécifique où la dialectique entre sédimentation et innovation au cœur du modèle orthodoxe est rompue et ne parvient plus à intégrer les évolutions du droit public britannique.

¹⁵⁰⁵ J. M. Berthelot, « Programmes, paradigmes, disciplines : pluralité et unité des sciences sociales », in J. M. Berthelot (dir.), *Epistémologie des sciences sociales*, op. cit., pp. 459-572, p. 460.

522. La première partie de l'étude a travaillé l'espace discursif entre la formation du noyau identitaire de la doctrine publiciste britannique et l'entrée en crise du modèle orthodoxe. Elle a d'abord pensé l'identité de la doctrine et de la discipline « droit public » en la confrontant au constat de sa crise et donc de l'émergence d'une pluralité nouvelle dans le champ doctrinal. Néanmoins, au-delà de sa dimension historique, la tension au sein du champ doctrinal entre unité et diversité existe aussi de manière synchronique. Or, le focus placé sur le modèle orthodoxe a eu tendance à effacer le pluralisme doctrinal existant à une période donnée dans le champ du discours sur le droit public britannique. Pourtant, la doctrine publiciste britannique a toujours été plurielle comme en témoigne l'émergence d'une tradition contestataire au cours des années vingt.

523. Si la stabilité et la force disciplinaire du modèle orthodoxe a fait prédominer le sentiment d'unité dans le champ de la doctrine publiciste britannique, la dynamique contemporaine est au contraire marquée par la diversité. Cette opposition apparente et surtout cette transition entre une identité doctrinale classique, stable et unitaire vers une identité doctrinale contemporaine, mouvante et plurielle, peut être pensée de manière dynamique. Elle résulte en effet du jeu d'un certain nombre de facteurs au titre desquels se trouve le « tournant théorique » qui a amené à multiplier les manières de voir et de dire le droit public britannique. Ainsi, à la complexification de l'objet du discours du droit public britannique s'est ajouté la diversification des représentations de ce dernier. Ce tournant a été rendu possible par un changement de paradigme institutionnel ayant redéfini la place et le rôle de la doctrine académique au sein du monde universitaire.

524. Dans cette diversité qui peut parfois laisser craindre la dispersion et la rupture de la doctrine publiciste britannique en des champs de discours tout à fait distincts, se construisent néanmoins des facteurs qui permettent de (re)penser une identité pour la doctrine publiciste britannique et donc de prendre en compte l'existence d'une unité minimale pour dire et penser le droit public au Royaume-Uni. Cette unité est rendue possible, notamment, par l'émergence d'un nouvel acteur doctrinal qui est la doctrine organique de la *UKSC* et la création d'une narration de la doctrine dans son rapport à des discours étrangers sur le droit public britannique.

525. Ainsi, si la première dynamique laisse entrevoir une discipline en (re)construction (**TITRE I**), la seconde permet de penser et de tracer les contours de l'identité contemporaine de la doctrine publiciste britannique (**TITRE II**).

Titre I – La « crise doctrinale » du droit public britannique, marqueur d'une discipline en (re)construction

526. L'entrée en crise du modèle orthodoxe a fait entrer la doctrine publiciste britannique dans une période de fragmentation et de démultiplication des manières de penser et de dire le droit public britannique. Avec l'affaiblissement de la matrice disciplinaire assurée par le discours orthodoxe, le principe d'exclusion et d'inclusion exercé par la police discursive du discours orthodoxe s'est elle-même affaibli laissant la possibilité de dire autrement que par les structures conceptuels et idéologiques du discours orthodoxe la réalité du droit public britannique.

527. Cette pluralité soudaine dans le champ de la doctrine publiciste britannique témoigne de l'effondrement du consensus doctrinal jusqu'alors exercé par le modèle orthodoxe sur la doctrine publiciste britannique. Cette dernière qui portait déjà en elle les germes de discours concurrents au discours jusqu'alors majoritaire a vu se démultiplier les cadres théoriques et conceptuels permettant de penser, de dire et de représenter le droit public britannique. Face à cette pluralité et complexité nouvelle, la nécessité d'une cartographie doctrinale émerge au sein même des auteurs publicistes britanniques et pose les fondements d'une première tentative interne de structuration du champ doctrinal (**Chapitre 1**).

528. Ces tentatives de classifications des courants doctrinaux émanant des auteurs de doctrine mettent en lumière des fractures méthodologiques et idéologiques qui s'enracinent dans le « tournant théorique » effectué par la doctrine publiciste à la fin des années quatre-vingt-dix. Ce « tournant théorique », rendu possible par une redéfinition des méthodes de la recherche et de l'enseignement juridique, alimente et façonne la fragmentation de la doctrine publiciste britannique en une multitude de courants doctrinaux concurrents sans que ne semble se constituer un consensus suffisant pour permettre la constitution d'un nouveau programme doctrinal majoritaire à même de stabiliser le discours sur le droit public britannique (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1

LA FIN DU CONSENSUS DOCTRINAL AUTOUR DU DISCOURS ORTHODOXE

529. Le consensus doctrinal majoritaire qui s'est agrégé depuis la fin du XIX^e siècle autour du modèle orthodoxe, ne doit pas laisser penser que la doctrine publiciste britannique a pu, à une quelconque période, se caractériser par son uniformité. Si, dans le contexte français et allemand, le Professeur Renaud Baumert relève qu'« y compris lorsque l'on se limite à la doctrine constitutionnelle d'un État donné »¹⁵⁰⁶, « on peut se figurer la communauté doctrinale comme un ensemble de 'programmes doctrinaux' concurrents portant sur un objet de même nature (le droit constitutionnel) »¹⁵⁰⁷, l'exemple offert par la doctrine publiciste britannique apparaît comme une illustration claire de la cohabitation de « programmes doctrinaux » concurrents. Peut-être, d'ailleurs, est-elle en réalité plus que cela. En effet, l'exemple britannique paraît renfermer plus qu'une concurrence entre programmes doctrinaux. La communauté doctrinale britannique semble devoir être observée, dans le cadre spécifique de la discipline « droit public », comme construite non pas autour de « programmes doctrinaux concurrents », mais plutôt de « programmes doctrinaux dissidents ».

530. La notion de « concurrence » laisse supposer que deux « programmes doctrinaux » interviennent dans un cadre théorique relativement similaire ou du moins suffisamment compatible pour poursuivre un même objectif¹⁵⁰⁸. La notion de « dissidence » marque, quant à elle, l'idée d'une rupture, d'une séparation entre les cadres théoriques de ces mêmes « programmes doctrinaux ». Or, les « programmes doctrinaux » qui émergent dans la première moitié du XX^e siècle, en réaction au modèle proposé par Albert V. Dicey, ne se contentent pas de développer des interprétations divergentes de celle proposée par Dicey pour l'objet « droit public ». Ces derniers vont plus loin et contestent la nature même de l'objet construit par le discours diceyen sur le droit public. Le professeur Martin Loughlin relève que « la croisade normativiste », terme par lequel il désigne le cadre théorique du modèle orthodoxe, « n'est

¹⁵⁰⁶R Baumert, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *Jus politicum*, n° 24, <http://juspoliticum.com/article/Les-programmes-doctrinaux-en-droit-constitutionnel-1338.html>, pp. 209-230, p. 212.

¹⁵⁰⁷*Idem.*

¹⁵⁰⁸ La notion même de concurrence, supposant la recherche d'une même finalité, pour une définition du terme concurrence, voir Trésor de la Langue Française informatisé, « Concurrence », Centre Nationale de Ressources Textuelles et Lexicales, <https://www.cnrtl.fr/definition/concurrence>, « fait d'être ensemble, d'agir de concert, conjointement, à égalité dans la poursuite d'un même but ».

pas restée incontestée. Durant la période de l'entre-deux-guerres, un groupe de publicistes et politistes a développé un style fonctionnaliste de droit public distinctif. Leur objectif premier était de discuter la théorie diceyenne de la constitution »¹⁵⁰⁹. A la fin des années quatre-vingt-dix, John McEldowney, rare auteur à consacrer dans un manuel de droit public¹⁵¹⁰ à destination des étudiants des développements fournis et explicites sur le pluralisme et la complexité du paysage doctrinal britannique, souligne que « plus de cent ans sont passés depuis la publication de *The Law of the Constitution*. Pendant cette période, le droit public a continué à être influencé par le travail de Dicey. Mais l'influence qui est venue d'auteurs critiquant la vision diceyenne de la constitution n'est pas des moindres ¹⁵¹¹ ». Loin de s'être tarie, cette tradition critique a ouvert le chemin vers la remise en cause du consensus qui avait jusqu'alors stabilisé et renforcé la suprématie du modèle orthodoxe dans le champ du discours sur le droit public au Royaume-Uni.

531. En effet, si le paysage doctrinal français est aujourd'hui marqué par l'affirmation du courant « droit politique »¹⁵¹² ou encore par l'influence de l'école théorique de Nanterre¹⁵¹³,

¹⁵⁰⁹ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 165.

¹⁵¹⁰ J. F. McEldowney, *Public Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1998, pp. 213-247.

¹⁵¹¹ *Idem.*, p. 238.

¹⁵¹² Il conviendra de relever l'existence d'un débat sur la qualification à donner au groupe doctrinal « droit politique ». Si le professeur A. le Pillouer emploie la notion d'« école » pour parler du courant, le terme n'est pas retenu par le professeur M. Altwegg-Boussac et est écarté par les professeurs Cécile Guérin-Bargues, Cécile Roynier et Mme Elina Lemaire. De même, Mme Elisa Kohlhauer relève la réticence des auteurs du courant « droit politique » à se reconnaître faire école. En ce sens, voir : A. Le Pillouer, « 'Droit politique' et 'Réalisme nanterrois' Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n°24, mai 2020, pp. 93-105, p. 93 ; M. Altwegg-Boussac, « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum*, n°24, mai 2020, pp.57-74 ; C. Roynier, E. Lemaire, C. Guérin-Bargues, « Porpos introductifs », *Jus Politicum*, n°24, mai 2020, pp. 5-9, p. 9, « À la question de savoir si le droit politique est un objet fécond pour la compréhension de la Ve République, nous sommes donc très tentées de répondre positivement. Mais ce qu'a également révélé cette journée et demie de colloque, c'est que le 'droit politique' doit sans doute se comprendre moins comme une 'école' de pensée que comme la réouverture d'un certain nombre de possibilités de discussion » ; E. Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, A. Viala (dir.), thèse, droit, Université de Montpellier, 2019, p. 23, « Si ces critères de l'institutionnalisation d'une école sont fondamentaux, ce n'est pas en tant que tels, mais parce qu'ils permettent à l'école de véritablement advenir sur le plan doctrinal, en appelant à elle la reconnaissance de ses pairs. Dans le cas du droit politique, il semble que cet indice soit satisfait. Paradoxalement, les auteurs concernés sont eux-mêmes plus réticents à reconnaître qu'ils forment une école, probablement parce qu'ils refusent le risque de s'enfermer mutuellement dans un carcan doctrinal qui pourrait s'avérer à terme trop étroit. Ils n'en témoignent pas moins toutefois d'un certain esprit de corps, au sens où ils partagent un nombre important de conceptions et de préoccupations théoriques ».

¹⁵¹³ A. Le Pillouer, « 'Droit politique' et 'Réalisme nanterrois' Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 93, « Commençons par le libellé le moins usité : « réalisme nanterrois ». Il renvoie bien sûr essentiellement, chacun l'aura compris, aux thèses de Michel Troper. Pour autant, il eût été malvenu d'utiliser son nom pour caractériser cette position théorique : d'une part, parce qu'il est délicat d'évoquer sa pensée, voire de la défendre, à sa place ; d'autre part, parce qu'ayant « fait école », il a permis à certains de ses collègues ou élèves, à Nanterre ou ailleurs, de travailler à partir de quelques-unes de ses principales thèses, tout en s'écartant de façon plus ou moins prononcée de certaines de ses propositions » ; voir aussi, S. Sydoryk, *La doctrine constitutionnelle. Etude de la connaissance sur le droit constitutionnel contemporain français*, X. Magnon, W. Mastor (dir.), thèse, droit, Université Toulouse Capitole, 2020, p. 304 et suiv., voir plus précisément : p. 305, « Les membres de l'école réaliste de Nanterre étudient en grande majorité le droit constitutionnel et le discours sur le

il semble néanmoins toujours présenter une image relativement homogène et largement recentrée autour d'une approche contentieuse qui compose le programme doctrinal proposé par l'école d'Aix. Face à cette représentation plutôt unitaire du droit public français, le discours sur le droit public britannique contemporain se caractérise au contraire par un bouillonnement doctrinal qui semble parfois, de par sa diversité et ses oppositions, menacer la discipline d'éclatement. Dans ce contexte, si la multiplication contemporaine des programmes doctrinaux concurrents au modèle orthodoxe traduit la fin du consensus autour de ce dernier (*Section 2*), elle apparaît aussi comme l'héritière d'une tradition contestataire marquée par une vision sociale du droit public (*Section 1*).

Section 1. L'existence classique d'une tradition contestataire pour l'étude du droit public au Royaume-Uni

532. La contestation du « programme doctrinal » majoritaire touche jusqu'à l'identité de la discipline « droit public » et traduit plus qu'une divergence qui ne serait que fondée sur l'épistémologie. Elle apparaît, au contraire, comme une divergence politique et idéologique à la fois assumée et revendiquée. Si l'objectif premier d'un modèle doctrinal est interne à la doctrine et vise à permettre au modèle de s'imposer comme la représentation majoritairement acceptée pour son objet d'étude, la nature particulière du discours sur le droit amène la doctrine juridique, y compris la doctrine publiciste, à ne pas renoncer, ou rarement, à rechercher plus que ce simple pouvoir interne au discours¹⁵¹⁴. Ainsi, la majorité des programmes doctrinaux visent à modifier l'état du droit positif¹⁵¹⁵. Le « succès » des prescriptions doctrinales pour le droit positif est d'ailleurs, dans l'analyse des « programmes doctrinaux » proposée par le Professeur Renaud Baumert, un indicateur de la réussite d'un programme face aux programmes concurrents¹⁵¹⁶. Cette dimension prescriptive, qu'elle soit ou non assumée, inscrit plus largement le programme doctrinal proposé dans un cadre épistémologique qui ne peut se

droit constitutionnel, mais ce n'est pas, pour autant, une école de droit constitutionnel. Elle ne vise pas l'étude unique du droit constitutionnel, ni même du droit public, puisqu'il s'agit d'une école de théorie du droit. Elle s'oppose d'ailleurs en cela à un pan de l'école d'Aix-en-Provence, du moins de la reconstruction de l'école, qui prend pour base des fondements théoriques opposés, mais l'opposition est uniquement théorique, entre le normativisme d'un côté et le réalisme de l'autre. Si l'école réaliste de Nanterre n'est pas une école de droit constitutionnel, elle n'en a pas moins une grande influence sur la discipline ».

¹⁵¹⁴ R. Baumert, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 212.

¹⁵¹⁵ E. Picard, « 'Science du droit' ou 'doctrine juridique' », *op. cit.*, p. 139.

¹⁵¹⁶ R. Baumert, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 213.

voir totalement séparé et autonomisé de visées idéologiques¹⁵¹⁷ et politiques. Or, ce qui marque l'émergence au Royaume-Uni de ces « programmes doctrinaux dissidents » face au modèle orthodoxe du droit public britannique est bien la revendication d'une certaine idéologie de l'État, détachée du conservatisme et libéralisme diceyen¹⁵¹⁸, au profit d'une compréhension nouvelle du droit public. C'est, en tout état de cause, au-delà d'une ligne de démarcation purement épistémologique et bien dans le champ idéologique et politique que se joue la naissance et la construction d'une véritable tradition contestataire au sein de la doctrine publiciste britannique qui va durablement marquer le paysage doctrinal d'un dualisme fort bien qu'asymétrique.

533. Ainsi, envisager le paysage doctrinal britannique non pas en termes de « concurrence », mais en termes de « dissidence » semble offrir un degré de pertinence plus élevé à la représentation de la doctrine publiciste britannique en ce que l'ajout d'une nouvelle nuance¹⁵¹⁹ à la représentation du paysage de la doctrine publiciste britannique permet de mettre en lumière une division doctrinale profonde, construite autour d'une ligne théorique, idéologique et politique clairement identifiée et définitivement irréconciliable avec le programme doctrinal majoritaire du modèle orthodoxe. Pour autant, ajouter cette couleur nouvelle au tableau que cette étude tente de dresser de la doctrine publiciste au Royaume-Uni n'est pas suffisant pour rendre toute la richesse des détails de ce paysage doctrinal. Tout d'abord, la diversité même des positions au sein de la « tradition contestataire » n'en fait pas une teinte uniforme, mais plutôt un camaïeu complexe dont il conviendra de souligner les caractéristiques principales. Cette étude apparaît d'autant plus nécessaire que cette « tradition contestataire » au cœur du droit public britannique, si elle doit être comprise comme minoritaire, est néanmoins restée constante depuis l'entre-deux-guerres. Elle a formé avec le « programme doctrinal » orthodoxe un dualisme marqué, opposant à ce dernier des méthodes et des compréhensions de l'objet « droit public » divergentes et résolument ancrées dans une approche sociale de l'État (§1.).

¹⁵¹⁷ J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*, p.108, « Le travail de systématisation n'a pas seulement pour ambition de rendre compte du droit existant : il débouche aussi sur la production de représentations qui conduit la doctrine à exercer une fonction proprement idéologique ; et dans la mesure où ces nouvelles représentations ont une force agissante, la doctrine contribue bel et bien à faire évoluer la réalité juridique ».

¹⁵¹⁸ Pour une analyse de ces deux dimensions du modèle de droit public construit par A. V. Dicey, voir, *supra*, par. 307 et suiv.

¹⁵¹⁹ Pour une représentation en termes de nuancier du dualisme doctrinal dans le droit public britannique, voir : C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge, CUP, 3^e éd., 2009, pp. 1-48.

534. Pour autant, et malgré sa longévité, aucun des « programmes doctrinaux » contenus par la tradition contestataire du droit public britannique n'a vu se construire autour de lui un consensus doctrinal suffisant, à même de mettre directement en cause le statut de « programme doctrinal majoritaire » qui accompagne le modèle orthodoxe (§2.). Néanmoins, le consensus dont a bénéficié ce dernier modèle est aujourd'hui largement fracturé et érodé face à la multiplication contemporaine des « programmes doctrinaux » concurrents, mais aussi dissidents. Ces derniers, sans s'inscrire directement dans le cadre théorique proposé par la tradition contestataire du droit public britannique, semblent, pourtant, dans une certaine mesure, devoir être regardés comme les héritiers de cette tradition.

§1. Le courant fonctionnaliste, courant doctrinal pour une pensée sociale du droit public au Royaume-Uni

535. La tradition contestataire du droit public britannique correspond à un ensemble de « programmes doctrinaux » construits comme des contre-modèles à la représentation développée par le discours orthodoxe. Cette opposition doctrinale, cristallisée autour du rejet du libéralisme et du conservatisme¹⁵²⁰ portés par le « programme doctrinal » majoritaire agit dans le champ doctrinal comme un contre-pouvoir à l'influence exercée par le modèle diceyen sur la représentation du droit public au Royaume-Uni. Loin de la vision libérale qui marque le modèle orthodoxe, la tradition contestataire se caractérise par une vision à la fois fonctionnaliste et sociale, parfois décrite comme socialiste du droit public britannique.

536. Néanmoins, si ses auteurs semblent s'accorder sur la nécessité de proposer une conception renouvelée du droit public, la tradition contestataire du droit public britannique apparaît comme un objet doctrinal complexe et difficile à saisir (A). Elle trace au sein du champ doctrinal une fracture idéologique qui fait partie intégrante de la topographie du paysage discursif dans lequel sont formés et évoluent les auteurs contemporains sur le droit public britannique. Si cette frontière s'est vue cristallisée par deux propositions de « cartographies »¹⁵²¹ de la doctrine publiciste britannique, la diversité des programmes

¹⁵²⁰ M. Loughlin, « The Functionalist style in Public law », *University of Toronto Law Review*, vol. 55, n°3, 2005, pp. 361-404, p. 366.

¹⁵²¹ La notion de « cartes » pour désigner le travail de classification des courants doctrinaux britanniques et notamment utilisé par Colin Harvey : C. Harvey, « Modern Controversies in Public scholarship », *Cambridge Law*

doctrinaux pouvant être rattachée à cette tradition rend difficile son identification. Néanmoins, un dénominateur commun à l'ensemble de ces écrits semble être dégagé et permet l'utilisation d'un critère d'identification principal. Proposant une définition renouvelée de l'objet « droit public », la tradition contestataire du droit public britannique vise à défendre une approche sociale du droit public britannique (B). Dès lors, loin de prétendre à l'exhaustivité, le travail de cartographie doctrinal effectué autour de la frontière de la tradition contestataire, permet de saisir les traits identitaires majeurs d'une tradition doctrinale à la fois fermement ancrée dans l'identité du droit public britannique mais aussi longtemps restée marginale.

A. Les tentatives d'identification de la tradition contestataire du droit public britannique

537. La recherche d'une cartographie doctrinale rendant compte de l'identité de la tradition contestataire. Les deux propositions de « cartographies » de la doctrine publiciste britannique les plus communément acceptées ont été proposées par les Professeurs Carol Harlow et Richard Rawlings¹⁵²² d'une part et par le professeur Martin Loughlin¹⁵²³ d'autre part. Le premier essai de classification des discours publicistes britanniques a émergé pendant les années quatre-vingt¹⁵²⁴, au cours d'une période marquée par la réforme du droit administratif. Le second essai de classification est, quant à lui, apparu dans les années quatre-vingt-dix, au cœur de l'intense période de bouillonnement constitutionnel que le professeur Vernon Bogdanor a pu désigner comme ayant donné naissance à une « Nouvelle constitution » pour le Royaume-Uni¹⁵²⁵. Dans ces contextes particuliers, ces deux cartographies doctrinales remettent en perspectives les apports et désaccords irréconciliables entre un ensemble de « programmes doctrinaux » regroupé ici et désigné sous la notion de « tradition contestataire du droit public britannique » et le programme doctrinal majoritaire que représente le discours orthodoxe. Ces deux cartographies visent à faire sens du dualisme de la doctrine publiciste britannique qui s'est dessiné pendant la première moitié du XX^e siècle, et doivent dès lors être aussi regardées comme des modèles pour une histoire des idées et de la pensée sur le droit public britannique. Ce que ces deux représentations de l'histoire doctrinale britannique entendent « cartographier », n'est pas tant le réel du paysage doctrinal tel que connu par leurs

Review, vol. 27, pp. 81-88, voir en ce sens, p. 81, « *Loughlin's recent work represents an attempt to 'map' the structure and conceptual foundations of public law thought and argumentation* ».

¹⁵²² C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*, pp. 1-48.

¹⁵²³ M. Loughlin, *Public Law and Political theory*, *op. cit.*, M. Loughlin, « The Functionalist style in Public law », *op. cit.*

¹⁵²⁴ La première édition de *Law and Administration* date de 1984. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1984.

¹⁵²⁵ V. Bogdanor, *The New British Constitution*, *op. cit.*

auteurs qu'une certaine perception d'un paysage doctrinal passé aux sources duquel puiser les dynamiques et racines de l'organisation contemporaine de la doctrine publiciste britannique.

538. Ainsi, si ces deux cartographies se construisent et se comprennent comme une « archéologie », voire parfois, une mythologie, du dualisme de la doctrine publiciste britannique, ce dualisme ne prend sens qu'en ce qu'il se voit conceptualisé et représenter dans le contexte de son propre dépassement. Ces « cartographies » d'un paysage passé apparaissent comme un premier pas vers la mise en sens du pluralisme qui compose le paysage doctrinal publiciste britannique depuis le tournant de l'eupéanisation et la transition des *civil liberties* vers les *human rights*. Ce premier point souligné, il convient de relever que les deux cartographies doctrinales ici présentées sont toutes deux le fruit d'auteurs se rattachant et se revendiquant de l'héritage de la tradition contestataire. Sur le plan méthodologique, il conviendra, de même, de souligner que ces deux représentations ne procèdent pas d'une méthode similaire et se distinguent dans leurs mécanismes de conceptualisation. Dès lors, elles offrent deux images qui, si elles se superposent, n'explorent pas avec la même profondeur les implications de la construction d'une « tradition contestataire » pour le discours sur le droit public britannique. Là où la première des cartographies proposées permet d'identifier clairement les implications du dualisme doctrinal britannique pour la définition même de l'objet « droit public », la seconde permet de s'enfoncer dans les structures conceptuelles et théoriques de cette tradition pour y mettre à jour l'essence des programmes doctrinaux dissidents qu'elle renferme. Par la mise en dialogue de ces deux cartographies se dessine alors l'identité de la tradition contestataire sur le droit public : une tradition de la pensée juridique fermement ancrée dans une approche fonctionnaliste et sociale du droit public britannique.

539. La distinction *Red light/Green light theorists* comme tentative d'identification de la tradition contestataire par ses frontières. La première de ces cartographies, présentée par les professeurs Carol Harlow et Richard Rawlings dans leur ouvrage *Law and Administration*¹⁵²⁶, propose une identification claire des désaccords portés par la tradition contestataire sur l'objet "droit public" tel que pensé et structuré par le discours orthodoxe. Elle représente le paysage doctrinal des publicistes britanniques autour de deux catégories de programmes doctrinaux désignés d'une part par l'expression « *Red light theorists* » et d'autre part par les termes de « *Green light theorists* ». Les premiers, héritiers de la pensée constitutionnelle d'Albert Venn Dicey, s'inscrivent dans les représentations du modèle

¹⁵²⁶ C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 1-48.

orthodoxe dont ils acceptent, au-delà de la fonction scientifique, les fonctions politique et idéologique. Ainsi, « les *Red light theorists* [croient] que le droit [est] autonome et supérieur à la politique, que l'État administratif est dangereux et devrait être limité par le droit, que le meilleur moyen de le faire est par le recours au juge, et que le but d'une telle action devrait être de renforcer la liberté comprise en termes d'absence de contraintes extérieures »¹⁵²⁷.

540. Par opposition, la seconde catégorie de programmes doctrinaux mise en lumière par ce travail de classification, les *Green light theorists*, pense que le droit et la politique ne sont pas des sphères normatives séparées et que le droit, loin d'être autonome de la politique en est un moyen¹⁵²⁸. Dès lors, le droit se voit toujours inféodé à un projet politique et s'ils dénoncent le projet libéral et conservateur des *Red light theorists*, les *Green light theorists* défendent que le droit doit être mis au service d'une vision sociale de l'État et utilisé de manière proactive¹⁵²⁹ pour favoriser l'amélioration des conditions de vie des catégories sociales les plus précaires¹⁵³⁰. À cette fin, et pour permettre l'adoption de normes juridiques permettant une réforme sociale de l'État, telle que déterminée et adoptée par le Parlement, seul représentant légitime et réel de la société, l'administration doit voir ses moyens d'action augmentés et mis au service de l'intérêt général. Par conséquent, les *Green lights theorists* « voi[ent] le droit administratif comme un véhicule du progrès politique et accueill[ent] l'État administratif »¹⁵³¹.

¹⁵²⁷ A. Tomkins, « In defence of the political constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, n° 1, 2002, pp. 157-175.

¹⁵²⁸ A. Tomkins, « In defence of the political constitution », *op. cit.*, p. 158 « *Green light theorists believed that law was not autonomous from politics; that the administrative state was not a necessary evil, but a positive attribute to be welcomed; that administrative law should seek not merely to stop bad administrative practice, and that there might be better ways to achieve this than adjudication; and that the goal was to enhance individual and collective liberty conceived in positive and not just negative terms* ».

¹⁵²⁹ C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*, p. 32, « *To some, including Dicey, this was frightening; it meant inroads into private property rights and individual freedoms and called for the protection of the law. To others it was unequivocally good. State action was necessary if the lot of the underprivileged in society was to be improved: pensions and unemployment benefit had to be funded; slum clearance required planning and compulsory purchase; and so on. Law was an essential tool in this crusade. As a green light was given to the interventionist state, law had to become proactive* ».

¹⁵³⁰ M. Taggart, « Reinvented government, traffic lights and the convergence of public and private law », *Public Law*, Spring, 1999, pp. 124-138, p. 125, « *The red and green light theories were forged on the anvil of the emergent welfare state. Green light theorists looked to the truly representative legislature to advance the causes of workers, women, minorities and the disadvantaged. For them, the role of law was to facilitate the provision of statutorily established programmes of public services. Parliament was trusted to deliver socially desirable results, and so giving effect to Parliament's intention comported with those theorists' ideological leanings* ».

¹⁵³¹ C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*, p. 31.

541. La métaphore des « feux tricolores »¹⁵³² utilisée par Carol Harlow et Richard Rawlings érige ses différentes catégories sur l’observation des discours des publicistes britanniques dans un champ particulier qu’est celui du droit administratif¹⁵³³. C’est, en effet, par l’examen de la répartition des discours doctrinaux et des représentations construites par ces derniers autour de l’acceptation ou du rejet du droit administratif britannique que se trouve la clef de classification au cœur de la représentation des deux auteurs. Ainsi, et comme relevé par Adam Tomkins, la cartographie dressée par Carol Harlow et Richard Rawlings n’entend pas rendre compte « d’une théorie générale du droit »¹⁵³⁴, elle n’a pas vocation à traduire une opposition doctrinale plus profonde que celle construite autour du droit administratif britannique.

542. Centrée sur l’objet des discours sur le droit public, la nature de la méthode proposée par les professeurs Carol Harlow et Richard Rawlings ne semble pas offrir une analyse aussi profonde des structures des discours que la seconde cartographie doctrinale qu’il conviendra de présenter. Ainsi, et si le professeur Marie-Claire Ponthoreau rappelle que l’opération même de la classification peut relever de « deux démarches différentes : l’une de nature empirique repose sur l’observation alors que l’autre suppose un effort de conceptualisation et privilégie la méthode déductive »¹⁵³⁵, il semble que cette première cartographie doctrinale puisse être regardée comme relevant de la première des deux méthodes exposées. En effet, et comme le rappelle eux-mêmes les auteurs¹⁵³⁶, le fondement de cette dichotomie posée entre *Red* et *Green light theories*, repose sur l’observation, l’identification et l’analyse des discours portés par un groupe d’auteurs spécifique, rassemblé pour la plus large majorité au sein de la *London School of Economics*. Ces auteurs, Harold Laski¹⁵³⁷, William Robson¹⁵³⁸ et Ivor Jennings¹⁵³⁹, pour ne citer que les acteurs historiques des *Green light theories*, se caractérisent par

¹⁵³² M. Taggart, « Reinvented government, traffic lights and the convergence of public and private law », *op. cit.*, p. 124, « *The first edition of Law and Administration was best known for its theoretical taxonomy using a traffic light metaphor. Administrative lawyers were divided into red, green or amber light theorists* ».

¹⁵³³ A. Tomkins, « In defence of the political constitution », *op. cit.*, p. 159, « *This originating divide, it will be noticed, is one which is specially focused on administrative law. Both red- and green-light theories may have bold ambitions but they are focused on questions of public administration* ».

¹⁵³⁴ *Ibid.*

¹⁵³⁵ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁵³⁶ C. Harlow, R. Rawlings, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵³⁷ (1893-1950), politiste, enseignant en Science politique à la LSE de 1926 à 1950, président du parti travailliste de 1945 à 1946.

¹⁵³⁸ (1895-1980), juriste et politiste, enseignant en Droit public à la LSE de 1926 à 1962, membre de la Fabian Society.

¹⁵³⁹ (1903-1965), juriste, enseignant en Droit public à l’Université de Leeds de 1925 à 1928, à la LSE de 1929 à 1942, *Vice-Chancellor* de l’Université de Ceylan de 1942 à 1954, enseignant à l’Université de Cambridge de 1955 à 1965 où il assura aussi les fonctions administratives de *Vice-Chancellor*.

l'interdépendance qu'ils reconnaissent entre le droit et la politique¹⁵⁴⁰ et leur volonté de mettre les forces de l'appareil administratif de l'État et du droit produit par ce dernier au service d'une politique particulière, sociale par essence et en rupture avec le modèle victorien du « *laissez-faire* » diceyen.

543. La distinction *normativism/functionalism*, comme proposition d'identification de la

tradition contestataire par sa nature profonde. La proposition de cartographie doctrinale établie par Carol Harlow et Richard Rawlings découle d'une démarche majoritairement empirique, dont la construction permet l'identification claire des oppositions entre les deux groupes doctrinaux, mais surtout, autorise un tracer très précis de la ligne de démarcation autour de laquelle identifier les deux conceptualisations de la notion de « droit public ». Or, si la cartographie doctrinale proposée par C. Harlow et R. Rawlings permet de mettre en avant cette opposition entre deux acceptions localisées de l'objet « droit public » et leur désaccord autour de la notion de « droit administratif », elle ne renseigne que peu sur l'identité profonde de la tradition contestataire du droit public britannique. C'est ici que la seconde cartographie doctrinale trouve tout son intérêt. En effet, la méthode de classification adoptée, offre la possibilité à son auteur d'analyser plus en profondeur les structures et traces qui hantent le ou les « programmes doctrinaux » portés par la tradition contestataire du droit public britannique.

544. Cette seconde cartographie de la doctrine britannique qui complète la première pour offrir une dimension nouvelle dans l'analyse de la tradition contestataire du droit public britannique est le produit des recherches et travaux du professeur Martin Loughlin. Ce dernier, dans son ouvrage *Public Law and Political Theory*, publié au début des années quatre-vingt-dix, cherche à « identifier les structures conceptuelles basiques qui dominent le paysage du

¹⁵⁴⁰ H. Laski, *Grammar of Politics*, Routledge, 2016, p. vi, « *The lawyer approaches the law as a body of rules binding upon those who come within its jurisdiction. The explanation of its binding force is, of course of a varying character. To Hobbes and Austin it was the power behind the rules, the coercitive sanctions which could, in the last resort, be brought into operation against those who infringed it (...) Law, on this view, was completely separated from justice on the ground that this latter concept introduces non-juristic postulates foreign to the nature of law (...) I believe also that its substance is an exercise in logic and not in life. For we know in fact that the law of any given society is the expression of the push of social forces in that society; and we cannot explain its substance or its operation without regard to those forces.* », W. Robson, *Justice and Administrative Law*, XXX, p. xxix, « *The most fertile field of investigation in the social sciences appears to be presented by the ground which lies between law, economics, political science and psychology, a territory so far has been almost unexplored. In the present work, which deals primarily with Constitutional Law, it has been found necessary to make considerable excursions into the realms of psychology and political science. The judicial process cannot be understood merely by reference to judicial institutions* », C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, op. cit., p. 32, « *Writing at the London School of Economics in the interwar period, and conscious of the close relationship between law, politics and social policy, Laski, Robson and Jennings were able to draw inspiration from abroad* ».

droit public »¹⁵⁴¹. Pour ce faire, et au contraire de la classification construite par les professeurs Carol Harlow et Richard Rawlings, le professeur Martin Loughlin adopte une démarche déductive et se propose de construire et raisonner autour de deux idéaux types¹⁵⁴² dont les principales caractéristiques lui semblent permettre de rendre compte des différents « programmes doctrinaux » qui ont marqué et marquent encore l'organisation du paysage doctrinal britannique.

545. Ces deux idéaux types, le « normativisme » d'une part et le « fonctionnalisme » d'autre part, se distinguent non pas par leur définition de l'objet « droit public », mais par le cadre conceptuel et méthodologique qui précède et conditionne cette même définition de l'objet d'étude. Le désaccord autour de la définition de l'objet « droit public » n'est ainsi « pas explicable au regard de la qualité des arguments apportés dans un cadre d'étude neutre et définitif du sujet. Ces désaccords sont enracinés dans différentes conceptions de la nature du sujet. » Or, « ces différences doivent être comprises au regard de la culture et des valeurs qui structurent ces différents courants »¹⁵⁴³. L'analyse de l'écart entre les deux définitions du « droit public » posées par le modèle orthodoxe et la tradition contestataire n'est pas suffisant en lui-même. Pour Martin Loughlin, la connaissance de ces deux types ou « styles »¹⁵⁴⁴ de discours doctrinaux appelle à aller plus loin et dévoiler quels ensembles de croyances et de représentations articulent et structurent ces définitions au-delà d'une simple description de l'objet. Le professeur Martin Loughlin invite ainsi à partir à la recherche des traces qui hantent et préconditionnent ces deux catégories de discours sur le droit public britannique¹⁵⁴⁵ afin de comprendre et d'exposer la nature réelle de ce dualisme doctrinal. En d'autres termes, il s'agit ici, de nouveau, de partir au-delà de la seule fonction scientifique des modèles étudiés afin d'y exposer ce qui en préconditionne l'univers discursif. En faisant ce travail d'excavation au cœur du discours, le professeur M. Loughlin offre la possibilité de découvrir le marqueur au cœur de la tradition contestataire du droit public britannique qui permet, au-delà du seul champ du droit administratif, de saisir et de comprendre toute la richesse de l'identité de cette catégorie spécifique de discours sur le droit public britannique.

¹⁵⁴¹ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, pp.58-59

¹⁵⁴² M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁴³ *Idem.*

¹⁵⁴⁴ M. Loughlin, «The Functionalist Style in Public Law», *op. cit.*; M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 58, «My argument here is that there exist two basic 'styles' of thinking about public law matters».

¹⁵⁴⁵ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, pp. 209-247, p. 232.

B. La défense d'une approche sociale du droit public britannique, marqueur principal de l'identité de la tradition contestataire.

546. La théorie politique comme facteur d'identification de l'approche fonctionnaliste du droit public britannique. Le professeur Martin Loughlin commence sa démarche d'identification de la nature des discours contestataires sur le droit public britannique en posant la définition de ses deux idéaux types : le normativisme et le fonctionnalisme. Il retient pour identifier les auteurs rattachés au « normativisme » les critères suivants : « la croyance en une séparation des pouvoirs idéale »¹⁵⁴⁶, l'encadrement de l'Exécutif par le droit¹⁵⁴⁷, l'autonomie du droit¹⁵⁴⁸, la croyance en l'existence de droits avant l'existence de l'État¹⁵⁴⁹, la définition de la liberté comme absence de contrainte¹⁵⁵⁰, l'approche individualiste du rapport entre l'État et les citoyens¹⁵⁵¹. *A contrario*, le « fonctionnalisme » se caractériserait par une compréhension du droit focalisée sur « les fonctions régulatrices et facilitatrices du droit »¹⁵⁵², cette approche est alors tournée vers « les buts et objectifs et adopte une approche instrumentale des politiques sociales »¹⁵⁵³, en d'autres termes « le fonctionnalisme reflète un idéal d'évolutions progressistes »¹⁵⁵⁴. Dans ce contexte, les droits sont perçus par les fonctionnalistes comme émanant de l'État, la liberté comme la possibilité réelle de réaliser quelque chose où la relation entre l'État et la société se construit au niveau du groupe tout entier et non du seul individu¹⁵⁵⁵.

547. Si jusqu'ici la ligne de démarcation proposée par cette nouvelle cartographie doctrinale semble suivre celle tracée par la distinction entre *Red* et *Green light theorists* présentée par les professeurs C. Harlow et R. Rawlings, M. Loughlin ne se contente pas de constater un désaccord autour de la notion d'État administratif. De manière plus profonde, il relève que « le style fonctionnaliste en droit public (...) est né du constat que bien que les principes du libéralisme classique ne constituent plus l'idéologie officielle de l'État au vingtième-siècle, ses préceptes demeurent au cœur de la pensée du droit public. Le fonctionnalisme se présente donc comme un mouvement de modernisation, trouvant son origine dans une tentative de

¹⁵⁴⁶ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 58, p. 60

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ *Idem*

¹⁵⁴⁹ *Idem*

¹⁵⁵⁰ *Idem.*

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 61

¹⁵⁵² *Idem.*

¹⁵⁵³ *Idem.*

¹⁵⁵⁴ *Idem.*, p. 60.

¹⁵⁵⁵ *Idem.*, p. 61.

rapprocher la pensée juridique de l'idéologie dominante »¹⁵⁵⁶. Cette volonté de « moderniser » la pensée juridique suppose dès lors de lutter contre le libéralisme classique et le conservatisme diceyen qui composent la fonction idéologique du modèle orthodoxe du droit public britannique¹⁵⁵⁷. Or, pour ce faire, il revient en amont aux auteurs rattachés au fonctionnalisme britannique de réintégrer toute la dimension idéologique et politique de la pensée diceyenne dans la présentation du modèle orthodoxe. Cela est chose faite lorsque, par exemple, Ivor Jennings souligne que « Dicey a vécu jusqu'à sa mort en tant que Whig, et [qu']il était bien plus concerné par les relations constitutionnelles entre la Grande-Bretagne et l'Irlande que par les relations entre la pauvreté et la maladie, d'un côté, et le nouveau système industriel, de l'autre »¹⁵⁵⁸. Depuis cette perspective le fonctionnalisme peut être compris comme porteur d'une « dimension politique et critique »¹⁵⁵⁹.

548. En effet, et comme relevé par le professeur Aurélie Duffy-Meunier, « la bataille que ces publicistes conduisent contre Dicey traduit une guerre des idées politiques au moment du basculement d'une nouvelle aire politique et sociale »¹⁵⁶⁰. Ce basculement compose la toile de fond d'une remise en cause du positivisme juridique qui n'est cependant pas propre au seul droit britannique. Si Martin Loughlin relève que les effets de la Révolution industrielle ont amené « la nécessité de penser sous une lumière renouvelée le lien entre l'État et la société »¹⁵⁶¹, ce débat qui apparaît à la fin de la période victorienne et au début de la période édouardienne, se dessine en miroir de « l'émergence du solidarisme en France, de la démocratie sociale en Allemagne, et de la doctrine démocrate du 'new freedom' de Woodrow Wilson aux États-Unis »¹⁵⁶². La modernisation des fondements politiques du droit public britannique tel que proposé par les fonctionnalistes s'intègre ainsi dans le « moment 1900 » où le « positivisme juridique traditionnel est mis en crise et la contestation de ses attendus comme de ses conséquences vise, de façon quasi unanime, l'aveuglement de ses méthodes et donc de ses productions, essentiellement jurisprudentielles, face aux réalités sociales »¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁶ M. Loughlin, «The Functionalist Style in Public Law», *The University of Toronto Law Journal*, vol. 55, n°3, 2005, pp. 361-403, p. 366.

¹⁵⁵⁷ En ce sens, voir, *supra*, par. 307 et suiv.

¹⁵⁵⁸ I. Jennings, *The law and the constitution*, Londres, University of London Press, 1955, p. 294, cite par A. Duffy-Meunier, « Un programme de la London School of Economics: la critique du droit constitutionnel de Dicey », in. O. Jouanjan, E. Zoller (dir.), *Le «moment 1900». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assa, colloque, 2015, pp. 151-194, p. 156.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ M. Loughlin «The Functionalist style in Public law», *op. cit.*, p. 361.

¹⁵⁶² *Ibid.*, p. 361-362.

¹⁵⁶³ O. Jouanjan, « Avant propos. Le souci du social : le 'moment 1900' de la doctrine et de la pratique juridiques », in. O. Jouanjan, E. Zoller (dir.), *Le «moment 1900 » (...)*, *op. cit.*, pp.13-19, p. 13.

Loin d'être un phénomène isolé, mais touchant tout au contraire la majorité des grands systèmes juridiques occidentaux¹⁵⁶⁴, ce mouvement apparaît comme « un moment rare dans l'histoire du droit de sursaut théorico-pratique contre une pratique aveugle à ses propres présupposés les plus profonds. Il en résulta une vivacité et même une certaine brutalité dans les débats qui eut l'immense mérite de réveiller la doctrine et la pratique juridiques de leur 'sommeil dogmatique' »¹⁵⁶⁵.

549. Ainsi, si l'opposition de nature entre les deux « idéaux types » de la doctrine publiciste britannique doit être comprise comme le reflet d'une opposition similaire dans le champ de la théorie politique entre deux approches de la relation entre État et société, elle doit aussi être comprise comme le fruit d'un contexte bien spécifique. Néanmoins, la compréhension de ce qui nourrit et creuse la rupture entre ces deux types de discours sur le droit, suppose au-delà du constat d'une rupture dans le champ de la théorie politique d'aller en étudier les profondeurs. C'est, en effet, en observant la source de cette fracture et en suivant la faille creusée entre approches individualiste et collective de la société au début du XX^e siècle, que peut être observé le pluralisme des approches sociales comprise dans la tradition contestataire du droit public britannique.

550. Le pluralisme des approches sociales proposées par les auteurs fonctionnalistes. Si l'approche individualiste trouve son expression la plus sûre dans le libéralisme classique sur lequel A. V. Dicey a pu construire sa représentation du droit public britannique¹⁵⁶⁶, l'approche sociale observée par M. Loughlin comme au cœur de la doctrine fonctionnaliste du droit public britannique ne peut être regardée comme aussi homogène. À ce titre Martin Loughlin relève que « certains peuvent affirmer que le style fonctionnaliste a une certaine affinité avec la théorie politique socialiste. Cette affirmation doit être nuancée, pour la simple raison qu'il n'existe pas une seule théorie du socialisme à laquelle les principaux adhérents du courant fonctionnalistes semblent adhérer »¹⁵⁶⁷. En effet, et si le lieu de gestation et de naissance de la pensée fonctionnaliste, la *London School of Economics*, fondée par les époux Webb¹⁵⁶⁸, membres éminents de la *Fabian Society*, affirme et revendique son lien avec une certaine

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 18

¹⁵⁶⁶ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 63, «The foundations of the normativist style in public law are to be found in the political ideologies of conservatism and liberalism», voir, *supra*, par. 307 et suiv.

¹⁵⁶⁷ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 105

¹⁵⁶⁸ Marie Scot, *La London School of Economics and Political Science. 1895-210*, Paris, PUF, Le noeud gordien, 2011, p. 1.

pensée socialiste, l'écart entre la position politique et militante d'Harold Laski et celle plus nuancée d'Ivor Jennings, offrent un premier exemple de l'hétérogénéité des fondements politiques et théoriques au cœur des discours fonctionnalistes sur le droit public britannique. En effets, au moins deux fondements théoriques principaux, mais distincts émergent pour le fonctionnalisme et se voient identifier par le professeur Loughlin comme étant d'une part le fabianisme et d'autre part le « *New liberalism* ». ¹⁵⁶⁹

551. Le premier de ces courants politiques, s'il est socialiste par nature et recherche à travers le développement de la démocratie britannique une transition économique du capitalisme vers le collectivisme¹⁵⁷⁰, ne reconnaît pas l'établissement de ce dernier par une rupture, un mouvement révolutionnaire, mais recherche au contraire « une transition graduelle et constitutionnelle vers le socialisme »¹⁵⁷¹. Influencés par le positivisme sociologique français¹⁵⁷², les travaux de Léon Duguit¹⁵⁷³, les auteurs souscrivant au cadre politique construit par la doctrine de la société Fabienne, associent une approche scientifique, positiviste, empirique et la défense d'un principe de solidarité sociale¹⁵⁷⁴. Le second mouvement politique identifié par M. Loughlin s'apparente davantage à une évolution de la pensée libérale, une tendance progressiste qui fait suite au libéralisme conservateur qui a marqué l'époque victorienne¹⁵⁷⁵. Le professeur Loughlin relève en ce sens et à propos de ce libéralisme classique que « bien que son influence sur la pensée britannique du dix-neuvième siècle ait été immense, à la fin du siècle son autorité avait diminué et ce type de pensée libérale était en train d'être éclipsée par ce qui est communément appelé le '*New liberalism*' »¹⁵⁷⁶. Ce « *New liberalism* » construit un nouveau rapport entre l'État et les citoyens qui se caractérise par « son opposition à l'atomisme social porté par le libéralisme classique »¹⁵⁷⁷. Pour ce faire, le « *New liberalism* » propose une conception positive de la liberté, pensée comme une capacité de faire pour l'individu, avec le soutien de l'État et par laquelle ce dernier trouve les moyens de se réaliser. « La liberté ne doit pas être vue comme l'absence de contrainte, mais comme la responsabilisation et l'autonomisation de tous les membres de la société afin de leur

¹⁵⁶⁹ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, op. cit., p. 119, «This dimension of progressive thought was well brought out by the school of 'New Liberalism' (...)».

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 116.

¹⁵⁷¹ *Idem.*

¹⁵⁷² *Idem.*, pp. 112-113.

¹⁵⁷³ *Idem.*, pp. 110-111.

¹⁵⁷⁴ *Idem.*, p. 117.

¹⁵⁷⁵ *Idem.*, p. 119.

¹⁵⁷⁶ M. Loughlin, « The Functionalist style in Public law », op. cit., p. 362

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

permettre de réaliser le meilleur d'eux-mêmes »¹⁵⁷⁸. Face à cette conception des libertés, la fonction du droit « est de fournir les conditions du développement de nos capacités et pouvoirs pour la réalisation de la finalité morale qui est l'autoréalisation de soi. Et la capacité des institutions d'atteindre cette fin est le critère de leur développement et progrès moral »¹⁵⁷⁹.

552. Ces deux approches politiques trouvent une première traduction dans le cadre méthodologique dans lequel s'inscrivent les « programmes doctrinaux » portés par les auteurs fonctionnalistes. La théorie Fabienne offre ainsi en héritage aux discours du fonctionnalisme britannique une approche empirique et rationaliste¹⁵⁸⁰ et une ouverture disciplinaire, notamment vers la sociologie¹⁵⁸¹. Le « *New liberalism* » quant à lui, parce qu'il est une théorie morale des libertés¹⁵⁸², oriente la dimension prescriptive¹⁵⁸³ du fonctionnalisme vers la recherche d'une émancipation des citoyens par et avec l'État. Au regard et en fonction du degré d'adéquation des auteurs fonctionnalistes avec l'une ou l'autre de ces deux théories politiques et les multiples nuances que ces dernières contiennent, les constructions doctrinales pour le droit public britannique appuyées sur ces cadres théoriques et politiques apparaissent davantage comme s'échelonnant dans un nuancier complexe qu'emportant l'homogénéité de celles reposant sur le libéralisme classique. Il semble ainsi, au regard de la cartographie proposée par Martin Loughlin et contrairement à celle dressée par C. Harlow et R. Rawlings, impossible d'adopter une vision unitaire du fonctionnalisme. De même et au risque de rappeler de nouveau les biais d'analyse que peut apporter le principe « d'auteur », il convient de relever à la suite d'Adam Tomkins¹⁵⁸⁴, qu'y compris au sein de la production d'un même auteur reconnu comme fonctionnaliste, l'unité de la méthode fonctionnaliste peut être discutée. En effet, son investissement dans le projet politique et méthodologique fonctionnaliste peut varier. Aussi, pourra-t-il être souligné que « dans la plupart (mais pas tous) ses travaux, Jennings était en effet un fonctionnaliste, mais son fonctionnalisme n'était pas le trait principal

¹⁵⁷⁸ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 122.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 117.

¹⁵⁸¹ A. Duffy-Meunier, « Un programme de la London School of Economics: la critique du droit constitutionnel de Dicey », *op. cit.*, p. 156.

¹⁵⁸² M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁵⁸³ M. Loughlin, « The Functionalist Style in Public Law », *op. cit.*, p. 363, « *it was therefore a practical, reformist approach, offering solutions to a variety of legal challenges facing modern government and spanning the range of institutional reforms to alternative mode of interpretation and methods of legal reasoning. This practical program of law reform was directly tied to a broader political movement encompassed under the broad heads of new liberalism, social democracy, progressivism, or democratic socialism* ».

¹⁵⁸⁴ A. Tomkins, « Talking in Fictions': Jennings on Parliament », *Modern Law Review*, vol 64, n°5, 2004, pp. 772-786.

de sa méthode de droit public. Son intérêt pour les institutions était plus important pour Jennings que son style fonctionnaliste (...) »¹⁵⁸⁵.

553. Le facteur social comme principe de cohésion des approches fonctionnalistes du droit public britannique. Pour autant, et malgré ces variations entre auteurs et au sein même de l'œuvre d'un même auteur, un dénominateur commun à l'ensemble des écrits dits fonctionnaliste semble se dégager. Ainsi, il convient de relever que « d'une certaine manière, les opinions de Laski sur les thématiques constitutionnelles se rapprochent beaucoup de celles de Jennings, mais les positions de Laski étaient fondées sur une adhésion à la théorie marxiste que n'a jamais partagée Jennings »¹⁵⁸⁶. Si des tensions peuvent apparaître entre les différents fondements politiques de la tradition contestataire du droit public britannique¹⁵⁸⁷, ces tensions doivent « être comprises comme des variations au cœur du style fonctionnaliste de la pensée sur le droit public »¹⁵⁸⁸. Malgré sa nature « complexe et ambiguë »¹⁵⁸⁹, le fonctionnalisme et derrière lui la tradition contestataire du droit public britannique se caractérise non par son adhésion à un même cadre théorique ou méthodologique, mais par un consensus autour d'une certaine appréhension du droit à la fois fondée sur une « ontologie sociale et collective »¹⁵⁹⁰, mais aussi sur la conviction que le discours sur le droit « est moins concerné par ce qu'est le droit que parce ce que le droit fait »¹⁵⁹¹. En d'autres termes, le droit est perçu « comme un instrument au 'service d'un projet politique' qui vise une transformation de la société. Critique politique et sociale sont donc intimement liées »¹⁵⁹². Or, cette perspective sur le droit public britannique apparaît comme relativement localisée et ancrée dans une unité de lieu, celle de la *London School of Economics*.

554. La reconnaissance d'un tel consensus doctrinal sur la nature du droit et le constat d'une localisation spécifique des auteurs fonctionnalistes au sein de la *LSE* interrogent soudainement sur le degré de structuration de ce mouvement. En effet, et parce que les critères soulignés semblent rappeler ceux généralement retenus pour parler d'une « école doctrinale » en droit français, pourrait-il être envisagé d'employer un tel qualificatif pour désigner la doctrine

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 772

¹⁵⁸⁶ A. W. Bradley, « Sir William Ivor Jennings: A Centennial Paper », *Modern Law Review*, vol 67, n° 5, pp. 716-733, p. 724.

¹⁵⁸⁷ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 134

¹⁵⁸⁸ *Idem.*

¹⁵⁸⁹ M. Loughlin, « The functionalist style in Public Law », *op. cit.*, p. 363

¹⁵⁹⁰ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p 105

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 135

¹⁵⁹² A. Duffy-Meunier, « Un programme de la London School of Economics (...) », *op. cit.*, p. 156.

fonctionnaliste du droit public britannique ? La définition de cette notion oscille entre la combinaison de deux à trois critères. Parmi les définitions ne retenant que deux critères, celle posée par le professeur J. Chevallier se concentre autour des éléments suivants : l'existence d'une « école doctrinale » reposerait sur l'identification d'un maître, d'une part, et la présence d'une filiation doctrinale claire, d'autre part, entre ce maître et des disciples. Ainsi, l'école doctrinale se caractériserait par l'existence d'une doctrine individuelle dont le programme doctrinal aurait agrégé autour de lui un consensus suffisant pour se voir reproduit et socialisé auprès d'autres auteurs individuels placés dans un rapport de filiation avec la première doctrine. L'intensité de ce lien de filiation n'est néanmoins pas uniforme et peut rendre son observation peu aisée.

555. Effectivement, s'il vient à s'exprimer, notamment, par l'adoption d'une certaine épistémologie et la reprise de concepts de la doctrine qui fait autorité, son possible affaiblissement au fil de l'évolution doctrinale de chacun des auteurs et les variations dans son expression peuvent rendre complexe l'identification de disciples pour une doctrine individuelle. Pour tenter de pallier ces difficultés d'identification, les deux premiers critères se voient parfois complétés par un troisième. Certains auteurs, ajoutent ainsi aux deux premiers critères celui de la localisation de l'école, cette dernière serait en effet propre à une certaine structure localisée en un lieu spécifique, une faculté précise, mais ce critère ne semble pas suffisant, la circulation des doctrines et des idées n'interdisant pas l'existence de disciples pour un auteur au-delà de sa propre faculté. Il conviendra ainsi de souligner que si les écoles peuvent être désignées par leur localisation, elles le sont aussi au regard des théories qu'elles se proposent de développer et le critère de la localisation de l'école ne semble ainsi pas devoir représenter un critère consensuel pour la définition d'une école. Ainsi et plus que le critère de la localisation, le troisième critère qui semble pouvoir être retenu est celui de la reconnaissance. Proposé notamment par le Professeur M. Touzeil-Divina¹⁵⁹³, ce dernier critère peut être compris comme ayant une dimension interne et une dimension externe. La dimension interne de la reconnaissance tend à désigner la reconnaissance par les membres de l'école doctrinale de leur propre appartenance à cette dernière là où la reconnaissance externe viserait au contraire la reconnaissance par le reste de la communauté des juristes à la fois de l'existence d'un groupe d'auteurs structurés autour d'un maître, mais aussi l'appartenance d'un auteur particulier à ce groupe d'auteurs structuré en école. La notion d'école doctrinale désignerait ainsi l'existence d'une doctrine individuelle ayant agrégé un consensus suffisant

¹⁵⁹³ M. Touzeil-Divina, « École (de droit) », in., *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, 2017, p. 156.

autour de son programme doctrinal de telle sorte que d'autres auteurs se reconnaissent comme disciples de cette doctrine individuelle et qu'au-delà même de ce cercle, les autres acteurs du système juridique reconnaissent ce groupe d'auteurs comme faisant école.

556. Face à ces critères cumulatifs, le cas des discours fonctionnalistes apparaît déjà comme pouvant de prime abord satisfaire plusieurs de ces critères. La reconnaissance de ce groupe doctrinal semble acquise, tout comme sa localisation, l'existence d'une filiation entre ses différents membres, pourrait être établie entre le professeur Harold Laski et les professeurs Ivor Jennings ou William Robson, voire Martin Loughlin lui-même. Pour autant, si le professeur Martin Loughlin a recours en introduction à son article « *The Functionalist Style in Public Law* »¹⁵⁹⁴ à la notion d'« école de pensée », cette dernière n'est utilisée que dans une dimension négative. Son emploi permet en effet de marquer ce que la doctrine fonctionnaliste du droit public britannique n'est pas, M. Loughlin préférant la qualifier de « style » plutôt que d'« école ». L'auteur relève en ce sens que le « style fonctionnaliste » se caractérise par l'existence d'un groupe d'auteurs hétérogène partageant néanmoins et malgré certaines divergences internes un ensemble de principes devant guider la construction des projets doctrinaux des auteurs rattachés à ce groupe. Ces principes sont identifiés par opposition à ceux partagés par les auteurs se rattachant au modèle orthodoxe du droit public britannique. Ce dernier groupe d'auteur semble quant à lui se caractériser par son caractère homogène. Pourtant, si M. Loughlin refuse la dénomination d'« école » aux fonctionnalistes à raison du caractère hétérogène du groupe, il n'utilise pas pour autant la notion d'« école » de manière positive pour désigner les auteurs orthodoxes. Ainsi, s'il existe un facteur de cohésion entre les auteurs fonctionnalistes ce dernier ne semble pas suffisant pour leur reconnaître la possibilité de faire « école ».

557. La présentation succincte de ces deux cartographies, représentations du dualisme de la doctrine britannique, a permis d'identifier les caractéristiques principales de la tradition contestataire du droit public britannique et de ses oppositions avec le programme doctrinal majoritaire qui a porté le modèle orthodoxe. Il convient à présent de s'interroger sur le caractère minoritaire de ce courant doctrinal qui tout en se caractérisant par sa lecture sociale et son approche fonctionnaliste du droit public britannique n'a semble-t-il pas trouvé les moyens de s'imposer comme programme doctrinal majoritaire face au modèle orthodoxe.

¹⁵⁹⁴ M. Loughlin, « The Functionalist style in public law », *University of Toronto Law Journal*, Vol 55, n°3, 2005, pp. 361-404, p. 363.

§2. *Les programmes doctrinaux fonctionnalistes, une tradition doctrinale minoritaire dans le paysage publiciste britannique*

558. Les deux cartographies doctrinales présentées ont mis en lumière une fracture dans la pensée sur le droit constitutionnel et le droit administratif. Cette rupture doctrinale se manifeste à la fois au niveau de la construction de l'objet « droit public », mais aussi de la méthodologie adoptée par les programmes doctrinaux s'intégrant dans la « tradition contestataire » du droit public. Or, l'émergence de la tradition contestataire du droit public britannique et la rupture conceptuelle qu'elle consacre s'inscrit dans un double contexte. Elle est d'abord le fait d'une évolution du droit positif, mais aussi d'une évolution interne au paysage doctrinal.

559. Dans le champ du droit positif, la dynamique amorcée pendant la seconde moitié du XIX^e siècle et confirmée dans la première moitié du XX^e de construction et de renforcement de l'Etat administratif tend à fragiliser la légitimité scientifique du modèle orthodoxe face à des discours doctrinaux fonctionnalistes qui semblent tout au contraire capable de prendre en charge et d'intégrer à leurs systèmes d'explication les évolutions du droit positif (A). Pour autant, et malgré ce contexte d'intenses évolutions, aucun des programmes doctrinaux portés par la tradition contestataire n'a trouvé les ressources suffisantes pour mettre à mal le consensus établi autour du modèle orthodoxe. Ce fait, qui place la tradition contestataire du droit public dans une position minoritaire face au programme doctrinal majoritaire, semble devoir être expliqué non pas au regard des qualités scientifiques des programmes doctrinaux fonctionnalistes, mais au regard des autres fonctions portées par les représentations doctrinales et déjà mises en lumière dans la première partie de ce travail de recherche (B).

A. Une représentation pertinente des évolutions du droit public pendant la première moitié du XX^e siècle.

560. **L'émergence de nouveaux objets de droit public au début du XX^e siècle.** Dans le champ du droit positif, les années vingt voient l'objet principal du discours du droit public se déplacer. Il ne réside plus tant dans le processus de démocratisation du Parlement et son articulation avec la *common law*, comme l'avait défini A. V. Dicey dans *The Law of the Constitution*, que dans « les questions soulevées par le développement des pouvoirs législatifs

et juridictionnels de l'Exécutif »¹⁵⁹⁵. En effet, et comme relevé par le professeur John McEldowney : « la période faisant suite à la Première Guerre mondiale a été témoin d'un développement immense à la fois de l'administration centrale, mais aussi des administrations locales, poursuivant un mouvement continu depuis le dix-neuvième siècle. »¹⁵⁹⁶.

561. Le Royaume-Uni, relève le professeur Paul Craig, a « toujours eu un système d'institutions administratives brouillon » où « les organes étaient créés pour régler des problèmes lorsque ces derniers apparaissaient et avec peu d'attention pour une organisation rationnelle du pouvoir de décision »¹⁵⁹⁷. Créés principalement par le Parlement¹⁵⁹⁸, ces « autorités administratives » devaient prendre en charge des problématiques précises, comme la question de la régulation du travail ouvrier¹⁵⁹⁹ ou celui de la salubrité publique¹⁶⁰⁰, sans que ne soit adoptée une structure cohérente entre elles. Dans ce contexte, le droit administratif a pu être regardé comme s'étant « développé sur une base pragmatique et sporadique »¹⁶⁰¹. Cependant, la construction même de ce maillage d'organes administratifs d'origine législative a conduit, de manière incrémentale, à la constitution d'un système d'Administration centrale moderne. Le développement des « *boards* » et leur réintégration dans un système centralisé en est la parfaite illustration.

562. En effet, « le principe d'un gouvernement ministériel n'était pas la procédure standard durant le XIX^e siècle, ou du moins pas dans sa première moitié. La forme d'administration la plus commune aux XVIII^e et XIX^e siècles était le *board system* »¹⁶⁰². Les pouvoirs et la structure de chacun de ces organes administratifs étaient variables, dépendant du domaine et du périmètre de leur mission¹⁶⁰³. Partie intégrante de la « machinerie gouvernementale »¹⁶⁰⁴, l'intérêt principal de cette structure administrative était, contrairement au système ministériel, de ne pas être soumis aux aléas politiques et d'ainsi connaître une plus grande stabilité¹⁶⁰⁵. Néanmoins, et malgré leur origine législative, le Parlement a rapidement souhaité pouvoir exercer un contrôle sur ces structures administratives. Ce contrôle compris en termes d'une

¹⁵⁹⁵ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁵⁹⁶ J. McEldowney, *Public Law*, *op. cit.*, p. 238.

¹⁵⁹⁷ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, par. 2-002.

¹⁵⁹⁸ J. McEldowney, *Public law*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁹⁹ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, par. 2-002, « *Despite this opposition there was a considerable expansion in the functions performed by central government between 1830– 1850. There was increased central regulation in four main areas: factories, the Poor Law, railways and public health* ».

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ J. McEldowney, *Public law*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁰² P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, par. 2-003.

¹⁶⁰³ *Ibid.*

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

responsabilité politique propre au système ministériel a conduit les *boards* à voir leur structure être transformée en ministère ou à se voir assigner un ministère de tutelle, ce dernier portant la responsabilité des actions des *boards*¹⁶⁰⁶. « Le paradigme du ministère moderne a évolué graduellement : un ministre dirigeant un département et responsable devant le Parlement. Le corollaire était l'anonymat du civil service qui ne s'est réellement développé qu'à la moitié du XIXe siècle »¹⁶⁰⁷.

563. Cette première dynamique du droit administratif britannique est complétée au début du XX^e siècle par un second mouvement. En 1906, la victoire des libéraux aux élections législatives ouvre une nouvelle période pour le droit public marqué par la construction de l'État providence et d'une administration permettant la réalisation de ce dernier. L'adoption grâce aux efforts conjoints de Lloyd George et Winston Churchill du *Children's Act* et la création d'une pension de retraite en 1908, puis l'adoption du *National Insurance Act* en 1911, supposent pour leur mise en application, la constitution d'une administration¹⁶⁰⁸. Face à ce développement important de l'appareil administratif et le risque de contentieux, le système de recours administratif précontentieux des *Tribunals* va être renforcé. En effet, « une variété de mécanismes a été établi, l'idée constante étant que les cours ordinaires devaient être gardées à l'écart pour des raisons diverses. Le coût du recours aux cours ordinaires aurait été souvent disproportionné par rapport aux sommes en jeu et le nombre de recours potentiels les aurait engorgées. Il y avait aussi le sentiment que les cours ordinaires ne représentaient pas la solution appropriée »¹⁶⁰⁹.

564. Ces évolutions, amorcées dès la seconde moitié du XIX^e siècle et les adaptations du système de *Whitehall* durant le XX^e siècle aux évolutions sociales résultant de la Révolution industrielle¹⁶¹⁰, est saluée en 1947 par le professeur Robson comme « l'un des développements les plus marquants de la Constitution britannique durant ces cinquante dernières années »¹⁶¹¹. Pourtant, cette même évolution attire d'abord un mouvement de

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*

¹⁶¹⁰ P. Craig, *Administrative Law, op. cit.*, par. 2-003, « Despite this opposition there was a considerable expansion in the functions performed by central government between 1830– 1850. There was increased central regulation in four main areas: factories, the Poor Law, railways and public health. 5 The advocates of these reforms had different objectives, but the reforms were all the result of growing industrialisation in the 19th century. It gave rise to forms of administrative control, and debates over the appropriateness of public institutions, which are still very much current today » ; A.W. Bradley, K. D. Ewing, C. J. S. Knight, *Constitutional and Administrative Law, op. cit.*, p. 615; C. Harlow, R. Rawlings, W. Robson, *Justice and Administration — A study of the British Constitution*, Londres, Stevens and Sons, 2nd ed., 1947, pp. 427-428.

¹⁶¹¹ W. Robson, *Justice and Administrative Law — A study of the British Constitution*, Londres, Stevens and Sons, 2nd ed., 1947, p. xxviii.

méfiance et une critique acerbe de la part des juristes britanniques, que ces derniers soient praticiens ou académiques, ayant été formés dans le modèle diceyen du droit public britannique.

565. Les difficultés du modèle orthodoxe face à la nouvelle réalité du droit public dans les années 20. Il faut en effet rappeler que face au modèle constitutionnel proposé par A. V. Dicey et repris par le modèle orthodoxe, l'existence même d'un tel ensemble normatif s'oppose à la définition du principe du *Rule of Law*. Or, et comme « les 'faits' juridiques appréhendés par la doctrine sont largement informés par les catégories et les théories dont elle use »¹⁶¹², le programme doctrinal majoritaire va chercher à réduire la tension entre le modèle orthodoxe et la réalité de cette évolution du droit positif, afin de se soustraire à un principe de falsification scientifique qui viendrait remettre en cause le monopole exercé par ce même programme doctrinal au cœur du paysage doctrinal britannique.

566. À cette fin, et comme le souligne le professeur Baumert, les programmes doctrinaux semblent pouvoir adopter deux stratégies de résistance. La première stratégie consiste à réinterpréter l'expérience empirique afin de préserver le « noyau dur »¹⁶¹³ du modèle théorique du risque d'une falsification face à l'épreuve de la réalité du droit positif¹⁶¹⁴. La deuxième stratégie vise cette fois à élaborer des « hypothèses auxiliaires »¹⁶¹⁵ au sein du modèle préexistant de manière à faire coïncider les nouveaux développements théoriques du modèle avec l'évolution du droit positif¹⁶¹⁶. Face à l'évolution marquée du droit positif britannique et la multiplication des ensembles normatifs se rattachant à une matière administrative, le modèle orthodoxe va avoir recours à ces deux stratégies de résistance.

567. Le modèle orthodoxe et le programme doctrinal majoritaire qui le produit, proposent en

¹⁶¹² R. Baumert, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 216.

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 213, « L'heuristique négative résulterait d'un choix méthodologique. Ce choix, opéré par le chercheur, consiste à isoler un « noyau dur » d'hypothèses et de théories qui ne doivent jamais être rejetées ou modifiées. Cela signifie que, « par décision méthodologique », ce noyau dur ne sera pas considéré comme falsifié, même si une expérience empirique semble le remettre en question ».

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 215, « En d'autres termes, l'expérience empirique est réinterprétée et le noyau dur de la théorie est ainsi préservé de la falsification ».

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 213, « Cela signifie que, « par décision méthodologique », ce noyau dur ne sera pas considéré comme falsifié, même si une expérience empirique semble le remettre en question. Confrontés à une telle expérience, les partisans du programme supposeront plutôt qu'il faut élaborer des « hypothèses auxiliaires » rendant compte de l'apparente falsification empirique. Autrement dit, et toujours par choix, ils supposeront que c'est dans les conditions de l'expérience ou dans la théorie qui informe cette expérience qu'il faut chercher la cause de l'anomalie ».

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 213-214, « Ainsi se forme peu à peu, autour du noyau dur, une sorte de « glacis protecteur » fait « d'hypothèses "d'observation" auxiliaires et de conditions initiales ». Schématiquement, l'heuristique négative, consiste à accepter la modification progressive du glacis protecteur afin de protéger le noyau dur. Le programme progressera en préservant son noyau dur, tandis que ce glacis protecteur se modifiera au fur et à mesure ».

premier lieu une réinterprétation de la réalité empirique afin de faire entrer cette dernière dans la structure duale de leur représentation du droit public britannique. Il s'agit en d'autres termes pour le modèle de sauvegarder à la fois la souveraineté du Parlement, mais aussi et surtout le principe du *Rule of Law* diceyen face aux développements de la matière administrative. Aussi, le voile sur le développement d'un ensemble normatif spécifique à l'action de l'administration est-il maintenu et Lord Hewart « alors *Chief Justice of England*, en s'adressant à l'American Bar Association à Buffalo en septembre 1927 (...) dit que la *common law* 'ne reconnaît aucun droit administratif' »¹⁶¹⁷. De même, Sir John Marriott affirme que « c'est par la suprématie du droit, et du droit 'ordinaire', que le gouvernement de l'Angleterre est le plus clairement différencié de ceux de pays où, comme en France, il existe aux côtés du droit ordinaire un ensemble de règles constituant le droit administratif »¹⁶¹⁸. Cette négation du développement d'un droit administratif au Royaume-Uni ne se limite d'ailleurs pas aux seules compréhensions britanniques et se diffuse outre-Atlantique. Ainsi, William Robson relève qu'y compris aux États-Unis des *scholars* comme le professeur Lowell, enseignant à Harvard, viennent asseoir leur compréhension, peut-être plus empirique du système britannique¹⁶¹⁹, sur le rejet d'un droit administratif britannique. Dès lors, « Le régime parlementaire anglais (...) est un gouvernement du droit par le droit (...) l'une des conséquences est l'absence d'un corpus de droit administratif, avec des principes spécifiques, sanctionnés par des tribunaux spéciaux distincts des cours ordinaires »¹⁶²⁰.

568. La publication en 1929 de l'ouvrage polémique de Lord Hewart, *The New Despotism*¹⁶²¹, semble, néanmoins, pouvoir être regardée comme un infléchissement dans l'utilisation de la première stratégie de résistance du programme doctrinal orthodoxe et annonce une transition entre la première et la seconde de ces stratégies. Lord Hewart, marqué par la crainte de voir le Parlement être dominé par le pouvoir de ce nouvel Exécutif, relève ainsi :

« Il est manifestement aisé de relever un contraste superficiel entre ce qui fut fait ou tenté à l'époque de nos rois les moins sages et ce qui est fait ou tenté aujourd'hui. À

¹⁶¹⁷ W. Robson, *Justice and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶¹⁸ Sir J. A. R. Marriott, *The Mechanism of the Modern State*, Vol. 1, Clarendon Press, 1927 p. 163, cité par W. Robson, *Justice and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶¹⁹ Le professeur Lowell reconnaît le développement des *Boards* qui constituent la première structure du système administratif britannique, mais se refuse à observer pour autant l'existence d'un droit administratif. Voir en ce sens, W. Robson, *Justice and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶²⁰ W. Robson, *Justice and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 29

¹⁶²¹ Lord Hewart of Bury, *The New Despotism*, Londres, Esnest Benn Limited, 1929

cette époque la méthode était de défier le Parlement, et cela n'a pas fonctionné. De nos jours, la méthode est d'amadouer, de contraindre et d'utiliser le Parlement et cela a étrangement réussi. L'ancien despotisme, qui a été vaincu, offrait au Parlement un défi. Le nouveau despotisme, qui n'est pas encore vaincu, donne au Parlement un anesthésique. La stratégie est différente, mais le but est le même. Il s'agit de subordonner le Parlement, d'échapper aux Cours et de rendre la volonté, ou les caprices, de l'Exécutif, libre et suprême »¹⁶²².

569. L'heure n'est plus à la négation du pouvoir normatif de l'Exécutif et de la création d'un droit spécifique à l'action de son administration, mais à la critique de cette réalité. La crainte portée par une partie des auteurs inscrits dans le modèle orthodoxe réside à la fois dans l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif face à un Parlement censé être souverain juridique, mais surtout dans l'absence de contrôle exercé par les Cours de *common law* sur les pouvoirs de ce même Exécutif. En effet, et dans le contexte d'une compréhension du droit public britannique construite et définie depuis la représentation proposée pour le droit positif par le modèle diceyen puis le modèle orthodoxe, seul le contrôle de l'action de l'Exécutif et de son administration par les cours ordinaires pourrait inscrire le développement du pouvoir Exécutif dans le schéma de démocratie britannique auto-correctrice défendue par Dicey. Or, ce contrôle de l'action de l'Exécutif va échapper pour une très large partie aux cours de *common law* au profit de *Tribunals* spécialisés. Si la création de tribunaux spécialisés n'est pas spécifique au dix-neuvième siècle et peut-être observée dès le Moyen-Âge¹⁶²³, la centralité du principe diceyen du *Rule of Law* compris à la fois comme l'application d'un même droit à tous, y compris l'Administration, mais aussi comme l'existence d'un seul système de cours, celui des cours de *common law*, participe à invisibiliser au regard orthodoxe la possibilité même de l'existence et de la construction d'une justice administrative.

570. Ainsi, Dicey affirme-t-il en 1914, en introduction à la huitième édition de *The Law of the Constitution*, que « ce serait une grave erreur si la reconnaissance d'un développement du 'droit officiel' en Angleterre (...) conduisait n'importe quel anglais à supposer qu'il existerait

¹⁶²² *Ibid.*, p. 17

¹⁶²³ A. W. Bradley, K. D. Ewing, C J. S. Knights, *Constitutional Law and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 615, « For many centuries Britain has had specialised courts in addition to the courts of general jurisdiction. Mediaeval merchants had their courts of pie poudre; the tin miners of Devon and Cornwall had their courts of Stannaries. From the early 19th century until they were abolished in 2009, the General Commissioners of Income Tax provided a local court for resolving disputes about the amount of tax that an individual should pay. The growth of the modern state led to the creation of many new procedures for settling the disputes that arose from the impact of public powers and duties on the rights and interests of private persons ».

en Angleterre un réel système de tribunaux administratifs ou un quelconque vrai droit administratif »¹⁶²⁴. S'opère ici un glissement : s'il existe une matière juridique administrative cette dernière n'est pas et ne doit pas être rattachée à un système de cours spécialisées. Ce n'est plus temps l'existence d'un ensemble de normes spécifiques à l'action de l'État qui serait contraire au modèle orthodoxe, mais l'existence de cours en dehors du système des cours de *common law* qui porterait atteinte à la représentation constitutionnelle et administrative du droit britannique. D'un *Rule of Law* entendu comme l'application d'un même droit à tous, État comme citoyens, émergent alors un *Rule of Law* entendu comme la sanction par un même juge du droit, qu'importe la nature ou la spécificité de ce dernier. Cette redéfinition du principe du *Rule of law* matérialise la mise en place par le paradigme doctrinal majoritaire de la seconde stratégie de résistance face au risque de falsification.

571. La tentative pour forcer la réalité empirique à entrer dans le modèle orthodoxe ayant échoué, c'est cette fois le modèle qui va venir s'adapter à la réalité empirique pour éviter sa remise en question scientifique en redéfinissant l'un de ses principes. L'étude des évolutions et redéfinitions des concepts du modèle orthodoxe a déjà permis de souligner que la structure du modèle primait sur la nature de ses concepts. L'apport de l'étude du professeur Renaud Baumert sur les programmes doctrinaux permet ici de préciser davantage ce constat : si seul le noyau dur au cœur des programmes doctrinaux se voit protégé lors de la mise en place de la seconde stratégie de résistance, la redéfinition des concepts utilisés par le programme doctrinal orthodoxe nous démontre que le noyau dur de ce dernier n'est autre que la structure de ce modèle. Or, cette structure exprime non pas un projet scientifique, mais un projet politique : celui de l'établissement et du maintien d'une démocratie libérale et conservatrice. C'est autour de cet enjeu politique et idéologique que se jouent réellement les différentes crises doctrinales du droit public britannique, crises dont l'émergence d'un dualisme doctrinal marqué, mais inégalitaire n'est que le premier mouvement.

572. La pertinence des modèles fonctionnalistes face à ces évolutions. Ce constat est d'autant plus saillant lorsque le regard se tourne vers la qualité scientifique et descriptive des modèles de droit public proposés par le fonctionnalisme britannique. Ces derniers semblent en effet porteurs, en miroir des résistances du programme doctrinal orthodoxe, de véritables « succès » doctrinaux. Ainsi, le développement des *Tribunals*, comme le démontre le professeur William Robson dans son ouvrage *Justice and Administrative Law*¹⁶²⁵, offre à la

¹⁶²⁴ A V. Dicey, cite par W. Robson, *Justice and Administrative Law*, op. cit., p. 28.

¹⁶²⁵ W. Robson, *Justice and Administrative Law*, op. cit.

fois un cadre juridique et des limites établies et sanctionnées à l'action administrative, mais ce dernier reste pour partie ignoré de la doctrine publiciste à la suite des écrits de Dicey¹⁶²⁶. L'activité de ces *Tribunals* ne rentre pas dans le champ de l'objet « droit public » tel que compris et construit par le modèle orthodoxe. Le principe même du *Rule of Law*, tel que défini par Dicey, en posant le principe d'égal traitement des individus et de l'État par les juges de *common law* et le rejet de l'existence de tout corpus normatif dérogatoire au droit commun pour encadrer l'action de l'administration, rend invisible à tout auteur s'intégrant dans le « programme doctrinal » majoritaire et acceptant le modèle orthodoxe, le développement de ces même *Tribunals*.

573. Aussi, William Robson, relève-t-il en 1979 qu'avec *Justice and Administrative Law* que :

« l'objectif principal était de dissiper l'illusion maintenue par tous les juristes, politiciens, agents publics et académiques imminents qui avaient été formés par *The Law of the Constitution* de Dicey à l'idée qu'en Grande-Bretagne il n'y avait pas de droit administratif. Dicey a tracé un contraste absurde entre une France mécontente avec le droit administratif et une Angleterre heureuse sans droit administratif. J'ai essayé d'examiner les fonctions judiciaires des ministres et *tribunals* qu'ils déterminent eux-mêmes, d'analyser les raisons motivant ce mouvement et d'évaluer les avantages et désavantages résultant d'un jugement par Whitehall »¹⁶²⁷.

574. En d'autres termes, William Robson se propose d'intégrer dans le périmètre de l'objet « droit public » un ensemble de mécanismes et de normes rejetés par le modèle orthodoxe, car contraire au principe diceyen du *Rule of Law* et qui ensemble forment la racine du système de droit administratif au Royaume-Uni. Face à la réalité empirique du développement du droit public britannique, W. Robson soumet une nouvelle modélisation du droit constitutionnel britannique intégrant l'étude de la matière administrative et insistant sur les fonctions judiciaires de l'administration¹⁶²⁸.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, p xxviii, « It has received little attention, either from Dicey or his followers, and for the most part has been passed unnoticed saved for word here and there in works devoted to other subjects or a protest directed against some particular example ».

¹⁶²⁷ W. Robson, «Justice and Administrative Law reconsidered», *Current Legal Problems*, 1979, pp. 107-116, p. 107.

¹⁶²⁸ W. Robson, *Justice and Administrative Law*, *op. cit.*

575. En cela il ne fait que suivre les recommandations de Maitland qui, quelques années avant la publication de *The Law of the Constitution*, s'étonnait déjà « que certains théoriciens politiques aient vu leur idéal favori, la séparation complète de l'administration du pouvoir judiciaire être réalisé en Angleterre ; en Angleterre qui de tous les endroits du monde, est celui où les deux ont été depuis longtemps le plus inextricablement mêlés. L'erreur vient d'une analyse superficielle des seules parties visibles de la constitution »¹⁶²⁹. Loin de céder à cette tentation d'une analyse superficielle, W. Robson semble au contraire proposer une analyse en profondeur de la réalité du droit public britannique et devrait dès lors voir sa représentation du droit public britannique connaître, au-delà du succès de sa fonction scientifique, un véritable succès doctrinal en agrégeant autour de lui un consensus suffisant pour remettre en cause le modèle orthodoxe. Pourtant, il n'en est rien.

B. Une représentation des évolutions du droit public britannique minorée pour des raisons structurelles.

576. La réaffirmation du modèle orthodoxe. La socialisation du modèle orthodoxe dans le milieu des praticiens du droit, milieu conservateur par essence, semble empêcher la bascule dans le rapport de force entretenu entre les deux programmes doctrinaux. La constitution du *Donoughmore Committee on Ministerials' Powers* en 1929, censé évaluer « quels garde-fous sont souhaitables ou nécessaires pour protéger les principes constitutionnels de la souveraineté du Parlement et de la suprématie du droit »¹⁶³⁰ démontre, par sa composition majoritairement favorable aux conservateurs, la difficile diffusion dans la pratique du droit public britannique des représentations fonctionnalistes¹⁶³¹. La formulation même des objectifs du *Committee* reprend le vocabulaire diceyen. Comme le souligne W. Robson, en affirmant que « le *Committee* a commencé sa vie avec la main défunte de Dicey reposant, glaciale, sur son cou »¹⁶³², la pensée diceyenne préconditionne le regard porté par les membres du comité sur le

¹⁶²⁹ J. Weinrib, «Maitland's Challenge for administrative legal thought», *Modern Law Review*, vol. 84, n°2, pp. 207-229, p. 209.

¹⁶³⁰W. Robson, « The Report of the Committee on Ministers' Powers », *The Political Quarterly Review*, July 1932, p. 351.

¹⁶³¹ Sur 17 membres nommés, la plupart sont des *barristers* et d'anciens ministres conservateurs, voir en ce sens, D. G. T. Williams, « The Donoughmore report in retrospect », *Public Administration*, vol. 60, 1982, pp. 273-292, p. 273.

¹⁶³² W. Robson, « The Report of the Committee on Ministers' Powers », *The Political Quarterly Review*, July 1932, p. 351.

développement du droit administratif et des *Tribunals*¹⁶³³. En ce sens, la présence au sein du *Committee* d'Harold Laski ne changera rien aux conclusions tirées par le *Donoughmore Committee* concernant la justice administrative britannique.

577. Le rapport entérine le glissement dans la définition du principe du *Rule of Law* en reconnaissant la pratique des *delegated legislations*¹⁶³⁴, l'augmentation des normes juridiques émanant de l'Exécutif, et rejette la lecture de Lord Hewart consistant à voir dans ces développements la tentative de *Whitehall* de voler aux citoyens britanniques leurs libertés individuelles¹⁶³⁵. Néanmoins, face au « fait accompli » d'une pratique du Parlement consistant à donner de plus en plus de pouvoir juridictionnel à l'administration, le *Donoughmore Committee* se refuse à reconnaître une dualité de juridiction¹⁶³⁶ et la construction d'un réel système de justice administrative autour des *Tribunals*¹⁶³⁷. Le *Committee* reconnaît l'existence des *Tribunals* déjà constitués mais ne les regarde pas comme un tout pouvant ou devant faire système¹⁶³⁸.

578. Il propose tout au contraire la création dans chacune des deux chambres du Parlement d'une commission chargée de contrôler le respect par l'administration des conditions de formes encadrant sa prise de décisions. Ainsi, ces commissions :

« dev[aient] contrôler la forme [de ces décisions], et déterminer si elles contenaient ou non des caractéristiques constitutionnelles exceptionnelles. Plus spécifiquement, les commissions devaient s'assurer que les limites aux pouvoirs délégués à l'Exécutif étaient clairement définies, si tout pouvoir de légiférer en matière de principes, ou d'imposer une taxe, étaient engagé, si une immunité contre tout recours devant les cours était demandée, si aucune clause de type Henri VIII était insérée, et finalement, en lien avec ce qu'exposé précédemment si la proposition contenue dans un projet de loi était

¹⁶³³ D. G. T. Williams, « The Donoughmore report in retrospect », *op. cit.*, p. 273, « Against a background of Dicey's views on parliamentary sovereignty and the Rule of Law, the Committee explored a variety of issues and made numerous proposals ».

¹⁶³⁴ W. Robson, « The Report of the Committee on Ministers' Powers », *op. cit.*, p. 117, « Delegation is inevitable today. But apart from its inevitability, 'We see nothing to justify any lowering of the country's high opinion of its Civil Service or any reflection on its sense of justice, or any ground for a belief that our constitutional machinery is developing in directions which are fundamentally wrong.' What is needed, in fact, is a series of safeguards against possible abuse. If the right precautions are taken, the Committee expressly declares, 'there is no ground for public fear' ».

¹⁶³⁵ Lord Hewart of Bury, *The New Despotism*, Londres, Esnest Benn Limited, 1929.

¹⁶³⁶ W. Robson, « The Report of the Committee on Ministers' Powers », *op. cit.*, p. 117.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, p. 118.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 124, « The Report contains no recommendations which drastically disturb the existing structure, nor is it suggested that in practice any injustice or hardship has resulted from the present arrangements ».

correctement et suffisamment expliquée par le Ministre dans un mémorandum explicatif (...) »¹⁶³⁹.

579. Les critères posés par ce contrôle politique et parlementaire de l'administration ne vont pas sans rappeler ceux reconnus devant les cours ordinaires dans le cadre de la procédure de *judicial review* et plus particulièrement le contrôle d'*ultra vires*. Ils permettent en tous cas et dans un premier temps d'écarter la possibilité d'un dualisme de juridiction au sein du système britannique.

580. Cette avancée ne sera réalisée que par le *Frank Committee* au milieu des années 50¹⁶⁴⁰, qui, tout en se basant sur le travail de W. Robson, va rationaliser le développement jusqu'alors hiératique des *Tribunals* en leur imposant une structure. Mais surtout, l'apport de ce dernier *Committee* est de venir les intégrer au système judiciaire sans pour autant établir une dualité de juridiction comme celle connue dans le système juridique français¹⁶⁴¹. En 1957, le modèle fonctionnaliste de droit public proposé par le professeur William Robson est ainsi confirmé par la pratique. Mais, et malgré le « succès scientifique » du modèle proposé par Robson, la résistance du modèle diceyen fondée sur sa fonction idéologique et identitaire a permis de freiner ou empêcher la réalisation d'un total « succès pratique » pour le modèle fonctionnaliste proposé par le professeur de la *LSE*.

581. La victoire des fonctions idéologiques et identitaires du modèle orthodoxe sur la fonction scientifique des modèles fonctionnalistes. L'observation de la redéfinition du périmètre des objets intégrant l'univers du discours sur le droit public britannique par le courant fonctionnaliste fait émerger le deuxième élément contextuel participant de la construction du caractère minoritaire de la tradition contestataire du droit public au Royaume-Uni. Cet élément ne relève plus du champ du droit positif, mais directement du champ doctrinal. En effet, si la reconnaissance du droit administratif comme outil de réforme sociale au Royaume-Uni se révèle nécessaire pour les *Green light theorists* afin de garantir une représentation de l'objet droit public conforme au réel de ce dernier, cette description nouvelle de l'objet s'accompagne d'un projet doctrinal. « Leur objectif premier [est] de contester la théorie diceyenne de la constitution. Ils souhaitent à la fois contester sa méthode et exposer les valeurs politiques sur lesquelles repose sa théorie. Mais leur premier coup a consisté en

¹⁶³⁹ *Ibid.*, p. 118.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 115.

¹⁶⁴¹ D. G. T. Williams, « The Donoughmore report in retrospect », *op. cit.*, p. 274.

une attaque sur les deux principes jumeaux de la théorie diceyenne, la souveraineté du Parlement et le principe du *Rule of law* »¹⁶⁴².

582. Si le dernier de ces principes est remis en question par la reconnaissance du droit administratif dans les travaux de Robson, le premier de ces deux principes, celui de la souveraineté du Parlement se voit plus directement contesté et attaqué par les professeurs Harold Laski et Ivor Jennings. Le premier oppose directement à la définition diceyenne de la souveraineté juridique du Parlement une approche pluraliste de l'État. « Fortement critique de l'idée abstraite d'une souveraineté juridique », Laski affirme qu'« elle ne peut pas être le fondement réaliste des relations politiques »¹⁶⁴³. Le modèle de droit public que le professeur de la *LSE* propose « insiste sur le fait que ce qui est important dans le droit n'est pas le commandement » et s'oppose dès lors à une définition du droit fondée sur le positivisme austrien sur laquelle s'appuie et se construit la théorie constitutionnelle d'A. V. Dicey, « mais la finalité vers laquelle tend ce commandement et la manière dont il arrive à cette fin »¹⁶⁴⁴. Laski refuse une vision pyramidale où l'État « trônerait au sommet »¹⁶⁴⁵ et lui oppose « un système d'intérêts coopérants »¹⁶⁴⁶, où l'État n'apparaît que comme un type d'association parmi d'autres au sein du tissu social. Ce dernier prévaut sur la seule volonté étatique qui doit dès lors s'inclure dans un réseau normatif plus large et être mis au service de la réalisation individuelle des citoyens composant le tissu social. Cette orientation théorique, fermement ancrée dans l'idéologie socialiste d'Harold Laski s'oppose à la pensée conservatrice dominante mais ne permet pas, contrairement au modèle Diceyen, d'agrèger un consensus doctrinal fort autour de la fonction idéologique du modèle proposé. Sans reprise ni dans le champ académique ni par les praticiens, le programme doctrinal proposé par H. Laski ne demeure qu'un outil de critique du modèle orthodoxe.

583. De même et à cette première contestation théorique du principe de souveraineté du Parlement tel que compris par le modèle diceyen, s'ajoute une seconde contestation plus empirique construite et développée par le professeur Jennings. La contestation du modèle orthodoxe se joue ici de nouveau en opposition de la fonction scientifique du modèle orthodoxe en proposant une autre démarche méthodologique. Ainsi, Ivor Jennings, doutant de la pertinence du modèle constitutionnel proposé par A. V. Dicey face à la réalité du droit

¹⁶⁴² M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, op. cit., p. 165.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, p. 170.

¹⁶⁴⁴ H. Laski, *A Grammar of Politics*, op. cit., p. 286.

¹⁶⁴⁵ *Idem.*

¹⁶⁴⁶ *Idem.*

constitutionnel, et ce dès la construction de la représentation diceyenne dans les années dix-huit cent quatre-vingt¹⁶⁴⁷, critique une vision « beaucoup trop conceptuelle »¹⁶⁴⁸ de la souveraineté et propose une analyse centrée sur les institutions et leur pratique réelle du pouvoir.

584. Dès lors, pour Ivor Jennings, « le principe de la souveraineté du Parlement est simplement ‘un concept juridique, une forme d’expression que les juristes utilisent pour exprimer la relation entre le Parlement et les cours’ »¹⁶⁴⁹. Le pouvoir réel du Parlement ne réside pas tant dans une souveraineté juridique abstraite que dans son pouvoir politique de contrôle et de sanction de l’action du Gouvernement. Contrairement à la représentation de la constitution proposée par A. V. Dicey, Sir I. Jennings place dès lors au cœur de sa compréhension de la constitution britannique les conventions de la constitution. La représentation construite par Jennings pour la constitution britannique apparaît ainsi avant toute chose de nature politique et non juridique tout en construisant une démarche scientifique et empirique. Ces deux caractéristiques, l’approche politique de la constitution et le recours à une méthode empirique viennent marquer l’identité du fonctionnalisme et des auteurs se rattachant à ce dernier. Ainsi des auteurs comme Carol Harlow, Richard Rawlings, ou John Griffith s’intègrent parfaitement dans cet héritage épistémologique. Pour autant, ces choix méthodologiques s’ils semblent renforcer la fonction scientifique du modèle fonctionnaliste proposé par Jennings, participent aussi de la minoration de la fonction identitaire de ce dernier modèle. En effet, et contrairement à la construction abstraite et symbolique du modèle diceyen, qui finit par « se substituer à une constitution écrite » au Royaume-Uni, la représentation du droit public construite par Jennings, mais aussi par Robson empêche la construction d’une narration mythologique dans laquelle va pouvoir se jouer une fonction identitaire, et d’adhésion forte au discours.

585. Ainsi et malgré des « succès » scientifiques et leur capacité à produire des représentations plus conformes au réel de l’objet « droit public » que celle construite par le programme doctrinal majoritaire, les différents modèles fonctionnalistes ne parviennent pas à s’imposer comme des modèles de substitution au modèle orthodoxe¹⁶⁵⁰. Le caractère

¹⁶⁴⁷ I. Jennings, *The Law and the Constitution*, *op. cit.*, p.xv, « Looking back to the Constitution of 1884 which [Dicey] was analysing (...) I do not think that his interpretation was in every respect correct ».

¹⁶⁴⁸ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 167.

¹⁶⁴⁹ I. Jennings, cité par K. D. Ewing, « The Law and the Constitution: Manifesto of the Progressive Party », *Modern Law Review*, n°5, 2004, pp. 734-752, p. 741.

¹⁶⁵⁰ R. Baumert, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 228, « On remarquera toutefois qu’en doctrine, de tels « succès » n’assurent pas toujours la disparition des théories ou des programmes

minoritaire de la tradition contestataire ne provient ainsi pas tant de sa fonction scientifique que de son incapacité à agréger un consensus suffisant autour de sa fonction idéologique et identitaire. En faisant le choix d'une compréhension sociale du droit public britannique, les fonctionnalistes s'opposent à l'idéologie conservatrice et libérale qui marque majoritairement le milieu juridique de l'époque du fait de sa composition sociale, mais aussi de par la socialisation de la représentation diceyenne. De même, le choix d'une méthode fonctionnaliste davantage tournée vers l'empirisme que vers la construction d'un modèle symbolique ne permet pas aux fonctionnalistes de développer une narration, parfois mythologique, de la constitution britannique à même de produire et créer un sentiment d'identification forte. Les caractéristiques identitaires qui permettent aux fonctionnalistes d'échapper au déterminisme idéologique du modèle orthodoxe les handicapent dans la socialisation de leurs propres modèles. Elles portent néanmoins les racines et dynamiques qui vont permettre l'émergence de nouvelles interprétations et représentations du droit public britannique et participer en cela de la construction du pluralisme doctrinal contemporain.

Section 2. La multiplication des programmes doctrinaux concurrents pour l'étude du droit public au Royaume-Uni

586. Si la représentation classique du paysage doctrinal britannique s'est construite autour du dualisme entre le programme orthodoxe et la tradition contestataire du droit public, la multiplicité des terminologies employées jusqu'ici pour désigner les différentes représentations contemporaines du droit public britannique - *Political constitutionalism, common law constitutionalism, legal constitutionalism, functionalism, normativism, orthodoxy* – met en lumière le pluralisme qui marque le champ doctrinal de la discipline « droit public ». Outre-Manche, depuis plus d'une vingtaine d'années, la démultiplication des programmes doctrinaux visant à faire sens, interpréter et représenter l'objet « droit public » et ces mutations les plus récentes, souligne à la fois le dynamisme de la réflexion académique autour des questions constitutionnelles et administratives, mais aussi l'effondrement du consensus clair que le modèle orthodoxe avait réussi à agréger autour de lui.

« vaincus » (comme le montre notre premier exemple). Peut-être même sont-ils en mesure de résister indéfiniment ? Vraisemblablement, ils se maintiennent d'autant mieux qu'ils sont liés à des intérêts idéologiques ou politiques puissants. Si l'historien de la doctrine parvient à le démontrer de manière vraisemblable, il aura au moins fait œuvre critique ».

587. C'est ainsi à la fois sa représentation du droit public britannique, mais aussi le programme doctrinal qu'il avait entendu construire pour rendre compte de ce même droit public qui se voient remis en cause dans cette période de « bouillonnement » doctrinal. Face à cette situation, il convient peut-être d'aller plus loin pour qualifier cette période de l'histoire de la doctrine publiciste britannique et s'aventurer, à la suite du professeur Renaud Baumert, vers l'idée d'une « crise doctrinale »¹⁶⁵¹.

588. Loin de porter en elle-même une connotation négative¹⁶⁵², cette notion vise à désigner « l'éclatement de la doctrine en un grand nombre d'écoles ou par l'exacerbation des questions qui les divisent »¹⁶⁵³. Bien que le terme d'« école doctrinale » soit difficilement applicable au contexte britannique, la multiplication des interprétations et représentations du droit public britannique et leur regroupement en divers courants doctrinaux tendent à mettre en lumière « un dissensus global sur les manières légitimes d'interpréter le droit : dissensus qui résulte de divergences de vues dont la nature peut, à son tour, être politique, méthodologique, théorico-juridique, etc. »¹⁶⁵⁴. Ainsi et bien loin des représentations parfois stéréotypées qui voudraient que depuis un regard français la doctrine publiciste britannique apparaisse comme atrophiée pour ne pas dire tout simplement inexistante, le constat de cette crise doctrinale vient tout au contraire mettre en lumière la richesse et la diversité des discours théoriques sur le droit public au Royaume-Uni. Plus qu'une simple période de systématisation des modifications du droit positif, la doctrine publiciste britannique apparaît en effet comme étant entrée dans une période de théorisation et de construction de « grandes théories » visant à proposer de nouveaux systèmes d'explication et de représentation de son objet. Caractérisée par un « tournant théorique »¹⁶⁵⁵, cette période de « crise doctrinale », par la diversité qu'elle induit, amène une complexité nouvelle dans le champ du discours sur le droit public britannique, complexité qui échappe largement à la représentation dichotomique du dualisme doctrinal

¹⁶⁵¹ R. Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique – Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, LGDJ, Collections thèses, 2009, p. 534 et suiv.

¹⁶⁵² *Ibid.*, p. 536, « Il faut remarquer, enfin, qu'une situation de crise doctrinale n'est pas nécessairement moins souhaitable qu'une situation normale (...) Dans une situation de ce type, les idées rencontrent d'importantes résistances, aussi les auteurs sont-ils quasiment tenus de les préciser et de les développer par des arguments solides ou au moins séduisants ».

¹⁶⁵³ *Ibid.*, p. 535.

¹⁶⁵⁴ *Idem.*

¹⁶⁵⁵ S. Tschorne Venegas, *The theoretical turn in British public law scholarship*, *op. cit.*, p.6, « Until recently, British public law was seen as distinctly atheoretical. Many did not see this as a deficiency, but as a natural corollary of the practical inclination of the British legal and political tradition. Some have come to argue, however, that during the last 30 years British public law scholarship has experienced a "theoretical turn", an "explosion of theory" such that it can confidently be said that "public law theory has become an established and vibrant aspect of the discipline" ».

jusqu'alors observé (§1.).

589. Au cœur de cette pluralité, des tendances générales semblent traverser le paysage doctrinal britannique. Se dessinent à leur suite des lignes de démarcation autour desquelles les discours doctrinaux et leurs constructions théoriques se polarisent, laissant ainsi apparaître différentes catégories de discours sur le droit public britannique. Offrant la possibilité de faire sens de la complexité de ce nouveau paysage doctrinal, la première de ces lignes de démarcation semble pouvoir se construire autour de la question de la nature même du droit public britannique et de son rapport avec d'autres ordres normatifs. C'est autour de ce premier axe que se dessine la potentialité d'une première classification des discours doctrinaux contemporains en différents courants doctrinaux qui permettent dès lors à l'observateur étranger formé dans la tradition française du droit public de faire sens de l'hétérogénéité forte du champ doctrinal britannique. Pour autant, la complexité du tissu doctrinal ne permet pas de se contenter de ce seul axe de classification. En effet, la diversité des représentations au sein d'un seul et même courant doctrinal appelle à avoir recours à des unités plus restreintes structurées cette fois autour de la question des sources de la constitution (§2.)

590. Ce n'est qu'une fois ces découpages successifs opérés qu'une première image de la diversité des discours doctrinaux pourra à la fois mettre en lumière la démultiplication des représentations du droit public britannique contemporain, mais aussi renseigner sur les dynamiques de cette dernière.

§1. Les limites d'une représentation dichotomique de la doctrine publiciste britannique face à la multiplication des discours doctrinaux

591. La recherche d'une cartographie doctrinale du droit public britannique, amorcée au tournant des années quatre-vingt, se détourne peu à peu de sa dimension historique pour investir pleinement, au-delà de la topographie d'un monde doctrinal passé, la représentation des structures marquant la doctrine publiciste contemporaine. Le souci d'une photographie actuelle du champ doctrinal publiciste au Royaume-Uni est en réalité aussi vieille que la représentation du dualisme doctrinal constitué depuis l'entre-deux-guerres. Tant la représentation proposée par les professeurs Carol Harlow et Richard Rawlings que celle dressée par le professeur Martin Loughlin cherchent à se prolonger, s'étirer pour venir embrasser le pluralisme des programmes doctrinaux contemporains. Cependant, les effets de ce prolongement sur des modélisations construites pour rendre compte d'une certaine période

de l'histoire doctrinale du droit public au Royaume-Uni, fortement ancrées et conditionnées par les structures de discours historiquement situés, semblent affaiblir la pertinence de ces représentations. La structure adoptée par ces dernières leur rend difficilement saisissable les fluctuations et dynamiques contemporaines et ceux malgré des tentatives d'adaptations. Ainsi, là où la première de ces deux représentations sacrifie le dualisme qui l'avait caractérisée en reconnaissant l'émergence d'un consensus entre ces deux approches¹⁶⁵⁶, la seconde représentation sauvegarde sa propre dichotomie au profit d'une fragmentation de ses deux catégories principales en une pluralité de sous-ensembles¹⁶⁵⁷. Mais, ni pour l'une ni pour l'autre, ces adaptations et déformations du modèle initial ne semblent en mesure de représenter dans toute sa diversité le pluralisme du paysage doctrinal contemporain (A.). Face à ces difficultés récurrentes pour représenter toute la complexité du paysage doctrinal de nouvelles tentatives de cartographies ont émergé sans pour autant réussir à donner une image plus précise du pluralisme des programmes doctrinaux contemporains sur le droit public britannique (B.)

A. Les limites des cartographies issues de la tradition contestataire pour rendre compte du paysage doctrinal publiciste contemporain

592. Les incohérences de la représentation par « feu tricolore » de la doctrine publiciste britannique ». Au cours des années quatre-vingt-dix, C. Harlow et R. Rawlings relèvent que « peut-être les jours des *red and green light théories* sont-ils passés ? »¹⁶⁵⁸. En effet, les auteurs reconnaissent dans la réédition de leur ouvrage, *Law and Administration*, la formation d'un consensus autour de l'existence et de la nature du droit administratif britannique alors même que l'acceptation de ce dernier avait constitué l'axe de classification autour duquel les deux professeurs avaient construit leur cartographie¹⁶⁵⁹. Pour autant, bien que ce constat mette à mal la pertinence et la pérennité de leur cartographie doctrinale, ils affirment que le dualisme qu'ils ont mis en lumière trouve encore à s'exprimer dans la doctrine publiciste contemporaine¹⁶⁶⁰. Le dualisme observé chez les auteurs du début du XX^e siècle se concentrerait, non plus autour de la question de l'existence d'un droit administratif au Royaume-Uni, mais plutôt autour de la détermination de la nature et du périmètre à donner

¹⁶⁵⁶ C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*, p. 44 et suiv.

¹⁶⁵⁷ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, pp. 182-210.

¹⁶⁵⁸ C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 46, « *It would be wrong to leave the subject, however, without any mention of a growing consensus over administrative law values. This has crystallised around a trilogy of values – transparency, participation and accountability – that reflect the 'good governance' programmes of international institutions* ».

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 45.

aux droits et libertés¹⁶⁶¹. L'évolution du paysage doctrinal ajoutée à ce déplacement de l'axe de classification retenu par les professeurs Carol Harlow et Richard Rawlings fait alors apparaître une troisième catégorie de discours doctrinal au sein de leur cartographie. Le dualisme consacré est ainsi sacrifié à la reconnaissance d'un ensemble de discours doctrinaux désignés sous le terme d' « *amber light theory* »¹⁶⁶².

593. L'« *amber-light theory* » serait, selon le professeur Adam Tomkins, « la théorie générale du légalisme libéral, appliquée au contexte spécifique du droit administratif »¹⁶⁶³. D'apparition récente¹⁶⁶⁴, ce courant doctrinal n'aurait émergé comme discours doctrinal articulé et autonome sur le droit administratif « que dans la décennie précédant l'élection en 1997 du gouvernement Blair »¹⁶⁶⁵. Il se caractériserait par le partage des convictions suivantes : « (1) comme les *red-lights theorists* que le droit est à la fois distinct et supérieur à la politique ; (2) que l'État peut être limité par le droit avec succès, bien que le droit doive autoriser l'administration à disposer un degré – bien qu'un degré contrôlé- d'autorité discrétionnaire ; (3) que le meilleur moyen de contrôler l'État est par la construction et la sanction de larges principes de légalité ; et (4) que l'objectif de ce projet est de protéger une vision particulière des libertés fondamentales »¹⁶⁶⁶.

594. L'identification de ce nouveau programme doctrinal dans la cartographie dressée par C. Harlow et R. Rawlings, s'il fait entrer un degré nouveau, bien que relatif, de pluralisme dans la représentation de la doctrine publiciste britannique souffre néanmoins de deux limites qu'il convient dès à présent de souligner. Tout d'abord, cette reconnaissance des *amber light theorists* n'apparaît que comme une représentation partielle du paysage doctrinal et cela à deux niveaux distincts. Premièrement, en concentrant les critères de définitions des *amber light theorists* autour d'une approche du droit administratif centré sur le contentieux et le rôle du juge dans le *Judicial Review*¹⁶⁶⁷, la nouvelle catégorie proposée par Harlow et Rawlings occulte le développement d'un courant politique du droit public britannique qui ne reste pas sans impact sur la conceptualisation du droit administratif. Un auteur comme Adam Tomkins se trouve, *de facto*, et de par l'application de ces critères de classification exclu de toute représentation de la doctrine publiciste.

¹⁶⁶¹ A. Tomkins, « In Defense of the Political Constitution », *OJLS*, Vol. 22, n°1, 2002, pp. 157-175, p. 160.

¹⁶⁶² *Ibid.*, p. 1580.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 159

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, « *Within administrative law it is of much more recent vintage than either of its more illustrious partners (...)* ».

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, pp. 159-160.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 160.

¹⁶⁶⁷ *Idem.*

595. Pourtant, ce dernier entend bien développer, depuis une approche politique du droit public britannique, une certaine conception du *judicial review*, procédure au cœur du droit administratif contemporain au Royaume-Uni¹⁶⁶⁸. En effet, ne reconnaissant pas la supériorité du droit sur la politique, mais affirmant tout au contraire la nécessité « d'un principe de responsabilité politique pour les institutions »¹⁶⁶⁹, le professeur Adam Tomkins cherche néanmoins à concilier l'existence d'un contrôle juridictionnel sur les droits et libertés avec sa vision politique de la constitution britannique. Pour ce faire, et s'il reconnaît que les cours peuvent être vues comme « un instrument de la constitution politique »¹⁶⁷⁰ dont « le rôle constitutionnel (...) devrait être et devrait être compris comme soutenant et nourrissant la constitution politique »¹⁶⁷¹ ; il rejette cependant la vision du juge décrite comme au cœur des *amber light theories* et entend faire des cours le point d'articulation de l'ensemble du système juridique britannique. Selon cette approche, « (a) il n'y a pas de problème constitutionnel que les cours ne peuvent résoudre, et (b) il n'y a pas de problème constitutionnel vraiment résolu tant qu'un juge ne l'a pas résolu »¹⁶⁷². Adam Tomkins souhaite au contraire replacer le Parlement, en tant qu'organe politique au cœur de cette structure et faire des cours les garantes de cette réaffirmation du Parlement. Un tel mouvement serait rendu possible, souligne le professeur écossais, en réaffirmant et étendant le principe de la déclaration d'incompatibilité prévu par l'article 4 du *Human Rights Act* au-delà du périmètre dévolu à cette dernière. Les cours deviendraient ainsi garantes du respect de la souveraineté du Parlement et de l'équilibre de la constitution politique¹⁶⁷³. Mais, et en l'absence d'une définition des *amber light theorists* plus sensible, les représentations originales comme celles proposée par le professeur A. Tomkins restent hors de la cartographie des professeurs C. Harlow et R. Rawlings et courent le risque d'être rendues invisibles. ,

596. D'une manière relativement similaire, le degré d'abstraction des critères identitaires retenus pour la catégorie « *amber light theory* », en adoptant une conception du droit comme ordre normatif autonome et supérieur à l'ordre politique, uniformise la perception de ces nouveaux discours doctrinaux et manque les nuances qui habitent pourtant le groupe d'auteurs que cette nouvelle catégorie vise à désigner. Si les discours sur le droit public de scholars comme le professeur Paul Craig ou le professeur Trevor Allan semblent tout à fait s'intégrer

¹⁶⁶⁸ A. Tomkins, « The Role of the Courts in the Political Constitution », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 60, n°1, pp. 1-22.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

¹⁶⁷² *Ibid.*

¹⁶⁷³ *Ibid.*, pp. 21-22.

dans la définition proposée pour les « *amber light theorists* », les différences entre ces deux auteurs, notamment quant à leur conception de la nature du droit public, apparaissent aussi importantes que celles qui les séparent des *red light* ou *green light theorists*.

597. Ainsi, même précisée par la catégorie « *amber light theorists* », la cartographie des professeurs Harlow et Rawlings, si elle permet d'identifier de manière claire l'objet de la fracture entre les différents courants doctrinaux, manque néanmoins l'hétérogénéité du courant des *amber light theorists* comme elle avait manqué celle des *green light theorists*. Hétérogénéité au contraire mise à jour par la cartographie doctrinale du professeur Martin Loughlin.

598. C'est d'ailleurs autour de cette identification claire de la ligne de démarcation entre les deux programmes doctrinaux, identification qui faisait la force du modèle des *Red* et *Green light theories* dans l'analyse de la doctrine de la première moitié du vingtième siècle, que se dévoile la seconde limite de cette cartographie doctrinale. Si la reconnaissance du droit administratif britannique a en effet été centrale dans le clivage des discours sur le droit public britannique, il n'est aujourd'hui plus qu'un aspect d'un débat plus large où les enjeux théoriques et de pouvoir doctrinal se sont déplacés et multipliés. Dans le sillage des réformes constitutionnelles amorcées depuis la fin des années quatre-vingt-dix, le débat doctrinal s'est décentré de la seule question administrative pour la réintégrer et la réinvestir dans un débat plus large sur la structure de l'État britannique. Dans ce contexte, la construction d'une cartographie doctrinale centrée sur le seul droit administratif, même lorsque rélargit à l'appréhension des droits et libertés dans le contexte de la procédure de *judicial review*, manque nécessairement un ensemble de représentations. Pourtant ces représentations d'objets juridiques et de constructions théoriques marquent durablement le paysage doctrinal et disciplinaire du droit public britannique. Au-delà même d'une focale centrée sur le seul droit administratif, le pluralisme des interprétations à donner à la question des droits et libertés et le pluralisme des théories politiques sur lesquelles s'appuient ces interprétations ne peuvent ainsi se voir enfermer dans trois catégories sans y voir nécessairement sacrifier la complexité des positions doctrinales adoptées.

599. Les difficultés rencontrées par la cartographie doctrinale proposée par les professeurs Carol Harlow et Richard Rawlings pour saisir les évolutions récentes du paysage doctrinal britannique semblent provenir de son ancrage autour d'un débat doctrinal clairement situé temporellement et fini conceptuellement. La dimension statique de cette représentation du champ doctrinal peine dès lors à saisir les dynamiques qui échappent à la fois à sa temporalité et à sa conceptualisation catégorielle. Pour autant la cartographie du paysage doctrinal du

début du vingtième siècle proposée par le professeur Martin Loughlin, bien que déjà pensée et projetée vers les programmes doctrinaux contemporains lors de la publication de son ouvrage *Public Law and Political Theory*, ne semble pas plus que la représentation faite par Carol Harlow et Richard Rawlings offrir une image claire du pluralisme doctrinal marquant désormais l'univers discursif des publicistes britanniques.

600. La disparition des fondements politiques de la distinction entre normativisme et fonctionnalisme. Le professeur de la *London School of Economics*, contrairement à ses collègues, ne sacrifie pas le dualisme que son histoire de la doctrine britannique avait établi entre *normativism* et *functionalism*. Il utilise au contraire ce dernier comme une *Summa divisio* doctrinale sur la base de laquelle développer des sous-catégories distinctes visant à rendre compte de la multiplicité des paradigmes doctrinaux constitués dans la seconde moitié du vingtième siècle. Ainsi, la catégorie *normativism* se voit-elle fractionnée entre d'un côté les auteurs pouvant être rattachés à un « variant conservateur »¹⁶⁷⁴ identifié notamment autour de la doctrine individuelle construite par Sir William Wade¹⁶⁷⁵ et la fidélité à l'héritage diceyen¹⁶⁷⁶, et de l'autre ceux devant être rattachés à un « variant libéral »¹⁶⁷⁷ qui serait en passe de s'imposer dans les représentations doctrinales¹⁶⁷⁸. Face à cette division de la catégorie « *normativism* », la catégorie « *functionalism* » se verrait quant à elle fragmentée entre un « variant idéaliste »¹⁶⁷⁹ et « un variant empirique »¹⁶⁸⁰.

601. Le premier, identifié par le professeur Martin Loughlin autour des écrits de J. D. B. Mitchell, professeur à l'Université d'Édimbourg de 1954 à 1980, suppose la création d'un système de dualité de juridiction¹⁶⁸¹, une lecture progressiste de la Constitution britannique¹⁶⁸², cette dernière devant suivre les évolutions sociales, mais aussi un attachement profond à l'idéal européen¹⁶⁸³. *A contrario*, le second variant, construit autour des travaux du professeur J. A. G. Griffiths, formés par Sir I. Jennings, enseignant à la *LSE*, collègue de W.

¹⁶⁷⁴ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 184.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.* « *The pre-eminent contemporary writer within the tradition of conservative normativism is Sir William Wade. Wade must essentially be seen as a contemporary disciple of Dicey (...). In his work Wade has endeavoured to defend, not only the spirit of Dicey's work but also his ideas* ».

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 206 et suiv.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 210 et suiv.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 191.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 197.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 192.

¹⁶⁸² *Ibid.*, p. 193.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, p. 195.

Robson et vrai produit de la pensée de la *London School of Economics*¹⁶⁸⁴, propose une compréhension du droit public britannique fondée sur une approche pragmatique et « pessimiste face aux possibilités d'une évolution progressiste du droit »¹⁶⁸⁵. Pour ce dernier « le droit n'est pas un concept moral (...) les lois sont simplement des affirmations d'une relation de pouvoir et rien de plus (...) la constitution n'est rien de plus que ce qui arrive »¹⁶⁸⁶. Découle de cette approche politique de la constitution l'absence de défense d'une dualité de juridiction et une importante méfiance pour le *judge-made law*, méfiance déjà présente dans le code génétique des premiers fonctionnalistes¹⁶⁸⁷. Plutôt que de placer sa confiance dans la reconstruction d'un système autonome de droit public ou dans la réorientation des valeurs défendues par les publicistes, J. A. G. Griffiths « place sa foi dans le renforcement des mécanismes de responsabilité politique dans le cadre d'un arrangement constitutionnel traditionnel »¹⁶⁸⁸.

602. La force de la cartographie proposée par M. Loughlin réside certainement dans sa capacité à suivre, intégrer et représenter l'évolution des dynamiques s'établissant entre les deux ensembles principaux de programmes doctrinaux identifiés sous les catégories « *normativism* » et « *functionalism* », mais, aussi, de saisir à l'intérieur de chacune de ces catégories le rapport que les différents discours tissent avec leur cadre théorique. Plus encore, cette cartographie permet, comme elle l'avait fait pour les doctrines du début du vingtième siècle de prendre en compte la diversité interne à chaque catégorie et donc de reconnaître l'existence de groupes doctrinaux distincts et connaissant des évolutions spécifiques au sein d'un même courant doctrinal. Face à la classification des professeurs Carol Harlow et Richard Rawlings, le professeur Martin Loughlin ajoute ainsi un niveau de catégorisation. De plus, en ne prenant pas directement pour axe de classification l'interprétation et la représentation de l'objet « droit public » faites par les différents discours doctrinaux, mais un axe de classification centrée sur les cadres théoriques et épistémiques de ces représentations, M. Loughlin semble saisir une réalité plus profonde et complexe que celle exposée par Carol Harlow et Richard Rawling. Ce dernier met en effet en lumière les tensions et rapport de pouvoirs se jouant à la fois entre les deux courants doctrinaux principaux qu'il identifie, mais aussi au sein même de ces courants.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.* p. 197.

¹⁶⁸⁵ *Idem.*

¹⁶⁸⁶ J. A. G. Griffiths, « The Political Constitution », *op. cit.*, p. 19, cité par M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 205.

603. Pour autant, plusieurs difficultés apparaissent. Tout d'abord, si la cartographie créée par Martin Loughlin vise à faire sens des courants doctrinaux contemporains de sa construction, cette dernière apparaît datée, ne saisissant que les prémices de la « crise doctrinale » qui frappe la discipline « droit public » au tournant des années quatre-vingt-dix. Cette crise, parfois identifiée sous l'expression de « tournant théorique » du droit public, semble dépasser la structure duale proposée et prolongée par la cartographie de M. Loughlin et appelle dès lors à l'édification d'une nouvelle représentation du paysage doctrinal publiciste au Royaume-Uni.

B. La recherche d'une nouvelle cartographie pour représenter les courants doctrinaux du droit public britannique contemporain

604. La tentative d'une cartographie fondée sur les programmes épistémologiques. Le travail de construction d'une nouvelle cartographie doctrinale du droit public britannique est engagé par Samuel Tschorne Venegas, professeur à l'Université Adolfo Ibanez au Chili et ancien doctorant du Professeur Martin Loughlin à la *London School of Economics*. Ce dernier souligne, dans son travail de thèse dédiée à la modélisation et à la représentation du paysage doctrinal issu du « tournant théorique », que la crise de la doctrine publiciste britannique « a émergé comme une réponse au mécontentement grandissant autour des hypothèses conceptuelles et méthodologiques de la doctrine constitutionnelle traditionnelle et doit être comprise premièrement et principalement comme un processus conceptuel et méthodologique de diversification »¹⁶⁸⁹. Afin de rendre compte de cette diversification, Samuel Tschorne ne fait pas le choix d'un axe de classification centré sur la seule interprétation de l'objet « droit public » ou sur le cadre théorique retenu pour articuler cette même interprétation et l'objet du discours¹⁶⁹⁰. Ce type de classifications, que le professeur Samuel Tschorne désigne sous le terme de « monisme théorique »¹⁶⁹¹, parce qu'elles ne permettent pas de reconnaître au sein d'une même catégorie doctrinale plus que des variants au sein d'un même cadre théorique, ne lui semblent pas à même de rendre compte des effets réels de la diversification de la doctrine britannique sur les représentations de ce dernier.

605. Il préfère ainsi, au contraire des cartographies jusqu'à présent présentées et afin de

¹⁶⁸⁹ S. Tschorne Venegas, *The theoretical turn in British public law scholarship*, op. cit., p. 6

¹⁶⁹⁰ *Idem*.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 197, « Theoretical monism is based on three main assumptions: first, that the nature of the subject is such that it can be understood and explained through one single, comprehensive and coherent theoretical account; secondly, that there is one best mode of inquiry (i.e. one single set of conceptual and methodological assumptions) that yields such account; and thirdly that progress occurs incrementally or cumulatively by extending and correcting the account so as to accommodate new observations and solve inconsistencies and ambiguities, thereby attaining higher levels of precision, comprehensiveness and verisimilitude. From a monistic perspective is difficult to appreciate in what sense the theoretical turn has represented any kind of progress ».

construire la perspective de sa propre cartographie doctrinale, retenir un axe de classification tourné autour, non pas de la nature du discours sur le droit entendu comme interprétation de l'objet droit public ou comme relevant d'une certaine théorie politique, mais de la nature du projet épistémologique porté par les nouveaux programmes doctrinaux pour le droit public britannique. En découle une classification en trois parties autour des programmes doctrinaux dits « constructivistes »¹⁶⁹², ceux dits « déconstructivistes »¹⁶⁹³ et enfin « reconstructivistes »¹⁶⁹⁴. Les premiers programmes doctrinaux se caractérisent par une approche prescriptive du discours sur le droit public britannique. Pour les auteurs rattachés à cette catégorie doctrinale, « la tâche principale de la théorie du droit public (...) est de contribuer à la réinterprétation et à la réforme du droit public afin de le rendre cohérent, et le rapprocher, de ses idéaux, principes et valeurs justificateurs »¹⁶⁹⁵. Fondés sur les prescriptions des théories politiques contemporaines, les discours doctrinaux dits « constructivistes » se diviseraient entre discours critiques, discours libéraux et discours républicains¹⁶⁹⁶.

606. La première de ces sous-catégories trouve son origine dans les travaux des professeurs Ian Harden et Norman Lewis et plus particulièrement leur ouvrage *The Noble Lie*¹⁶⁹⁷. Ce dernier, publié à la fin des années quatre-vingt, se construit comme une critique du modèle orthodoxe et de sa persistance dans la pensée publiciste britannique¹⁶⁹⁸. Si I. Harden et N.

¹⁶⁹² *Ibid.*, p.7, « Constructivism understands public law theory as a normative undertaking, i.e. as an inquiry into the principles, ideals or values that explain and justify a favoured interpretation of public law. The main task of public law theory, consequently, is to contribute to the reinterpretation and reform of public law to make it consistent with, and bring it closer to, its justifying ideals, principles or values. Constructivism, in methodological terms, is characterised by the use of the theoretical resources of contemporary normative political theories, viz. critical social theory, the liberal theory of justice and republican political theory».

¹⁶⁹³ *Ibid.*, « Deconstructivism, by contrast, contends that constitutional theory has a tendency to become estranged from constitutional practice (i.e. the “what happens” constitution) because it fails to acknowledge constitutional change and exaggerates the role of principles within the field, creating the conditions for the unreflective reproduction of a number of myths that conceal the empirical foundations of the subject. The public law theorist, in consequence, must strive to objectively describe and explain the political realities upon which the subject is founded by deploying the methodological strategies of empirical political science and political sociology».

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*, pp. 7-8 « Reconstructivism, finally, argues that public law is first and foremost a cultural achievement and as such it can only be hermeneutically understood, viz. theoretical knowledge is a reconstruction of already existing practical political knowledge. The public law theorist, in consequence, has the task to uncover and make sense of the conceptual structures of public law by situating them within the traditions of thought that have contributed to the formation of the subject. Reconstructivism, accordingly, proposes to extend to public law theory the interpretative methodological strategy characteristic of post-empiricist political theory and the historical and cultural sciences»

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 7.

¹⁶⁹⁶ *Idem.*

¹⁶⁹⁷ I. Harden, N. Lewis, *The Noble lie: The British Constitution and the Rule of Law*, Londres, Harper Collins Publishers, 1986.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 38, « The animating idea of the book is that British constitutional discourse is unsatisfactory because it “has become hidebound by dated concepts and outmoded political theory”. In spite of much criticism, “Dicey’s terms of debate still constitute the ruling paradigm” such that “even where Dicey’s constitutional diagnoses are disputed, there is a marked tendency to accept the contours of his investigation and with them many of the hidden theoretical assumptions”. As Dicey’s account “still occupies the high ground of British constitutional theory”,

Lewis rejettent « ce qu'ils considèrent comme l'objectivisme infondé de Dicey, ils cherchent aussi à éviter l'apparent subjectivisme de Jennings »¹⁶⁹⁹. Pour éviter ces deux écueils apparents, « *The Noble Lie* élabore une théorie constitutionnelle normative qui (...) concentré premièrement sur les mécanismes de décisions collectives plutôt que les droits individuels »¹⁷⁰⁰. La théorie constitutionnelle est alors comprise comme un modèle prescriptif permettant la pratique d'une « critique immanente »¹⁷⁰¹ ou, et autrement dit, autorisant une évaluation permanente de la pratique constitutionnelle à la lumière d'un cadre théorique adossé à une vision morale de la constitution. Ce constructivisme sociologique « présente un programme théorique qui sera poursuivi et étendu par les écrits ultérieurs de ceux associé à 'l'école de Sheffield' autour de thèmes comme les réformes régulatrices, les mécanismes de responsabilité, la liberté d'information (...) l'État contractualiste, la privatisation, les théories de la régulation »¹⁷⁰².

607. Mais cette forme de constructivisme n'est pas la seule observée par le professeur Samuel Tschorne. Ce dernier complète en effet la catégorie du constructivisme sociale par l'addition d'un constructivisme moral et d'un constructivisme politique. Le constructivisme moral, rattaché au renouveau des théories de la Justice trouve ses racines dans les travaux de John Rawls et de Ronald Dworkin. Plus spécifiquement, c'est l'application des théories de ces auteurs au cadre constitutionnel britannique qui compose cette sous-catégorie. Samuel Tschorne place ainsi au cœur de ce groupe doctrinal le travail du professeur du *Pembroke College* de Cambridge, Trevor R S. Allan. Il relève en ce sens que « la théorie publiciste de Trevor Allan constitue sans l'ombre d'un doute une parfaite illustration du constructivisme moral. Inspiré par les théories libérales de la justice politique qui ont fleuri depuis les années 1970, Trevor Allan a élaboré une conception caractéristique du droit public fondée sur les droits et libertés »¹⁷⁰³. Mais, l'ensemble des présupposés de cette dernière approche, et plus spécifiquement son incapacité à offrir une théorie explicative à la légitimité politique, se voient contredits par la troisième sous-catégorie de constructivisme : le constructivisme politique.

608. La cartographie déployée par Samuel Tschorne, entend par constructivisme politique :
« Un programme ambitieux au sein du droit public britannique qui fournit [1]

there is a danger of conflating "nineteenth-century constitutional arrangements with the rule of law" such that the concept of the rule of law gets frozen "into the institutional background of a particular period"».

¹⁶⁹⁹ M. Loughlin, « Tinkering with the Constitution », *The Modern Law Review*, vol. 51, n°4, pp. 531-548, p. 532.

¹⁷⁰⁰ S. Tschorne Venegas, *The theoretical turn in British Public law scholarship*, cit., p. 38.

¹⁷⁰¹ *Idem*.

¹⁷⁰² *Ibid.*, p. 60.

¹⁷⁰³ *Ibid.*, p. 88.

une compréhension distincte de la constitution britannique à travers l'articulation d'un modèle de constitution politique, [2] une description uniforme des dernières évolutions constitutionnelles comme des manifestations d'un passage de la constitution politique vers la constitution juridique, [3] une lecture judicieuse de l'histoire constitutionnelle britannique qui éclaire des aspects contemporain de la structure et de la trajectoire constitutionnelle britannique, [4] un engagement critique avec les courants de pensée préexistant (de Bagehot, Dicey, et Jennings à Griffith, Loughlin, Allan, Craig, etc.), [5] une lecture prescriptive de la constitution britannique basée sur une théorie républicaine qui réaffirme les vertus et le caractère inéluctable de la politique face à des perspectives naïves qui tentent de guider la politique par le droit »¹⁷⁰⁴.

609. Ce perspectivisme politique, associé au *political constitutionalism* est majoritairement associé aux travaux du professeur Adam Tomkins et distingue ces derniers des travaux politiques des professeurs John Griffiths et Martin Loughlin. En effet, les programmes doctrinaux formulés par les deux professeurs de la *LSE* sont quant à eux associés aux deux autres catégories dégagées par l'étude de Samuel Tschorne : les programmes déconstructivistes et reconstructivistes¹⁷⁰⁵.

610. Les programmes doctrinaux présentés comme « déconstructivistes » visent quant à eux à réenraciner le discours sur le droit public à la pratique de ce dernier¹⁷⁰⁶. Dès lors, les auteurs « doivent s'efforcer de décrire objectivement et expliquer les réalités politiques sur lesquelles l'objet se fonde en déployant les stratégies méthodologiques des sciences politiques et de la sociologie politique »¹⁷⁰⁷. Enfin les auteurs rattachés à la catégorie doctrinale dite « reconstructiviste », considèrent que la connaissance dans le champ du droit public n'est que « la reconstruction de la connaissance politique déjà existante »¹⁷⁰⁸. Une compréhension du droit public britannique suppose dès lors de « faire sens des structures conceptuelles du droit public en les situant dans les traditions de pensées qui ont contribuées à la formation du sujet. »¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 117-118.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 7.

¹⁷⁰⁶ *Idem.*

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 8.

¹⁷⁰⁹ *Idem.*

611. Les limites de la cartographie fondée sur les programmes épistémologiques. Face à cette cartographie épistémologique du paysage doctrinal contemporain, plusieurs observations doivent être formulées. Tout d'abord, le choix de l'axe de classification retenu par l'auteur conduit à voir une répartition fortement inégale des différentes doctrines individuelles entre les catégories déterminées par l'auteur. L'équilibre de la répartition des discours entre les catégories d'une classification n'est pas souhaitable si elle n'est pas la représentation de la réalité que vise à saisir cette modélisation. Pour autant, il convient de souligner que l'axe de classification retenu par Samuel Tschorne conduit à regrouper la très large majorité des discours doctrinaux contemporains sous la catégorie « *constructivism* » et amène *a contrario* la constitution d'une catégorie « *reconstructivism* » autour de la seule doctrine individuelle du Professeur Martin Loughlin¹⁷¹⁰.

612. Sans développer une analyse des dynamiques se jouant entre les catégories de cette classification, le risque pour la cartographie de Samuel Tschorne est de capturer, dans une représentation statique du champ doctrinal et de placer sur un pied d'égalité, des programmes doctrinaux ne rencontrant pas pourtant le même degré d'adhésion. Au-delà des qualités intrinsèques des programmes doctrinaux minoritaires présentés et érigés en catégories distinctes au même titre que les programmes doctrinaux dits « constructivistes », ce risque viendrait offrir une cartographie faussant la représentation du paysage doctrinal publiciste britannique, car ne retranscrivant pas les jeux et équilibres de pouvoirs discursifs internes au champ doctrinal. Ainsi, et en plus d'un axe de classification épistémologique, l'auteur, en ne soulignant pas le caractère minoritaire du discours « reconstructif », semble avoir opter pour une approche prescriptive et non descriptive du champ doctrinal.

613. En effet, en sacrifiant la réalité des « échelles doctrinales », autrement dit la réalité de la force des consensus et du poids plus ou moins important de certains discours doctrinaux pour la discipline « droit public », la représentation obtenue ne correspond plus tant à une représentation d'une réalité objective du monde doctrinal, mais apparaît comme une représentation localisée et orientée. En cela, la proposition de Samuel Tschorne met en lumière les effets emportés par le choix de l'axe de classification et l'échelle adoptée pour la représentation du paysage doctrinal. En effet et à l'image de l'étrangeté que peuvent abriter pour des observateurs contemporains des cartes anciennes ou non occidentales, comme l'Atlas d'Andrea Bianco ou la *Tabula Rogeriana*, la représentation du réel du champ doctrinal au

¹⁷¹⁰ Ibid., p. 159, « *Mainstream constructivist conceptions of public law theory are challenged by another theoretical approach that here will be called reconstructivism and which has been developed mainly by Martin Loughlin* ».

travers d'une modélisation sous forme de cartographie apparaîtra aussi étrange dès lors que le choix de l'axe de classification et de l'échelle adoptée ne se voient pas explicités et contextualisés. Aucune représentation n'est neutre et ni la connaissance, ni la modélisation du discours doctrinal n'échappent pas à ce constat.

614. La seconde observation à dresser face à cette cartographie nouvelle du paysage doctrinal publiciste britannique peut être étendue à la proposition de cartographie faite par Martin Loughlin tant dans sa dimension historique que contemporaine. Si ces deux représentations du monde doctrinal du droit public britannique renseignent sur le cadre théorique et épistémologique de différents programmes doctrinaux, elles n'éclairent que peu ou pas la modélisation que ces derniers vont donner à l'objet qu'ils se proposent de représenter. Contrairement à la cartographie proposée par les professeurs Harlow et Rawlings, l'objet même du discours passe au second plan et se trouve noyé derrière la matrice de ces mêmes discours. Ainsi ces deux représentations si elles offrent une carte, un guide pour comprendre la doctrine publiciste britannique, ne semblent pas s'adresser au même type d'explorateur qu'une cartographie pensée et centrée sur la représentation même de l'objet étudié.

615. En effet, en faisant le choix d'une représentation théorique ou épistémologique des discours doctrinaux et non centrés sur l'objet de ces discours, ces cartographies entendent représenter un niveau plus profond des structures conceptuelles organisant et conditionnant le discours sur le droit public au Royaume-Uni. Ce choix implique qu'un observateur interne au système juridique britannique, socialisé à ce dernier et aux représentations qui y sont données de l'objet « droit public » pourra comprendre et saisir les enjeux théoriques et épistémiques soulevés par ces cartographies. Qu'en est-il cependant pour les observateurs extérieurs ? Il apparaît ici qu'en faisant passer les représentations de l'objet droit public au second plan ces deux cartographies créent une forme de césure entre la matrice discursive et le produit de cette dernière, entre l'auteur et son discours. Or, une telle déconnexion implique pour toute personne extérieure au système, pour saisir ces représentations du paysage doctrinal de la doctrine publiciste britannique de commencer par se socialiser aux représentations produites par les programmes doctrinaux cartographiés avant de pouvoir, dans un second temps, saisir l'implication des cartographies proposées par Martin Loughlin et Samuel Tschorne. Le seul focus sur le cadre épistémologique et théorique, s'il permet une contextualisation des représentations doctrinales, n'offre pas une image complète de ces dernières. Les deux cartographies ont certes une dimension informative et de contextualisation, mais ne semblent pas offrir la meilleure représentation du paysage doctrinal britannique, entendue comme la plus accessible et compréhensible pour un observateur qui lui serait extérieure. Le cadre

théorique et épistémique doit pouvoir être reconnecté à son produit, la représentation de l'objet droit public. Pour ce faire, un autre mode de représentation du paysage doctrinal britannique doit-être préféré.

616. Les limites de ces représentations face au réel qu'elles entendent cartographier sont le marqueur de la complexité nouvelle de l'univers doctrinal du droit public britannique. Une représentation dualiste ne suffit plus à absorber et ordonner la diversification de ces positions qui se sont multipliées aussi rapidement que le droit positif s'est vu réformé. De même, le choix d'axes de classification unique ne semble plus permettre de faire sens ou même rendre intelligible cette multiplicité des programmes doctrinaux contemporains. De même, ne pouvoir le faire sans sacrifier le lien entretenu au cœur des paradigmes doctrinaux entre les représentations de l'objet du discours et les cadres théoriques et épistémiques qui conditionnent ces représentations n'est pas souhaitable. Dès lors, les axes de classification semblent être appelés à se multiplier afin de rendre compte à la fois de la diversification du champ doctrinal britannique, mais aussi de la profondeur nouvelle des questions théoriques et de la complexité pratique amenée par les réformes successives du droit public britannique et le tournant théorique effectué par sa doctrine.

§2. Faire sens du pluralisme doctrinal, vers l'émergence d'une modélisation contemporaine pour la doctrine publiciste britannique

617. Les axes de classification jusqu'alors utilisé pour représenter le paysage doctrinal britannique n'ont pas été en mesure de saisir la complexité de la doctrine publiciste contemporaine. Le choix d'un axe unique de classification, que ce dernier porte sur le droit administratif, les fondements de théorie politique ou les fondements épistémologiques, semble insuffisant pour rendre compte de cette complexité nouvelle. Partant de la construction d'une nouvelle cartographie doctrinale qui se voit cette fois être acceptée et reconnue par une très large part de la doctrine publiciste contemporaine (A.), l'étude se propose d'ajouter un second axe de classification afin de préciser dans le déploiement de nouvelles sous-catégories doctrinales le tableau donné de la doctrine publiciste britannique (B.).

A. Une catégorisation fondée sur le désaccord autour de la nature du droit public comme premier axe de classification

618. L'émergence et la reconnaissance d'une classification contemporaine des discours

doctrinaux britanniques. Les cartographies doctrinales présentées jusqu'à présent ne se sont pas imposées dans la langue de la doctrine publiciste britannique contemporaine et ne sont pas utilisées par celle-ci pour se qualifier et se désigner elle-même. Si la modélisation proposée par Carol Harlow et Richard Rawlings a pu être reprise par certains auteurs¹⁷¹¹, elle est aujourd'hui largement abandonnée pour laisser place à l'utilisation de nouvelles catégories visant à désigner les différents programmes doctrinaux publicistes concurrents existant aujourd'hui au Royaume-Uni. Ces catégories, déjà évoquées dans les pages qui précèdent, sont entrées dans le vocabulaire courant de la doctrine publiciste britannique. Ses auteurs les plus influents y ont recours et se désignent eux-mêmes sous les termes de *legal constitutionalists*¹⁷¹², *political constitutionalists*¹⁷¹³ ou encore *common law constitutionalists*¹⁷¹⁴. Ce souci de la désignation de soi et des autres dans le paysage doctrinal du droit public britannique contemporain suffit à lui seul à faire la preuve de l'effondrement du consensus autour du programme doctrinal majoritaire que représentait le modèle orthodoxe du droit public britannique. Ils sont le témoin d'une doctrine qui, se saisissant d'elle-même, se fait objet d'étude de son propre discours après s'être longtemps ignorée, préférant centrer son regard sur le seul objet de son discours.

619. Dans le cadre de la doctrine publiciste britannique contemporaine, ce mouvement d'introspection n'est pas le fruit du travail d'un seul auteur, mais, semble-t-il, davantage le produit d'une démarche collective. En effet, et si le point de départ de ce nouveau travail de cartographie doctrinale peut-être identifié dans les écrits d'auteurs comme Thomas Poole¹⁷¹⁵ ou le professeur Adam Tomkins¹⁷¹⁶, cet essai de classification s'est vu affiner par des critiques successives ayant conduits à l'apparition de nouvelles catégories et tissant dans un débat doctrinal nourri, un maillage conceptuel dense, bien que quelquefois redondant ou contradictoire. Un maillage néanmoins suffisamment précis, lorsque débarrassé de certaines de ses imperfections, pour faire apparaître entre ses réseaux conceptuels une nouvelle image du paysage doctrinal publiciste contemporain qui reconnecte à la fois les représentations de l'objet « droit public » aux différentes matrices et structures discursives permettant leur construction.

¹⁷¹¹ A. Tomkins, « In defense of the political constitution », *op. cit.*

¹⁷¹² P. Craig, « Political Constitutionalism and the Judicial Role: A response », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n°1, 2011, pp. 112-131

¹⁷¹³ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*; A. Tomkins, « In defense of the political constitution », *op. cit.*

¹⁷¹⁴ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, par. 1-024 et suiv.

¹⁷¹⁵ Pour exemple: T. Poole, « Back to the Future – Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, T. Poole, « Questioning common law constitutionalism », *op. cit.*

¹⁷¹⁶ Pour exemple : A. Tomkins, « In defense of the political constitution », *op. cit.*

620. La construction de la catégorie « *common law constitutionalism* » comme première étape de la constitution de cette nouvelle cartographie doctrinale. Au cœur de ce mouvement, l'article de Thomas Poole, *lecturer* à la *London School of Economics*, « *Questioning Common Law Constitutionalism* »¹⁷¹⁷ constitue l'un des premiers nœuds de cette nouvelle représentation du paysage doctrinal britannique. Premier d'une série d'articles dédiés à cette même question, Thomas Poole se propose d'y étudier une catégorie nouvelle de discours sur le droit public qu'il désigne sous le terme de *Common Law Constitutionalism*. La même année, le professeur Adam Tomkins propose de recourir à ce même concept pour désigner ce qu'il identifie lui aussi comme l'émergence d'un nouveau courant doctrinal¹⁷¹⁸. Au fondement de la constitution de cette nouvelle catégorie de discours doctrinaux se trouve l'identification par le *scholar* de la *LSE* d'un groupe d'auteurs composé par les professeurs T. R. S. Allan, P. Craig, J. Jowell, D. Oliver, mais aussi le juge J. Laws¹⁷¹⁹. Selon lui, « ces auteurs peuvent être regardés comme les premiers acteurs d'une révolution silencieuse qui a eu lieu dans la manière de penser le constitutionnalisme dans ce pays »¹⁷²⁰.

621. L'identification de ce groupe et son individualisation dans le paysage doctrinal publiciste contemporain repose sur l'observation d'un point de rapprochement entre ces auteurs autour de leur compréhension de la question du *judicial review* et du pouvoir qui y est exercé par le juge de *common law*. Les années quatre-vingt-dix et le début des années deux mille ont en effet vu se dessiner dans le champ du droit administratif un intense débat sur la nature et les fondements constitutionnels de la procédure de *judicial review*¹⁷²¹. Amorcé en 1987 par l'article du professeur Dawn Oliver, « *Is the Ultra vires the basis of judicial*

¹⁷¹⁷ T. Poole, « Questioning common law constitutionalism », *op. cit.*

¹⁷¹⁸ A. Tomkins, « The Role of the Courts in the Political constitution », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 60, n°1, 2010, pp. 1-22, p. 2, « Constitutional scholarship in the English-speaking world knows many schools of thought and accommodates a variety of methods or approaches to the subject. In recent years, one of the most significant distinctions has been that between political constitutionalism and legal constitutionalism (also known as common law constitutionalism or legal liberalism) ».

¹⁷¹⁹ T. Poole, « Questioning Common law constitutionalism », *op. cit.*, p. 152.

¹⁷²⁰ *Idem.*

¹⁷²¹ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, par. 1-024, T.R.S. Allan, « The Constitutional Foundations of Judicial Review: Constitutional Conundrum or Interpretative Inquiry », *CLJ.*, 2002, Vol. 61, p.87, P. Craig, « Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy », *PL*, 2003, p. 92 et suiv.; C. Forsyth, « Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review », *op. cit.*; M. Elliott, « The Demise of Parliamentary Sovereignty? The Implications for Justifying Judicial Review », *op. cit.*; M. Elliott, « The Ultra vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law », *C.L.J.*, 1999, vol. 58, pp. 129-158; C. Forsyth, « Heat and Light: A Plea for Reconciliation », in C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution* Oxford: Hart Publishing, 2000; M. Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford, Hart Publishing, 2001; C. Forsyth and M. Elliott, « The Legitimacy of Judicial Review », *P.L.*, 2003, p.286..

review ? »¹⁷²², cette controverse doctrinale a émergé du constat dressé à la suite de l'arrêt G. C. H. Q.¹⁷²³ selon lequel « le *judicial review* avait évolué d'un fondement sur la règle d'*ultra vires* à un souci pour la protection des individus et le contrôle du pouvoir en général et non plus de pouvoirs spécifiques, ou vires »¹⁷²⁴.

622. La rupture soulignée par le professeur Oliver entre une approche orthodoxe, centrée sur la notion d'*ultra vires*, et une approche nouvelle, se proposant de comprendre les dynamiques du *judicial review* comme construites autour de la question des droits et libertés, trace les contours de l'identité du groupe des *common law constitutionalists*¹⁷²⁵. Là où la première approche se rattache au programme doctrinal majoritaire et donc à la représentation orthodoxe du droit public britannique en ménageant la souveraineté du Parlement, la seconde vient au contraire, selon Thomas Poole, proposer un programme doctrinal concurrent. En effet, et contrairement à la « doctrine de l'*ultra vires* » qui lie le contrôle de l'administration par le juge à la volonté du Parlement, l'approche dite de *common law*, ne place pas au cœur de sa représentation du *judicial review* la volonté du Parlement, mais la protection des droits et libertés¹⁷²⁶. Dans cette première représentation du *judicial review* le Parlement, dernier déterminant à la fois par l'attribution de *delegated powers* à *Whitehall* le champ et l'étendue des pouvoirs spécifiquement délégués à l'administration pour la réalisation d'une politique publique déterminée, conférant par la même la base légale pour l'action du juge, légitimise le contrôle de ce dernier en en faisant un produit de sa volonté. Pour la seconde conceptualisation du *judicial review*, les droits et libertés qui fondent le pouvoir du juge, ne sont pas le produit d'une quelconque volonté législative, mais proviennent de la seule *common law*. C'est au regard de cette dernière que le juge apprécie ou non le respect par l'administration des limites assignées à l'exercice de ses pouvoirs¹⁷²⁷.

623. Ces limites, censées avoir été pensées et prescrites par un Parlement affirmé comme souverain dans le modèle orthodoxe, se voient définies et appréciées au regard de principe issus de la *common law*. Les principes de *fairness*¹⁷²⁸ ou de *Natural justice*¹⁷²⁹, construits de manière incrémentale par les juges au fil des *case laws*, deviennent le fondement légal du contrôle du juge qui au nom du respect d'un ensemble de droits issus de la *common law* se

¹⁷²² D. Oliver, « Is the ultra vires the basis of judicial review? », *P. L.*, 1987, Winter, pp. 543-569

¹⁷²³ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] A. C. 374,

¹⁷²⁴ D. Oliver, « Is the Ultra vires basis of judicial review ? », *op. cit.*, p. 543

¹⁷²⁵ T. Poole, « Questioning Common law constitutionalism », *op. cit.*, p 143.

¹⁷²⁶ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, par 1-023.

¹⁷²⁷ *Idem.*

¹⁷²⁸ *Idem.*

¹⁷²⁹ *Idem.*

voit libérer de la volonté du Parlement dans l'interprétation à donner du champ d'application des *delegated powers* et de leur respect par l'Exécutif et son administration¹⁷³⁰. Cette approche du droit administratif fondée sur les droits et libertés issus de la *common law* vient à être complétée par celle fondée sur les droits et libertés issus cette fois du *Human Rights Act* qui par le jeu déjà expliqué de ses articles 3 et 4, participe de même à l'extension du pouvoir du juge dans le contrôle de l'action de l'administration¹⁷³¹.

624. La centralité du débat autour de la doctrine de l'*ultra vires* et de la doctrine concurrente qu'est le « *common law constitutionalism* » a, selon Thomas Poole, « offert, pendant plus d'une décennie, un objet commun à de nombreux publicistes enclins à la théorie. Le débat s'est vu consacré une place importante dans les revues juridiques et il n'y a pas de signe immédiat de l'infléchissement de cette dynamique »¹⁷³². De manière assez similaire, le professeur Samuel Tschorne observe la centralité de ce même débat dans l'impulsion du « tournant théorique » et ses corollaires que sont à la fois l'expansion de l'univers de la doctrine publiciste britannique ainsi que la diversification de ses programmes doctrinaux¹⁷³³. Pour autant, T. Poole ne se contente pas d'observer les effets du discours des *common law constitutionalists* et de leur narration du *judicial review* sur la représentation du droit administratif. Le professeur Trevor Allan qui relève que « le débat sur l'*ultra vires* a 'obscurci les questions les plus importantes à propos de la nature et de la légitimité du rôle constitutionnel du juge' »¹⁷³⁴. A sa suite, Thomas Poole voit dans la renaissance de la tradition de *common law*¹⁷³⁵, plus qu'une simple controverse sur le droit administratif, mais bien l'émergence d'une nouvelle théorie pour le droit public.

625. Cette dernière, affirme Thomas Poole, « propose l'idée d'une politique constitutionnelle, centrale pour la vie de la communauté politique, qui serait enracinée dans des principes fondamentaux issus de la *common law* et structurés autour de l'institution des cours de *common law* »¹⁷³⁶. Ce premier essai de définition de la catégorie « *common law constitutionalism* » ne va néanmoins pas sans problème. Premièrement, l'ensemble des auteurs qui y sont rattachés par l'enseignant de la *LSE* apparaît comme hétéroclite, ce que ne manque pas de relever l'auteur lui-même¹⁷³⁷ et qui sera de même souligné par le professeur

¹⁷³⁰ *Idem.*

¹⁷³¹ *Idem.*

¹⁷³² T. Poole, «Questioning Common law constitutionalism», *op. cit.*, p. 143.

¹⁷³³ *Idem.*

¹⁷³⁴ *Ibid.*, 144.

¹⁷³⁵ *Idem.*

¹⁷³⁶ *Ibid.*, p. 142.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, p. 145.

Paul Craig¹⁷³⁸ dans l'une de ses critiques adressées au travail de Thomas Poole¹⁷³⁹. Deuxièmement, « peu des théoriciens en question ont travaillé de manière systémique afin de développer une théorie du droit public (britannique) »¹⁷⁴⁰. À l'hétérogénéité du groupe d'auteurs désignés sous la notion de « *common law constitutionalists* », s'ajoutent la fragmentation des questions abordées et l'absence, à première vue, d'une unité dans les discours doctrinaux développés.

- 626.** Pour autant, et malgré ces difficultés, Thomas Poole propose l'identification de deux critères principaux au cœur de son concept de « *common law constitutionalism* ». Ainsi, cette dernière catégorie impliquerait pour les discours doctrinaux s'y rattachant la combinaison de deux éléments : tout d'abord, la reconnaissance d' « une communauté politique ordonnée par un ensemble de valeurs fondamentales »,¹⁷⁴¹ mais surtout que cet « ensemble de valeurs [soit] organisé et protégé par la *common law* »¹⁷⁴². L'approche théorique retenue par T. Poole amène ce dernier à retenir comme principal critère d'identification au cœur du discours des *common law constitutionalists* une conception particulière de la *common law*. La *common law* serait un genre particulier de délibération morale¹⁷⁴³. Après avoir rappelé un ensemble d'arguments philosophiques¹⁷⁴⁴, juridiques¹⁷⁴⁵ et historiques¹⁷⁴⁶, développés notamment par John Laws¹⁷⁴⁷ ou encore le professeur Trevor Allan¹⁷⁴⁸, Thomas Poole, observe que selon cette approche, la *common law* trouverait dans cette nature morale, une valeur supérieure à la politique ordinaire, cette dernière n'étant pas « connectée avec des valeurs fondamentales »¹⁷⁴⁹. Dès lors, et pour les auteurs rattachés au courant du « *common law constitutionalism* » par Thomas Poole, « le droit public [constituerait] ainsi un ensemble de principes et droits d'un ordre supérieur »¹⁷⁵⁰.
- 627.** En somme, les *common law constitutionalists* se caractériseraient par la reconnaissance d'une supériorité normative aux principes de droit public issus de la *common law* à raison de la valeur et des qualités morales de cette dernière. Dès lors, le juge, en tant qu'auteur de la *common law*, disposerait d'un pouvoir constitutionnel moralement supérieur à celui du

¹⁷³⁸ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, par. 1-024.

¹⁷³⁹ *Ibid.*

¹⁷⁴⁰ T. Poole, « Questioning Common law constitutionalism », *op. cit.*, p. 145.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 146.

¹⁷⁴³ *Idem.*

¹⁷⁴⁴ *Idem.*

¹⁷⁴⁵ *Idem.*

¹⁷⁴⁶ *Idem.*

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 147.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 150.

¹⁷⁴⁹ *Idem.*

¹⁷⁵⁰ T. Poole, « Questioning Common Law constitutionalism », *op. cit.*, p. 153.

Parlement, ce qui justifierait de reconnaître ce dernier comme occupant une place fondamentale et centrale dans la constitution britannique, et ce à défaut du Parlement souverain tel que conceptualisé par le discours orthodoxe. Si cette représentation du droit public identifiée et décrite par Thomas Poole correspond en effet à certains des auteurs qu'il désigne comme appartenant à la catégorie « *common law constitutionalism* »¹⁷⁵¹, cette dernière ne peut être généralisée à l'ensemble des auteurs que T. Poole a entendu désigner sous ce terme. C'est ainsi dans le passage de l'identification d'une position commune, ou en apparence commune, dans le débat sur *le judicial review* à une généralisation sur les fondements théoriques d'une approche de *common law* du droit public britannique que Thomas Poole manque le pluralisme des auteurs défendant un *judicial review* fondé sur la *common law* et non la doctrine de l'*ultra vires*.

628. La construction collective d'une cartographie doctrinale plus précise. Face à ce travail de définition du *common law constitutionalism* dans le spectre duquel il se voit intégré par Thomas Poole, le professeur Paul Craig relève, et cela en critique directe de la construction catégorielle de Thomas Poole, que les fondements d'une compréhension par les droits et libertés du *judicial review* peuvent être multiples. Ils pourraient ainsi relever de fondements moraux¹⁷⁵², politiques¹⁷⁵³, d'une certaine compréhension du principe du *Rule of Law*¹⁷⁵⁴ ou encore tout simplement découler du *Human Rights Act*¹⁷⁵⁵. Ce constat emporte deux implications principales et distinctes. Tout d'abord, il pose la possibilité d'une reconnaissance de trois fondements de nature différente à la construction d'une approche du droit public fondée sur les droits et libertés et donc par essence en rupture et en concurrence avec le modèle orthodoxe tel que construit par A. V. Dicey. Ainsi, le droit public peut être pensé par le prisme des droits et libertés compris comme reposant ultimement sur un système de normes morales, politiques ou légales.

629. La première approche, qui ne concerne qu'un nombre marginal d'auteurs selon P. Craig¹⁷⁵⁶, correspond à la définition proposée par Thomas Poole pour le *common law*

¹⁷⁵¹ *Idem.*

¹⁷⁵² P. Craig, « Political Constitutionalism and the Judicial Role: A response », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n°1, 2011, pp. 112-131, p. 128.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, p. 129, « Tomkins's preferred position is also inconsistent with his earlier argument about the very nature of rights-based claims. Tomkins, as we have seen, follows Griffith and regards a rights-based claim as being a political statement of political conflict pretending to be a resolution of it ».

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 119.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 116.

¹⁷⁵⁶ P. Craig, « Political constitutionalism and judicial review », *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 58/2009, p. 40, « this paper by presenting a picture of moderate legal constitutionalism. This picture is in certain respects

constitutionalism. La seconde, que le professeur Paul Craig identifie sous le terme de *political constitutionalism*, vise au contraire les représentations comprenant les droits et libertés comme devant être déterminés par une décision politique prise au sein du Parlement. Cette compréhension du droit public comme continuité du politique s'inscrit dans la droite lignée de la pensée d'auteurs fonctionnalistes comme John. Griffiths ou Harold Laski sans reprendre nécessairement les structures des programmes doctrinaux développés par ces auteurs. Elle constitue cependant « le principal challenge académique posé à la légitimité du *judicial review* »¹⁷⁵⁷, le courant étant par nature sceptique à l'égard des cours de Justice. Peut-être est-elle enfin l'une de ces traces précédemment évoquées de l'influence indirecte du fonctionnalisme et de la tradition contestataire du droit public britannique dans la montée en puissance du pluralisme théorique.

630. Enfin, la troisième de ces conceptualisations du droit public se propose de reconnaître une certaine autonomie aux normes juridiques face aux autres ordres normatifs. Elle ne nie pas nécessairement leur existence ou leur importance dans le processus d'encadrement du pouvoir. En ce sens, Paul Craig souligne qu'« il n'y a rien dans le *legal constitutionalism* modéré, ou dans n'importe quel style de *legal constitutionalism* plus généralement, qui nie l'importance des méthodes de responsabilités non-juridiques. Les *legal constitutionalists* s'occupent de questions liées à la responsabilité et à la légitimité de manière indépendante de la question du *judicial review*. Il n'y a aucune raison pour eux de penser que les cours sont les seuls acteurs pertinents en matière de constitutionnalisme »¹⁷⁵⁸. Contrairement au portrait fait de ces derniers tant par Thomas Poole qu'Adam Tomkins, les *legal constitutionalists* ne rejettent pas l'apport de la part politique de la constitution britannique à la détermination des valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel¹⁷⁵⁹, pas plus qu'ils ne se réclament d'un libéralisme refusant toute intervention de l'État. Ces caractères dressés à l'encontre des *legal constitutionalists* par les *political constitutionalists* semblent d'avantage dénoter une

more 'mundane' than some of the more radical variants, although this is, it will be argued, a 'plus' rather than a 'minus' ».

¹⁷⁵⁷ P. Craig, « Political Constitutionalism and Judicial review », *op. cit.*, p. 1, voir dans le même sens, P. Craig, « Political constitutionalism and the Judicial Role: A response », *op. cit.*, p. 112, « A prominent strand of academic debate within the U.K. has been the challenge from political constitutionalists to the views espoused by legal constitutionalists concerning the balance between the "political" and the "legal" within public law ».

¹⁷⁵⁸ P. Craig, « Political constitutionalism and judicial review », *op. cit.* p. 55.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 56, «there is nothing within moderate legal constitutionalism that denies the important contribution made by the political process to fundamental values or valuable societal reform. Moderate legal constitutionalism is not premised on the assumption that the common law is the primary repository of fundamental values of the political community insofar as that connotes exclusivity. The common law will play a role in this regard, but this will be in conjunction with the political branch of government, not to the exclusion thereof. It is readily apparent, as political constitutionalists have rightly emphasized, that Parliament has made many positive contributions to the development of fundamental societal values, as you would expect in a democratic society».

confusion de la part des seconds entre les premiers et des courants doctrinaux connexes que sont le *common law constitutionalism* ou encore le discours orthodoxe.

631. Ainsi, en cherchant à défendre la position de ceux qu'ils dénomment comme « *moderate legal constitutionalists* »¹⁷⁶⁰, et dans le champ duquel s'inscrit son propre travail, Paul Craig participe de cette élaboration collective d'une représentation du champ doctrinal publiciste contemporain. En critiquant et déplaçant les définitions proposées par T. Poole pour le *common law constitutionalism*, en proposant l'identification claire de deux autres catégories de programmes doctrinaux publicistes, le professeur du *St Johns College* d'Oxford fait émerger la possibilité d'un premier axe de classification face au pluralisme doctrinal britannique liant à la fois la définition de l'objet « droit public » aux enjeux théoriques des discours contemporains. Ce premier axe, qui vient confirmer celui déjà adopté par Thomas Poole ou encore Adam Tomkins, pour l'identification du *common law constitutionalism*, est celui de la nature des normes constitutionnelles.

632. En effet, c'est en posant cette question que la répartition des discours doctrinaux entre trois courants principaux apparaît. Les *common law constitutionalism*, *legal constitutionalism* et *political constitutionalisms* identifiés par Paul Craig proposent tous les trois des réponses différentes à cette question. Ils font ainsi émerger une approche moraliste du droit public britannique, une approche politiste de ce dernier et enfin une approche légaliste. Chacune des réponses adoptées par ces courants doctrinaux à la question de la nature du droit public lie une théorie spécifique du droit public à une définition particulière de l'objet « droit public britannique ». L'approche politiste, en mettant l'accent sur les mécanismes d'expression et de responsabilité politique au sein du Parlement, conduit ses auteurs à limiter leur étude voire à dénier l'apport des cours de *common law* à la constitution britannique. La définition de l'objet « droit public » qui en résulte est très largement centrée sur la part politique de la constitution britannique. Au contraire, l'approche moraliste, en faisant des juges les seuls dépositaires d'une méthode de délibération morale à même de construire les valeurs et principes fondamentaux de la constitution, aura tendance à exclure de sa délimitation de l'objet droit public l'apport de la part politique de la constitution.

633. Face à ces approches, le courant légaliste, cherchera le plus souvent à faire sens de l'équilibre entre les deux parts de la constitution au travers de l'étude de mécanismes pensés comme juridique et dans lequel tant le *judicial review* que la suprématie du Parlement viennent s'intégrer. La difficulté éprouvée par les classifications précédentes à lier théorie et objet

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 2.

semble ici être dépassée et ces deux éléments être mis en dialogue, permettant ainsi une première esquisse du monde doctrinal des publicistes britanniques.

B. Le désaccord sur les sources du droit public comme second axe de classification

634. Les limites d'une classification limitée à la seule question de la nature du droit public britannique. Pour autant, cette classification tripartite ne suffit pas à faire sens du pluralisme doctrinal éprouvé depuis plusieurs années par le système juridique britannique. En effet, la réponse apportée à la question du premier axe de classification n'implique pas une justification unique et uniforme de la part des auteurs s'inscrivant dans l'un des trois courants doctrinaux identifiés. Si dans le champ du courant politiste des auteurs comme John Griffiths, Martin Loughlin, Thomas Poole, Adam Tomkins ou encore Richard Bellamy reconnaissent la nature politique des règles constitutionnelles, les fondements de cette reconnaissance sont multiples. Là où la réponse des trois premiers auteurs découle davantage d'un certain cadre méthodologique hérité de la tradition contestataire et centrée sur une approche empirique et descriptive de la réalité des équilibres institutionnels britanniques, les deux derniers se caractérisent eux au contraire par la défense d'un projet politique républicain faisant de leurs théories du droit public des représentations prescriptives visant à la réforme de la constitution au-delà de la réforme du discours académique sur cette dernière.

635. De même, le courant moraliste se voit dispersé entre différentes approches de la question morale. En ce sens, les écrits de Trevor Allan, inscrit dans la droite lignée des travaux de John Rawls et Ronald Dworkin¹⁷⁶¹ en postulant d'une certaine moralité politique se distinguent radicalement du retour d'un jusnaturalisme construit sur la morale aristotélicienne et représenté par les travaux d'un auteur comme le professeur John Finnis¹⁷⁶². La compréhension et l'utilisation de la pensée d'Aristote comme fondement de l'analyse constitutionnelle proposée par John Finnis se distingue de même de celle développée par le professeur Nicholas Barber dans son ouvrage *The Constitutional State*¹⁷⁶³. Comment dès lors regardés comme une catégorie uniforme des auteurs inscrits dans une philosophie morale héritée du libéralisme rawlsien et ceux participants tout au contraire d'une résurgence d'un jusnaturalisme parfois

¹⁷⁶¹ Voir pour exemple : T. R. S. Allan, « The Moral Unity of Public Law », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 67, n°1, 2017, pp. 1-30, p.1.

¹⁷⁶² J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, OUP, Clarendon Law Series, 2^e éd., 2011.

¹⁷⁶³ N. Barber, *The Constitutional State*, op. cit.

très conservateur¹⁷⁶⁴ ?

636. Enfin, et de manière peut-être plus marquante encore, c'est dans le champ du courant légaliste qu'apparaît la plus grande diversité de justifications apportées. En effet, et face à la tension exercée par les nouveaux équilibres institutionnels créés lors de l'émergence de la « nouvelle constitution britannique », les interprétations des rapports entre les acteurs juridiques de la constitution se voient démultipliées. Ainsi, persistent des approches légalistes centrées sur la volonté juridique du Parlement¹⁷⁶⁵, là où d'autres en concentrant leur regard sur le développement du rôle constitutionnel du juge de *common law* offrent une nouvelle représentation de l'objet « droit public britannique »¹⁷⁶⁶. Ces dernières se voient complétées par des compréhensions dialogiques du pouvoir juridique exercé par ces deux institutions¹⁷⁶⁷ ou encore tout simplement par un questionnement de la réalité du fondement national du droit public britannique face au développement des systèmes supranationaux et globaux¹⁷⁶⁸. De cette mosaïque de programmes doctrinaux qui dépasse largement les frontières posées par les trois courants principaux identifiés émerge la nécessité de déterminer de nouveaux axes de classifications, et ce, afin de faire sens du pluralisme interne à chaque courant. Après avoir déterminé la nature du droit public britannique, c'est la question de son auteur principal qui semble se dessiner comme nouvel axe de classification. En effet, tant la controverse autour de l'*ultra vires* que le travail de cartographie du champ doctrinal tel que proposé par T. Poole ou Paul Craig laisse apparaître l'absence d'un consensus autour de l'auteur principal de la norme constitutionnelle.

637. Le recours nécessaire à un second axe de classification pour faire sens du pluralisme doctrinal dans le champ du droit public contemporain. Dans le cadre du courant doctrinal légaliste, la fragmentation des courants doctrinaux résulte de l'absence de consensus doctrinal autour de la détermination de l'auteur principal de la constitution comme

¹⁷⁶⁴ Voir pour exemple: J. Finnis, «Law, Morality and 'Sexual Orientation'», *Notre Dame Law review*, vol. 69, n°5, 1994, pp. 1049-1076.

¹⁷⁶⁵ M. Elliott, « The Demise of Parliamentary Sovereignty? The Implications for Justifying Judicial Review », *op. cit.*; M. Elliott, « The Ultra vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law », *C.L.J.*, 1999, vol. 58, pp. 129-158; C. Forsyth, « Heat and Light: A Plea for Reconciliation », in C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution* Oxford: Hart Publishing, 2000; M. Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford, Hart Publishing, 2001; C. Forsyth and M. Elliott, « The Legitimacy of Judicial Review », *PL*, 2003, p.286.

¹⁷⁶⁶ P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, par. 1-023.

¹⁷⁶⁷ A. L. Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, OUP, 2017; , Sir John Laws, « Law and democracy », *PL*, Spr 1995, pp. 72-93.

¹⁷⁶⁸ N. Walker, «Our constitutional unsettlement», *op. cit.*; N. Walker, « The Post-national Horizon of Constitutionalism and Public Law: Paradigm Extension or Paradigm Exhaustion?», in. C. Mac Amhlaigh, C. Michelon, N. Walker, *After Public Law*, Oxford, OUP, 2013, pp.241-263.

norme juridique. Si le discours orthodoxe avait permis de répondre à cette question en répondant par le principe de souveraineté du Parlement, la faillite de ce dernier principe dans le droit positif a amené à l'émergence d'au moins quatre approches distinctes du problème. La première, qui sera ici désignée sous le terme de *classical legal constitutionalism* entend reconnaître comme au fondement de la constitution la volonté juridique du Parlement. Héritière du programme doctrinal orthodoxe, cette approche se caractérise par une approche pensée comme descriptive et trouve un relais à la fois dans une doctrine universitaire importante, mais aussi par une cristallisation partielle dans *la common law* par son utilisation dans le discours du juge. Pour autant, et contrairement au discours orthodoxe, ce groupe doctrinal n'agrège pas un consensus suffisant pour prétendre à une position de programme doctrinal majoritaire dans le champ doctrinal britannique.

638. Ce premier groupe doctrinal au sein du courant légaliste se voit en effet concurrencé par trois autres groupes doctrinaux proposant chacun une réponse différente à la question de la détermination de l'auteur principal de la constitution britannique. Le premier de ces trois groupes, désigné pour cette étude sous le terme de « *bi-polar sovereignty theory* », postule d'une écriture dialogique de la constitution entre le Parlement et le juge. Le fondement de cette doctrine est l'observation des évolutions des rapports entre pouvoir législatif et judiciaire depuis l'instauration du *Human Rights Act*. Le jeu des articles 3 et 4 du *HRA*, le recours à la déclaration d'incompatibilité ou encore au principe de *judicial deference* mais aussi le développement de *common law constitutional rights* pouvant être ultimement modifiés par le Parlement orientent ce groupe doctrinal sur la piste d'une co-écriture de la constitution reposant en premier lieu sur une coopération loyale entre Parlement et Juge¹⁷⁶⁹. Ce groupe doctrinal, plutôt minoritaire postule d'une méthode descriptive et trouve sa source dans les écrits non judiciaires des juges. Il est le produit d'une co-construction entre le juge et la doctrine académique et a émergé dans les décisions et discours de Sir John Laws¹⁷⁷⁰ avant d'être présenté et systématisé dans l'ouvrage du professeur Alison Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*¹⁷⁷¹.

639. Le second groupe doctrinal qui sera désigné sous l'expression de « *legal common law constitutionalism* », sans rejeter le rôle du Parlement dans l'écriture de la constitution fait néanmoins du juge son auteur le plus actif et important. Constituée sur la base de la controverse de l'*ultra vires* et l'adoption du *Human Rights Act*, ce dernier courant trouve un

¹⁷⁶⁹ C. J. S Knight, «Bi-polar sovereignty», *Cambridge Law Journal*, vol. 68, n°3, 2009, pp.361-387, p. 361.

¹⁷⁷⁰ , Sir John Laws, « Law and democracy », *op. cit.*

¹⁷⁷¹ A. L. Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, *op. cit.*

relais dans l'action du juge de *common law*. En effet et s'il n'y fait pas de références aussi directes qu'aux principes qui ont composé le discours orthodoxe, la redéfinition de la souveraineté du Parlement, la cristallisation de conventions de la constitution dans le droit et de manière générale le *judicial activism* qui a marqué la période du *Brexit* afin d'encadrer l'Exécutif et protéger le Parlement, semblent trouver un meilleur cadre d'explication et de représentation dans la modélisation du droit public britannique proposée par ce groupe doctrinal. Ce courant trouve à s'exprimer tout particulièrement dans les écrits du professeur Paul Craig et plus particulièrement dans ses travaux historiques sur le *judicial review* permettant à ce dernier de réenraciner cette procédure de droit administratif dans l'histoire de la *common law* britannique¹⁷⁷².

640. Enfin, et dernièrement, le courant légaliste rassemble aussi et de manière plus marginale des auteurs écartant une source nationale au droit public pour lui préférer une approche globale. Ce « *Global constitutionalism* » qui permet notamment de donner une lecture de la *Devolution* plus favorable aux nations ne se voit pas reprise par les juges de *common law*. Elle apparaît comme le produit des travaux d'auteurs comme Neil Walker¹⁷⁷³ et permet de réintroduire dans la lecture de la doctrine publiciste britannique une perspective écossaise qui rappelle, nécessairement, le caractère hétérogène des contextes culturels dans laquelle s'inscrit « la » doctrine publiciste britannique.

641. À cette classification nouvelle au sein même du courant légaliste, s'ajoute par un même processus l'identification de sous-ensembles doctrinaux au sein des courants politistes et moralistes. Ce dernier, caractérisé par une approche majoritairement prescriptive, se voit éclaté entre un « *moral common law constitutionalism* » qui reconnaît comme source principale de la constitution les principes de *common law* construits par délibération morale par les juges ; et un « *natural law constitutionalism* » pour lequel l'ordre moral juridique n'est pas indépendant et ne peut être lu que par le prisme d'un ordre moral qui lui préexiste comme celui développé par la pensée classique ou l'étude de textes religieux. Bien que très minoritaire et reposant sur un système théorique extrêmement abstraite, ce dernier groupe doctrinal voit son principal auteur, le professeur John Finnis, occuper la *Vinerian Chair* du *All Souls College* d'Oxford, chaire occupée en son temps par A. V. Dicey. Le premier de ces deux courants moralistes trouve quant à lui sa plus claire expression dans les travaux du professeur Trevor

¹⁷⁷² P. Craig, *Administrative Law*, op. cit.; P. Craig, «Proportionality and Judicial review: a UK historical Perspective», *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 42/2016, 2016, pp. 1-32.

¹⁷⁷³ N. Walker, «Our constitutional unsettlement», op. cit.; N. Walker, « The Post-national Horizon of Constitutionalism and Public Law: Paradigm Extension or Paradigm Exhaustion? », in C. Mac Amhlaigh, C. Michelon, N. Walker, *After Public Law*, Oxford, OUP, 2013, pp.241-263

Allan¹⁷⁷⁴.

- 642.** Enfin, le courant politiste s'individualise par rapport aux deux précédents par son consensus généralisé autour de la détermination de l'auteur principal de la constitution : le Parlement, en tant que représentant légitime de la volonté des citoyens voit sa volonté être reconnue comme la source principale de la constitution britannique comprise comme norme politique. Le désaccord se situe donc à un autre niveau que la simple désignation de l'auteur des normes constitutionnelles. La fracture du courant politiste en différentes sous-catégories semblent ici se jouer davantage sur une question méthodologique et épistémique entre d'un côté des discours prescriptifs comme ceux qui émaillent le « *Republican constitutionalism* » ou les « *Critical approaches* ». Ces derniers groupes doctrinaux, en faisant des normes de droit public des consensus temporaires sur les valeurs en partages au sein de la société, proposent des projets politiques visant à déplacer et améliorer ces consensus. En ce sens, ni la structure constitutionnelle, ni le contenu des droits et libertés ne doivent être figés dans des règles définitives mais sont tout au contraire appelés à évoluer en fonction des équilibres politiques exprimés au Parlement. Les mouvements de contraction ou d'extension que pourrait alors connaître le droit public ne sont que la résultante d'un mouvement politique qui s'impose au droit et ne doit pas être regardé comme problématique tant que la possibilité de voir émerger de nouveaux consensus politiques et donc de nouvelles structures constitutionnelles ou de nouvelles définitions des droits et libertés se voit rouvert à chaque nouvelle élection. *A contrario*, le développement d'une doctrine de « *Political Jurisprudence* » dans les travaux du professeur Martin Loughlin vise davantage, et par l'adoption d'une démarche pensée comme descriptive et contextuelle, à représenter la réalité de l'incidence du politique sur l'ordre constitutionnel britannique. En ce sens, ce dernier groupe doctrinal semble pouvoir être rapproché du groupe *Jus politicum* avec lequel il entretient des relations privilégiées¹⁷⁷⁵.
- 643.** Cette classification, en se fondant sur les lignes de force tracées par les échanges doctrinaux entre Thomas Poole, Adam Tomkins et Paul Craig, propose une cartographie nouvelle du champ doctrinal britannique. Sans prétendre saisir toute la complexité de ce dernier, elle permet néanmoins de mettre en lumière la richesse de ces réseaux nouveaux de représentations du droit public et appelle maintenant à saisir les mécanismes théoriques et les dynamiques méthodologiques qui en ont permis la constitution.

¹⁷⁷⁴ . R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993; T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*

¹⁷⁷⁵ Voir, *infra*, par. 991.

CONCLUSION

CHAPITRE 1

644. La doctrine publiciste britannique s'est longtemps comprise au travers d'un dualisme fort où le modèle orthodoxe, agréant un consensus majoritaire autour de sa description de l'objet « droit public » mais aussi de sa fonction idéologique et identitaire, a pu éclipser la diversité des positions doctrinales au cœur de la tradition contestataire du droit public britannique. Cette dernière tradition, appuyée sur des cadres théoriques divergeant du projet libéral et conservateur du modèle orthodoxe, n'a pas trouvé les réseaux et dynamiques suffisants pour permettre sa diffusion et sa socialisation auprès des praticiens mais aussi des auteurs académiques formant la doctrine publiciste britannique. Si cette tradition contestataire est restée constante, elle n'a pu renverser le monopole exercé par le programme doctrinal orthodoxe sur les manières de dire et penser le droit public.

645. Pour autant, les évolutions soutenues du droit positif, parce qu'elles ont mis en lumière un écart de plus en plus important entre les représentations du modèles orthodoxe et la réalité du droit public tel que compris et pratiqué par les institutions et les praticiens, sont venues fragiliser, définitivement, le consensus doctrinal formé autour du modèle orthodoxe. Cette dynamique d'affaiblissement du consensus doctrinal n'a cependant pu être rendue possible qu'en ce qu'elle s'est accompagnée, de manière plus profonde, par une remise en cause des présupposés idéologiques et identitaires du modèle orthodoxe. Ce faisant, l'espace nécessaire et suffisant pour la construction de nouveaux modèles explicatifs du droit public britannique a pu émerger. Ces nouveaux modèles se nourrissent des critiques déjà formulées par la tradition contestataire et ont pu, avec davantage de facilité, s'ériger comme de réels concurrents à un modèle orthodoxe affaibli. Ainsi, le dualisme doctrinal caractéristique du discours sur le droit public britannique jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix a laissé place à un pluralisme intense, marqué par la démultiplication des programmes doctrinaux concurrents pour dire et saisir le droit public britannique.

646. Face à ce nouveau paysage doctrinal, les tentatives des publicistes britanniques pour faire sens de ce pluralisme ont amené à l'élaboration de diverses cartographies doctrinales. Les premières, prenant pour point de départ à leur classification le dualisme de la doctrine publiciste britannique, n'ont pas semblé capable d'absorber la complexité contemporaine des positions doctrinales sur le droit public. Si elles offrent une première « culture » de

l'identification et de la dénomination différents courants internes à la doctrine publiciste britannique, elles ne parviennent pas à en rendre une image pleinement pertinente. Une cartographie doctrinale semble néanmoins émerger et être adoptée par la majorité des publicistes britanniques pour se désigner et se penser eux-mêmes. Cette cartographie, loin d'être le fruit du travail d'un auteur unique est au contraire le produit d'une œuvre collective. Prenant pour axe de classification les différentes compréhension de la nature du droit public britannique, elle se propose de distinguer entre les discours doctrinaux rattachés au courant légaliste pour lesquels la nature du droit est juridique et distincte d'autres formes de normativité, ceux qui appartiennent au courant moraliste et pour lesquels le droit appartient au champ des normes morales, et enfin le courant politiste dans lequel se retrouvent les discours doctrinaux affirmant la nature politique du droit.

647. Bien que cette classification tripartite offre une lecture pertinente du paysage doctrinal publiciste contemporain, l'hétérogénéité de chacune de ces catégories appelle à préciser encore un peu plus cette cartographie doctrinale. Aussi, l'étude s'est proposée d'ajouter un second axe de classification visant à se superposer au premier. Ce second axe entend permettre de distinguer au sein de chacun des trois grands courants doctrinaux identifiés des groupes doctrinaux plus réduits, caractérisés par des consensus localisés autour de la question de la source principale du droit public. En utilisant ce nouvel axe de classification, quatre sous-catégories ont pu émerger dans le champ du courant légaliste : le *classical legal constitutionalism*, le *legal common law constitutionalism*, le *bi-polar sovereignty theory* et le *global constitutionalism*. Dans le champ des approches moralistes, le jeu de ce second axe de classification a permis de distinguer entre *moral common law constitutionalism* et *justnaturalism*. Dans le champ des approches politiques en revanche, le partage en sous-catégories ne s'est pas effectué autour de la question de la source principale du droit, toutes les approches acceptant que le Parlement représente cette source ultime du droit public, mais davantage autour d'une question méthodologique et épistémologique. Il convient ainsi de distinguer entre les approches prescriptives comme celle *du Republican constitutionalism* ou des *Critical approaches* là où au contraire la *political jurisprudence* doit être regardée comme une démarche descriptive.

648. Face à ce tableau fragmenté et complexe, le champ doctrinal du droit public britannique semble éclaté en une multiplicité de courants et groupes doctrinaux proposant des interprétations concurrentes pour déterminer la nature et les sources du droit public britannique. Si cette diversité et les tensions qu'elle génère semble parfois pouvoir laisser

craindre à un éclatement disciplinaire, il convient dès à présent de rechercher ce qui dans le cadre théorique et méthodologique du droit public contemporain permet d'expliquer la soudaine remise en cause du dualisme doctrinal jusque là observé.

CHAPITRE 2

LE « TOURNANT THEORIQUE » DE LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE COMME MARQUEUR DE LA DIVERSIFICATION DOCTRINALE

649. La recherche d'une cartographie de la doctrine publiciste britannique par les auteurs appartenant à cette même doctrine, met en lumière le souci d'une connaissance de soi, ou du moins, le besoin d'une réflexion de la doctrine, ou plutôt des doctrines publicistes, sur leurs propres identités. Cette réflexion n'a cependant été rendue possible que par l'érosion et l'éclatement du consensus autrefois majoritaire, agrégé autour du discours orthodoxe sur le droit public britannique. Cette érosion d'abord amorcée par la faillite de la fonction scientifique du discours orthodoxe n'a pu être réalisée sans la remise en question, au-delà des qualités descriptives du modèle, des fonctions identitaires et idéologiques de ce dernier. C'est en particulier dans cet espace spécifique de véridiction du discours que semble s'être jouée la possibilité d'un vacillement, puis d'un effondrement du consensus doctrinal jusqu'alors majoritaire. Si l'identité du modèle orthodoxe s'est d'abord construite dans son rapport à des discours-autres situés en dehors du champ du discours sur le droit, avant de se confirmer et se figer dans une opposition frontale, mais clairement identifiable avec les discours fonctionnalistes ; l'émergence d'un pluralisme des discours publicistes dépassant le dualisme sur lequel la discipline britannique du droit public s'était fondée, fait apparaître soudainement de nouveaux « autres » au cœur même d'un champ discursif qui se pensait, plutôt, de manière holiste. Les valeurs jusqu'alors en partage, libéralisme classique, conservatisme, se dispersent dans de nouveaux autres théoriques et idéologiques. Or, c'est dans l'émergence même de ces autres au cœur de ce qui pouvait apparaître comme une identité claire du champ doctrinal que se joue le besoin de nommer ces identités discursives nouvelles.

650. Ce mouvement au cœur de la doctrine publiciste britannique fait échos aux propos du professeur Renaud Baumert lorsque ce dernier relève qu'« il y aurait ainsi des époques où ces disciplines, cherchant à se saisir elles-mêmes, seraient travaillées par le démon de l'épistémologie et de l'abstraction méthodologique. À quoi succéderaient des phases où, redoutant le péril des généralisations hâtives, les spécialistes se replieraient sur l'étude de cas et la singularité des terrains »¹⁷⁷⁶. Le mouvement de balancier qui se glisse au cœur de la

¹⁷⁷⁶ R. Baumert, « les programmes doctrinaux ... », *op. cit.*, p. 210

théorie générale de la doctrine esquissée par le professeur Renaud Baumert¹⁷⁷⁷, semble s'illustrer et se confirmer dans les dynamiques connues par la discipline « droit public » au Royaume-Uni depuis sa constitution. Dans une période d'expansion doctrinale, le pluralisme apparu dans les interprétations et représentations de l'objet d'étude de la doctrine publiciste britannique semble favoriser et alimenter les réflexions sur l'identité de cette dernière. La réflexion épistémologique est nourrie, et nourrit en retour, le pluralisme du paysage doctrinal britannique.

651. L'émergence de l'Autre appelle à s'interroger sur sa propre identité. En matière de discours et de représentations scientifique, cette enquête sur les structures et concepts qui composent l'identité d'un discours est rendue possible par les outils offerts par l'épistémologie. L'apparition d'un « discours autre » appelle donc à s'interroger sur l'épistémologie de l'univers discursif concerné afin d'en mettre à jour l'identité. Mais, il semble en retour difficile de savoir si la constitution d'un tel « discours autre » n'est pas rendu possible en amont par le recours, dans une visée critique, aux mêmes outils de l'épistémologie juridique. Le mouvement entre la connaissance et la diversification du discours doctrinal abrite sans doute des dynamiques plus complexes que celles rapidement exposées. Demeure néanmoins, que le constat de cette auto-analyse pratiquée par la doctrine publiciste britannique comme besoin de faire sens du pluralisme nouveau qui la compose, permet de mettre en lumière une concordance entre les périodes d'expansion doctrinales et la nécessité pour cette même doctrine de construire des métathéories visant à saisir et faire sens de ses propres évolutions. Ainsi, et en comparaison, les appels aujourd'hui plus fréquents au sein de la doctrine publiciste française à faire usage de l'épistémologie juridique, comme ceux relayés par le professeur Renaud Baumert¹⁷⁷⁸, le professeur Alexandre Viala¹⁷⁷⁹ ou le professeur Albane Geslin¹⁷⁸⁰, la reconnaissance plus marquée de courants doctrinaux concurrents au programme doctrinal majoritaire comme le courant droit politique ou le réalisme nanterrois, peuvent interroger et laisser se demander si la doctrine publiciste française, dans le souci soudain de se saisir et se comprendre elle-même, ne vivrait pas les tressaillements annonçant l'entrée dans une période d'expansion doctrinale.

652. Mais, et plus qu'un simple questionnement épistémologique, le pluralisme de la doctrine publiciste contemporaine semble devoir son émergence à la réorientation de l'enseignement

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁷⁹ A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*

¹⁷⁸⁰ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*

et de la recherche juridique vers un enseignement « libéral », tourné vers l'influence nord-américaine. Cette réorientation a entraîné, au cœur du discours sur le droit public britannique, le retour de la méthode de *jurisprudence*. Cette méthode participe du tournant théorique qui anime la recherche sur le droit public au Royaume-Uni (*Section 1.*) alors que parallèlement les auteurs ayant recours à cette méthode pour construire de nouvelles théories du droit public ont redécouvert l'utilité et la force de l'argument historique pour le discours sur le droit britannique et l'utilisent pour venir justifier leurs systèmes de représentation. Ce retour de la matière historique dans le champ de l'étude du droit public interroge l'existence de méthodes permettant de faire sens de cette dernière sans céder à une instrumentalisation et à un présentisme qui dénaturerait la donnée historique. Il devient aussi un enjeu de pouvoir doctrinal où se joue la possibilité pour un programme doctrinal d'emporter un consensus plus large qu'un de ses concurrents et peut-être, à terme, la possibilité de s'imposer comme la représentation majoritaire pour le droit public britannique (*Section 2.*).

Section 1. La dispersion méthodologique du droit public britannique et le développement de la méthode de « Jurisprudence »

653. « Le rôle central joué par la théorie à notre époque la distingue des périodes précédentes où l'étude académique du droit tendait à impliquer l'analyse, l'exposition et la systématisation des décisions »¹⁷⁸¹. Le constat du professeur Thomas Poole, rapporté par Samuel Tshorne en introduction à son travail de thèse dédié à l'étude du « tournant théorique » dans les discours académiques sur le droit public britannique, est une réponse directement adressée à l'observation classiquement faite à l'étude du droit constitutionnel et du droit administratif britannique. Cette dernière serait athéorique. Le qualificatif, loin d'être pensé comme péjoratif, apparaît comme « un compliment inversé »¹⁷⁸², « les termes 'théorie' et 'théorique' pouvant contenir la résonance d'un opprobre »¹⁷⁸³. Un marqueur, pour le professeur Carole Harlow, à la fois de l'héritage du positivisme au Royaume-Uni, mais aussi, et peut-être plus fondamentalement, de la culture pragmatique en Angleterre¹⁷⁸⁴. Si Lord Reid

¹⁷⁸¹ T. Poole, *A history of administrative law scholarship in England & Wales*, manuscript, cite par S. Tshorne Venegas, *The theoretical turn in British public law scholarship*, *op. cit.*, p. 6, n. 3.

¹⁷⁸² C. Harlow, « Changing the Mindset: The place of Theory in English Administrative Law », *OJLS*, Vol. 14, N. 3, 1994, pp. 419-434, p. 419.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, p. 420.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 419.

a pu affirmer qu'« un peu de faits valaient des tonnes de théorie »¹⁷⁸⁵, ce rejet de la théorie dans l'étude du droit public britannique traduit avant tout l'équilibre précaire qui a accompagné la construction du discours sur le droit britannique comme discipline académique. Soumis à une tension permanente entre reconnaissance du milieu professionnel et reconnaissance du monde académique au regard de sa nature de discipline appliquée, le discours sur le droit britannique a oscillé entre un dévouement total au monde professionnel et une aspiration à la reconnaissance du monde académique par son inscription dans un projet d'amélioration de la connaissance supposant dès lors le recours à une théorisation de son objet. Cette hésitation a conduit au développement d'une recherche et de modes d'enseignements qui tendaient à réduire sa charge théorique au profit de sa capacité d'exposition et d'explication des mécanismes du droit positif.

654. Cette tension, matérialisée dans l'évolution et la reconfiguration de l'identité des chercheurs sur le droit britannique à travers le passage d'une tradition discursive centrée sur la seule exposition du droit vers sa cohabitation avec les *socio-legal studies* ; mais aussi le passage d'un enseignement purement professionnel vers un enseignement dit « libéral » intégrant un ensemble de cours à visée théorique, a profondément impacté le cadre méthodologique du discours sur le droit britannique et par extension celui sur le droit public. Cette reconfiguration se traduit ainsi jusque dans les méthodes adoptées par les discours sur le droit britannique et en particulier le recours à une méthode inconnue des juristes continentaux : celle de la *Jurisprudence* (§1.).

655. Longtemps confondue avec les frontières de la théorie du droit, le renouvellement et la redéfinition de la *Jurisprudence* comme méthode d'« *extraversion* »¹⁷⁸⁶ des juristes britanniques font de cette dernière une méthode interdisciplinaire jouant le rôle d'interface entre le discours disciplinaire sur le droit britannique et son extérieur. Intégrée au cœur des modèles prescriptifs contemporains, elle met alors en dialogue une pluralité infinie de cadres théoriques extérieurs au discours sur le droit et les structures et concepts de ces mêmes discours, poussant dès lors les auteurs de ces discours à éclairer, sous de nouveaux angles, les méthodes propres au discours juridique et d'en souligner les apories. En ce sens, le recours à la méthode de la *jurisprudence* dans le discours sur le droit public britannique comme pour

¹⁷⁸⁵ Lord Reid, «The Law and the Reasonable Man», *Proceedings of the British Academy*, 1968, p. 193.

¹⁷⁸⁶ R. Cotterrell, « Pandora's Box : Jurisprudence in Legal Education », *International Journal of the Legal Profession*, vol. 7, 2000, pp. 179-188, p. 181, « *The approach relates to jurisprudence's role as what Julius Stone called the lawyer's 'extraversion', 6 a turning outwards to look at law's contexts, to locate law in the broadest and most diverse intellectual, moral and social settings, to stand (notionally) in those settings and see how law appears; perhaps to stand outside law in some way or, at least, outside the legal thoughtways becoming increasingly familiar to the law student through the study of legal doctrine in other law school subjects* ».

l'ensemble des autres branches du droit britannique entraîne la réévaluation et une diversification des cadres théoriques de ce discours à la lumière d'apports extra-juridiques, et ce, jusqu'à la crainte même d'une dispersion méthodologique du discours sur le droit public britannique (§2.).

§1. La redéfinition de la méthode de la Jurisprudence, marqueur du renouveau théorique du discours sur le droit britannique

656. Longtemps enfermée dans une définition restreinte limitant sa signification à être synonyme de théorie du droit (A), la Jurisprudence a fait l'objet d'un vaste travail de redéfinition qui participe de son renouveau méthodologique (B).

A. La définition classique de la *Jurisprudence*

657. La difficile définition classique de la *Jurisprudence*. « Le terme '*Jurisprudence*' est imprécis »¹⁷⁸⁷. Le constat dressé par Suri Ratnapala en introduction à son ouvrage introductif à l'étude de la *jurisprudence* annonce la double difficulté portée par cette dénomination. La première de ces difficultés, sémantique, apparaît peut-être plus facilement à un juriste français qui pourrait voir dans cette terminologie un faux ami de la langue anglaise et, dès lors, comprendre le terme « *jurisprudence* » comme désignant « l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période dans un domaine du droit » ou et, « dans un sens plus restreint, [l'] ensemble des décisions concordantes rendues par les juridictions sur une même question de droit »¹⁷⁸⁸. La terminologie anglaise pourrait en effet laisser entendre un sens similaire pour le terme *jurisprudence* en ce qu'il peut aussi y désigner l'ensemble des « interprétations du droit donné par une cour (...). Pris en ce sens le terme 'jurisprudence' n'est pas synonyme de 'droit', mais se réfère aux approches juridiques et aux doctrines associées à des cours en particulier »¹⁷⁸⁹. Le terme anglais désigne aussi, parfois, « un corpus de règles substantielles, de doctrines, d'interprétations et d'explications qui forment le droit d'un État »¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁷ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge, CUP, 3^e éd., p. 3.

¹⁷⁸⁸ S. Guinchard, T. Debard, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 28^e édition, 2020, p. 613.

¹⁷⁸⁹ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁹⁰ *Idem*.

- 658.** Pour autant, il apparaît dans cette polysémie déjà esquissée que le terme de « *jurisprudence* » ici utilisé ne saurait signifier aucun des éléments jusqu’alors mentionnés. En effet, l’emploi du terme « *jurisprudence* » s’entend ici de l’ensemble « des investigations scientifiques et philosophiques sur le phénomène social du droit et de la justice en général »¹⁷⁹¹.
- 659.** Une fois cette définition posée, apparaît cependant la deuxième difficulté portée par la tentative de définition du terme *jurisprudence* et de son rôle dans le discours sur le droit au Royaume-Uni. À la difficulté sémantique portée par la polysémie du mot, s’ajoute une difficulté conceptuelle. En effet, si la *jurisprudence* est bien l’ensemble des investigations scientifiques et philosophiques sur le droit, elle ne se confond ni dans la science du droit entendue comme théorie du droit, ni ne se dissout dans la philosophie du droit. Là où elle se définit comme plus que la théorie du droit la *jurisprudence* se distingue aussi de la philosophie du droit de par ses méthodes et la nature des questions qu’elle se propose de poser¹⁷⁹². À l’approche de cette difficulté dans la définition des frontières de la *jurisprudence*, l’observateur français doit redoubler d’attention, car et comme souligné par le Professeur William Twining, « ‘*jurisprudence*’, ‘*legal theory*’ et ‘*legal philosophy*’ n’ont pas des significations fixes que ce soit dans la tradition anglo-saxonne ou dans la tradition continentale »¹⁷⁹³.
- 660.** Plus encore, cette incertitude conceptuelle s’illustre au sein même de la tradition britannique où la difficulté à tracer les frontières entre ces trois notions tend à mettre en lumière la dimension idéologique de leurs définitions¹⁷⁹⁴. Ainsi, et à titre d’exemple, si le professeur Twining regarde et comprend les termes « *jurisprudence* » et « *legal theory* » comme synonymes et la philosophie du droit comme la partie la plus abstraite de la *jurisprudence*¹⁷⁹⁵ ; le professeur Roger Cotterrell propose lui de comprendre la *jurisprudence* comme une activité distincte de la théorie et de la philosophie du droit qui semblent pour lui dès lors se confondre¹⁷⁹⁶. De même, et plus largement dans la tradition anglo-saxonne, il peut

¹⁷⁹¹ *Idem.*

¹⁷⁹² R. Cotterrell, « Why Jurisprudence Is Not Legal Philosophy », *Jurisprudence*, vol. 41, n°5, 2014, pp 41-55 ; R. Cotterrell, *Sociological Jurisprudence – Juristic Thought and Social Inquiry*, Londres, Routledge, 2018, pp. 44-57

¹⁷⁹³ W. Twining, *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, CUP, Law in Context, 2009, p. 8.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*, « In order to be brief I shall stipulate how they are used here, rather than enter into controversies that are partly semantic, but also partly ideological ».

¹⁷⁹⁵ *Ibid.* p. 8.

¹⁷⁹⁶ R. Cotterrell, *Sociological Jurisprudence – Juristic Thought and Social Inquiry*, *op. cit.*

être observé que le professeur Brian Bix¹⁷⁹⁷ semble utiliser pour synonyme « *jurisprudence* » et « *legal theory* »¹⁷⁹⁸, là où Suri Ratnapala¹⁷⁹⁹ propose de regarder la théorie du droit comme une sous-catégorie de la *jurisprudence* et la philosophie du droit comme une entreprise distincte¹⁸⁰⁰. Cette dernière approche, en ce qu'elle permet de souligner l'extension et la diversification du champ de la *jurisprudence* au-delà de la théorie du droit permet de caractériser le mouvement de diversification observé dans le champ de la *jurisprudence* anglo-saxonne et britannique depuis la fin du XX^e siècle. C'est au regard de ce dernier élément, que les développements suivants se proposent de retenir cette approche afin notamment de mettre en lumière les spécificités de la méthode de la *jurisprudence* au cœur des modes de représentation et de compréhension du droit britannique face au regard français.

661. Ainsi, si la jurisprudence est aujourd'hui comprise comme « la manière dont les juristes et les juges réfléchissent à ce qu'ils font et ce qu'est leur rôle dans la société »¹⁸⁰¹, dont l'apport est de « développer la capacité à analyser et penser de manière critique et créative le droit »¹⁸⁰², la célébration de cette méthode au cœur tant de la recherche que de l'enseignement du droit apparaît comme un phénomène récent. En ce sens, et dès l'introduction de leur article « *The teaching of Jurisprudence in British Universities* »¹⁸⁰³ publié en 1974, les professeurs Roger Cotterrell relève que la *jurisprudence* a connu un renouveau depuis plus de quinze ans¹⁸⁰⁴ semblant dès lors arriver à « l'âge de maturité »¹⁸⁰⁵. Bien que ce mouvement de maturation de la *jurisprudence* apparaisse comme continu depuis la seconde moitié des années soixante-dix, l'observation dressée par le professeur britannique permet de séquencer les différentes dynamiques de la diversification qui caractérise la *jurisprudence* dans la seconde moitié du XX^e siècle et le début du XXI^e siècle. Le renouveau de cette méthode, amorcé depuis les années soixante et les écrits du professeur Herbert Hart¹⁸⁰⁶ qui marquent un tournant décisif pour le développement de la *jurisprudence*, fait suite à la suspicion que cette dernière a jusqu'alors suscitée chez les juristes britanniques. En effet, jusqu'au lendemain de la Seconde

¹⁷⁹⁷ Professeur de droit et philosophie à l'Université du Minnesota aux États-Unis.

¹⁷⁹⁸ B. H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Londres, Sweet and Maxwell, 7^e édition, 2015, pp. 3-4.

¹⁷⁹⁹ Professeur Emérite de droit public à l'Université de Queensland en Australie.

¹⁸⁰⁰ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p.

¹⁸⁰¹ B. H. Bix, *Jurisprudence : Theory and Context*, *op. cit.*, p. ix.

¹⁸⁰² *Ibid.*, p. viii.

¹⁸⁰³ R. Cotterrell, J. C. Woodliffe, « The Teaching of Jurisprudence in British Universities », *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. 13, n°2, 1974, pp. 73-89.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 73.

¹⁸⁰⁵ *Idem.*

¹⁸⁰⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*

Guerre mondiale¹⁸⁰⁷ le mot « *jurisprudence* était toujours regardé comme une sorte de ‘grossièreté’ »¹⁸⁰⁸.

662. Cette méfiance affichée à l’égard de la théorie s’inscrit dans la centralité donnée jusqu’alors au monde professionnel, en particulier aux juges de *common law*, et de la finalité de leur activité au sein du monde juridique tant pour la construction du discours sur le droit que pour l’enseignement et donc la socialisation de ce même discours¹⁸⁰⁹. Ainsi, le pragmatisme reconnu aux auteurs du discours du droit britannique fait dire à Albert Venn Dicey que « ‘*Jurisprudence*’ est un mot qui ne sent pas bon aux narines des avocats »¹⁸¹⁰. Pour autant, et malgré l’apparente dépréciation de la *jurisprudence* au sein du monde professionnel¹⁸¹¹, Dicey insiste sur l’importance de cette méthode au-delà même du droit académique. Il relève ainsi en des termes résolument modernes qui font échos à ceux développés au tournant des années quatre-vingt-dix lors de la transition et de l’affirmation de l’enseignement « libéral » et donc théorique du droit face au seul enseignement professionnel, que :

« Toute personne sincère qui, mettant de côté le préjudice exercé par un nom qui a été monopolisé par des individus pédants ou des imposteurs, considère ce que ‘*jurisprudence*’ signifie réellement ou devrait signifier, admettra que l’étude de la *jurisprudence* est à notre époque une matière qui ne doit pas seulement être enseignée sérieusement aux étudiants, mais à tout avocat qui souhaite être plus qu’un praticien servile de la technicité de laquelle il ne comprend pas la pleine signification et dont il ne peut suivre la totale application »¹⁸¹².

¹⁸⁰⁷ N. Duxbury, « English Jurisprudence between Austin and Hart », *Virginia Law Review*, vol. 91, n°1, 2005, pp.1-92, p. 1, « *ANYONE* who looks to textbooks on jurisprudence to understand the development of this subject in England might fairly conclude that nothing of great significance happened from the middle of the nineteenth century to the middle of the twentieth ».

¹⁸⁰⁸ M. D. A. Freeman, *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, Londres, Sweet and Maxwell, 6th ed., 1994, cité par N. Duxbury, « The Narrowing of English Jurisprudence – Scholars of the Law: English Jurisprudence from Blackstone to Hart », *Michigan Law Review*, vol. 95, n. 6, 1997, pp. 1990-2004, p.1990.

¹⁸⁰⁹ P. S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, Londres, Stevens and Sons, The Hamlyn’s Lectures Series, 1987, 189 p., p. 4, « *I do not think anyone can doubt this general aversion to theory among English lawyers and judges. It is hardly too much to say, as Professor Nigel Walker has done, that “theory” is a word which makes Anglo-American judges push back their safety-catches in contrast to the more reflective approach of their European colleagues* ».

¹⁸¹⁰ A. V. Dicey, « The Study of Jurisprudence », *Quarterly Review of Jurisprudence*, Vol. 5, n°4, 1880, pp. 382-401, p. 382.

¹⁸¹¹ Voir en ce sens, R. A. Cosgrove, *Scholars of the Law: English Jurisprudence From Blackstone to Hart*, New York, New York University Press, 1996.

¹⁸¹² A. V. Dicey, « The Study of Jurisprudence », *op. Cit.*, p. 382.

663. La *Jurisprudence* comme théorie du droit, l'héritage de la pensée de John Austin.

Cette méthode de *jurisprudence* pensée comme une nécessité à la formation des juristes praticiens est définie par Dicey par une approche purement formelle et fait dès lors de la *jurisprudence* une analyse interne au système juridique visant à comprendre, évaluer et critiquer les concepts juridiques à la fois dans leur logique interne et dans la cohérence de leur structuration au sein d'un système juridique. Ainsi, pour le professeur oxonien :

« le seul sens dans lequel la *jurisprudence* mérite l'attention de tout homme raisonnable n'a rien de paresseux, insignifiant ou pédant, mais est une analyse des différentes conceptions ou idées, telle que l'idée de 'droit', de 'possession', de 'propriété', et ainsi de suite, qui se retrouvent dans tous les systèmes juridiques, et est aussi une explication de la relation qu'entretiennent de telles conceptions entre elles, et à partir de là les groupes ou divisions par lesquels un système juridique doit être correctement organisé »¹⁸¹³.

664. Cette compréhension et définition du domaine de la *jurisprudence* inscrit Dicey dans le cadre construit par John Austin dans son ouvrage *The Province of Jurisprudence determined*. Publié en 1832, l'ouvrage pose les bases de la théorie du droit britannique moderne alors encore synonyme de *jurisprudence*. Définie par John Austin comme « concernée par le droit positif, ou par les lois au sens strict, telles que considérées sans égard pour leurs vertus ou leurs défauts »¹⁸¹⁴, la *jurisprudence* s'inscrit dès lors dans une épistémologie positiviste. La question principale posée par la jurisprudence austinienne peut être résumée comme suit : « Qu'est-ce que le droit ? » et se propose d'y répondre au travers d'une démarche analytique, descriptive et générale adoptant un point de vue interne au système juridique¹⁸¹⁵. S. Ratnapala relève qu'en répondant à cette dernière question, « Austin, comme Hobbes et Bentham avant lui, a embrassé l'idée du droit comme commandement du souverain »¹⁸¹⁶.

665. En effet, John Austin, en distinguant entre les lois « correctement appelées lois » et les lois « faussement appelées lois »¹⁸¹⁷, place le critère de la prescription par un commandement souverain comme critère d'identification des lois « correctement appelées lois ». Ces

¹⁸¹³ *Idem*.

¹⁸¹⁴ J. Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, *op.cit.*, p. 122.

¹⁸¹⁵ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 4, « John Austin, the 19th-century legal positivist (...), thought that this was the only project in jurisprudence (Austin 1995 (1832), 18). Most British legal positivists since Austin have made it their central task to find a universally valid definition of law or a set of criteria to distinguish law from other kinds of rules ».

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 40.

¹⁸¹⁷ J. Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, *op. cit.*, p. xix.

dernières, et par opposition « aux lois morales, aux lois coutumières, aux lois des associations privées, aux lois domestiques, aux lois internationales »¹⁸¹⁸, devraient alors s'entendre de deux catégories distinctes : les lois divines et les lois positives. Si les deux premières conférences qui composent *The Province of Jurisprudence determined*, sont dédiées à la question des lois divines, « telles que révélées dans les écritures » et qui sont « les sources premières des règles morales »¹⁸¹⁹, ces dernières ne constituent pas pour Austin l'objet de la *jurisprudence* mais celui de la théologie. La jurisprudence ne porte ainsi qu'exclusivement sur les lois positives, ces « loi[s] édictées par des supérieurs politiques à des inférieurs politiques »¹⁸²⁰. La nature des lois positives mérite d'être précisée. Cette dernière n'est pas exclusivement centrée sur les lois adoptées par le Parlement. En effet, et contrairement à Bentham dont Austin se présente pourtant comme l'héritier¹⁸²¹, le professeur londonien ne partage pas « son dédain pour la *common law* »¹⁸²². Tout au contraire, la *common law* est comprise par John Austin comme non seulement « inévitable mais aussi un bien commun sans ambiguïté »¹⁸²³. Cette dernière est en effet une manifestation de la volonté du souverain au même titre que les lois adoptées par le Parlement, en ce qu'elle peut se voir définie comme le produit de « juges qui sont simplement les agents du souverain habilités à résoudre les conflits et à proposer une norme lorsque nécessaire »¹⁸²⁴. Loin de dénier le pouvoir normatif des juges de *common law*, J. Austin l'intègre tout au contraire à sa théorie du droit positif en le soumettant néanmoins à la volonté du souverain, seule source du droit positif.

666. Cette conception stricte de la *jurisprudence* moderne apparaît en rupture avec celle observée par Richard Cosgrove chez des auteurs comme Blackstone ou encore Bentham. Loin de comprendre la *jurisprudence* développée par Blackstone comme en « conversation avec elle-même »¹⁸²⁵, mais au contraire comme produisant « des écrits qui n'étaient pas hermétiques, techniques ou secrets »¹⁸²⁶, Richard Cosgrove envisage une *jurisprudence* résolument engagée, tournée vers le débat public et par essence ouverte vers l'extérieur du

¹⁸¹⁸ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 40.

¹⁸²⁰ J. Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸²¹ *Ibid.*, p. 40.

¹⁸²² *Ibid.*, p. 41.

¹⁸²³ *Idem.*

¹⁸²⁴ *Idem.*

¹⁸²⁵ N. Duxbury, « The Narrowing of English Jurisprudence – Scholars of the Law: English Jurisprudence from Blackstone to Hart », *op. Cit.*, p. 1993.

¹⁸²⁶ S. Collini, *Public Moralists: Political Thought and Intellectual Life in Britain 1850-1930*, cit » par N. Duxbury, « The Narrowing of English Jurisprudence – Scholars of the Law: English Jurisprudence from Blackstone to Hart », *op. Cit.*, p. 1993.

discours juridique¹⁸²⁷. De même, le portrait dressé par Richard Cosgrove de la *jurisprudence* proposée par Bentham amène ce dernier à mettre en lumière un engagement au-delà de l'intimité du discours sur le droit et du dialogue entretenu par les auteurs de ce dernier. Bentham est ainsi décrit, tout comme Blackstone, comme ouvrant sa *jurisprudence* vers un public de non-juriste et l'intégrant dès lors dans une réflexion plus large que la seule connaissance juridique et visant à une compréhension du système politique britannique¹⁸²⁸. En resserrant sa compréhension de la *jurisprudence* à une méthode descriptive et une approche purement interne de son objet, John Austin semble participer du resserrement identifié par Richard Cosgrove, une contraction du champ de la *jurisprudence* autour de la seule théorie du droit.

667. Si cette lecture se voit critiquée et concurrencée par d'autres narrations de l'histoire de la *jurisprudence* au Royaume-Uni, elle garde cependant pour elle sa capacité à mettre en lumière un jeu et un écart entre le champ de ce qui peut être compris comme la théorie du droit britannique moderne telle que construite par John Austin et la possibilité d'une *jurisprudence* autre, porteuse d'un champ plus étendu et ouvert vers l'extérieur du discours juridique. Elle ouvre ainsi une ligne de démarcation entre *jurisprudence* et *Legal theory* qui semble dès lors contredire les assimilations proposées entre les deux termes par certains auteurs et surtout annoncer les dynamiques possibles d'un élargissement de la notion de « *jurisprudence* » au-delà de celle de « théorie du droit ». Pour autant, il apparaît :

« Qu'avant la Seconde Guerre mondiale, il n'y a eu que peu ou pas de discussion sur le rôle de la jurisprudence dans l'enseignement du droit, et pratiquement aucune information concernant le périmètre de ce sujet tel qu'enseigné dans les universités britanniques, de telle sorte qu'un éminent professeur de l'époque s'est aventuré à émettre l'opinion que 'la *jurisprudence* austinienne...pouvait

¹⁸²⁷ N. Duxbury, *art. cit.*, p. 1996, « In Blackstone, he believes, we encounter the classic case of the English jurist engagé. "Blackstone... sought to make the law accessible to the educated classes" (p. 42), and so "[h]is target audience existed outside as well as inside the university environs" (p. 44). Not only did Blackstone "work[] to make jurisprudence a topic fit for public discussion" (p. 48) and "help[] establish a perception of jurisprudence that encouraged a comprehensive examination of society's problems with a view toward their remedy" (p. 46), but he "participated actively in the political life of the nation; he could claim more practical political experience than any of his successors" (p. 25) ».

¹⁸²⁸ *Ibid.*, « Although he inadvertently sowed the seeds for the narrowing of English jurisprudence, Cosgrove believes (pp. 81-82), Bentham shared Blackstone's commitment to writing for a general readership. 25 "As in the case of Blackstone, Bentham aimed his jurisprudence at a general audience of educated readers Both... believed that jurisprudence was the discipline most conducive to the debate on public policy to which each wished to contribute ».

encore être décrite comme la jurisprudence caractéristique en Angleterre' »¹⁸²⁹.

668. Ce n'est ainsi que dans la seconde moitié du XX^e siècle que vont se dessiner les dynamiques permettant définitivement de caractériser la *jurisprudence* comme étant distincte de la théorie du droit à la fois en sa nature et sa fonction.

B. La redéfinition contemporaine de la *Jurisprudence*

669. **L'apport de H. L. A. Hart à la Jurisprudence et le positivisme inclusif.** L'architecte de ce renouveau de la *jurisprudence* britannique n'est autre que H. L. A. Hart. C'est en effet ce dernier qui, en reconstruisant les fondations de la théorie du droit britannique, va insuffler la dynamique nécessaire à un nouvel élargissement du champ de la *jurisprudence*. Là où John Austin, en définissant le droit comme commandement du souverain, a réduit le champ de la *jurisprudence* de manière à exclure de son étude tant le droit coutumier que le droit international ou encore le droit naturel¹⁸³⁰ et a ainsi refermé le discours sur le droit sur le seul droit positif, limitant dès lors le travail d'analyse des auteurs à une entreprise descriptive et logique, H. L. A. Hart vient proposer une épistémologie positiviste renouvelée. Il trace ainsi une distinction entre *soft* et *hard positivism*¹⁸³¹ ou encore entre *inclusive legal positivism* et *exclusive legal positivism*¹⁸³². Contrairement à Austin et aux positivistes exclusifs ou « *hard positivists* » qui clôturent strictement l'étude du droit face aux autres ordres normatifs que ces derniers soient porteurs de normes morales, politiques ou sociales, et ce afin de développer une étude purement interne du système juridique, H. L. A. Hart vient rendre poreuse la frontière entre le discours du droit et son extérieur grâce à la « règle de reconnaissance » sur laquelle s'articule toute sa construction théorique.

670. Cette règle qui lui permet de discriminer entre droit et hors droit¹⁸³³ n'implique pas, contrairement à celle proposée par Austin, un principe de clôture du champ du discours juridique au seul droit comme commandement du souverain¹⁸³⁴. Elle autorise, tout au contraire à considérer que « le droit peut exister dans une société comme une question de pratique et de respect, y compris s'il n'est pas déclaré officiellement comme du droit »¹⁸³⁵. Le point de départ

¹⁸²⁹ R. Cotterrell, J. c. Woodliffe, « The Teaching of Jurisprudence in British Universities », *op. cit.*, p. 74.

¹⁸³⁰ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸³¹ H. L. A. Hart, « Postscript », In. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *Op. cit.*, pp. 250-254.

¹⁸³² J. L. Coleman, « Beyond Inclusive Legal Positivism », *Ratio Juris*, vol. 22, n°3, pp. 359-394, p. 367 et suiv.

¹⁸³³ *Idem*, p. 361, « In Hart's jurisprudence, the rule of recognition plays the role of distinguishing the legal from the non-legal ».

¹⁸³⁴ S. Ratnapala, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸³⁵ *Ibid.*, p. 54.

de la construction hartienne, et de la conceptualisation de la règle de reconnaissance, s'enracine dans le désaccord du professeur oxonien avec la définition donnée par J. Austin aux normes juridiques. Ainsi, H. L. A. Hart relève qu'« Austin s'est trompé en affirmant avoir trouvé dans la notion d'ordre coercitif (...) 'la clef de la science de la *jurisprudence*' »¹⁸³⁶. La définition, bien trop rigide empêcherait ainsi de saisir toute la diversité des normes juridiques¹⁸³⁷. Bien que n'adhérant pas à la théorie d'un système juridique qui ne serait que l'expression d'un ordre coercitif, H. L. A. Hart reconnaît cependant, comme J. Austin, que « là où il y a du droit, alors la conduite humaine est d'une certaine manière contrainte ou obligatoire »¹⁸³⁸. Il prend pour point de départ ce constat mais construit un complexe théorique plus structuré en réponse, fondé sur le jeu entre les règles primaires et secondaires¹⁸³⁹ qui lui permettent d'échapper à l'écueil de voir ou comprendre, dans toute expression de contrainte extérieure, une expression du droit. Au contraire, H. L. A. Hart observe qu'une obligation juridique implique l'existence d'une règle, cette dernière devant être entendue comme « des obligations s'imposant quand la demande générale de s'y conformer est importante et la pression sociale s'exerçant sur ceux qui en dévient ou menacent d'en dévier »¹⁸⁴⁰. Cette caractéristique des obligations juridiques découle du fait qu'elles sont « reconnues comme importantes parce qu'elles sont comprises comme nécessaire au maintien de la vie sociale ou certaines de ses caractéristiques hautement valorisées »¹⁸⁴¹. Néanmoins, « les obligations et devoirs sont pensées comme impliquant des sacrifices et des renoncements (...) »¹⁸⁴².

671. Ces éléments de définitions données au terme de « règle » n'impliquent pas nécessairement pour ces dernières d'être juridique. C'est en effet à ce niveau que H. L. A. Hart va déployer sa distinction entre règle primaire et règle secondaire. Les premières doivent être entendues comme des règles seulement sanctionnées socialement et non juridiquement¹⁸⁴³ et représentent dès lors des « structures sociales »¹⁸⁴⁴ présentes y compris dans les structures sociales les plus « primitives »¹⁸⁴⁵. La nature sociale de ces règles primaires implique

¹⁸³⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of law*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸³⁷ *Ibid.*, « We shall not indeed claim that wherever the word 'law' is 'properly' used this combination of primary and secondary rules is to be found; for it is clear that the diverse range of cases of which the word 'law' is used are not linked by any such simple uniformity (...) ».

¹⁸³⁸ *Ibid.*, p. 82.

¹⁸³⁹ *Idem.*

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 86.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 87.

¹⁸⁴² *Idem.*

¹⁸⁴³ *Ibid.*, p. 91.

¹⁸⁴⁴ *Idem.*

¹⁸⁴⁵ *Idem.*

néanmoins, une forme d'incertitude¹⁸⁴⁶, des évolutions lentes¹⁸⁴⁷ et un système de sanction complexe. Aussi, « la solution aux (...) principaux défauts de ces formes simples de structure sociale consiste à suppléer les règles *primaires* d'obligations par des règles *secondaires* qui sont d'une nature différente. L'introduction pour chacun des défauts d'un palliatif peut, en lui-même, être considéré comme le passage du monde pré-légal au monde légal (...) »¹⁸⁴⁸. L'articulation entre ces deux types de mondes est assurée par la construction de la règle de reconnaissance¹⁸⁴⁹ qui permet de stabiliser les règles primaires et va les concrétiser dans le monde juridique en servant de source ultime de validité à l'ordre juridique¹⁸⁵⁰. Néanmoins et afin de permettre une plus grande adaptabilité du système juridique, une seconde série de règles, « les règles de changement », va aussi être adoptée. Ces dernières visent à « donner à un individu ou un groupe d'individu le pouvoir d'introduire de nouvelles règles primaires pour encadrer la vie du groupe, ou pour certaines classes dans ce groupe, et éliminer les anciennes règles »¹⁸⁵¹.

672. La règle de reconnaissance assure ainsi un point de contact et d'articulation entre le monde juridique et le monde du hors droit. Elle ne représente cependant pas le seul point de contact et d'échange entre la normativité juridique et d'autres types de normativité. À cette première ouverture de la règle de reconnaissance vers des normativité extra-juridique s'ajoute pour Hart la possibilité pour « le système juridique d'autoriser une cour à appliquer des standards moraux dans la résolution d'un litige qui leur serait soumis. Cela ne signifie pas que la morale prend le dessus sur le droit, mais seulement que les règles de reconnaissance dans le système juridique autorisent aux cours une discrétion pour prendre en compte des normes morales pour l'identification du droit ou la création de nouvelles normes juridiques »¹⁸⁵². Ce principe est désigné par le professeur du *Brasenose College* d'Oxford, sous le terme de « texture ouverte du droit »¹⁸⁵³. Cette dernière, qui s'illustre tout particulièrement dans la pratique de la doctrine du *stare decisis* propre au cours de *common law*, « signifie qu'il y a, en effet, des types de conduites, où la plupart des règles doivent être laissées au développement

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 92.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, pp. 92-93.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 94.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, pp. 94-95.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 105, « *The rule of recognition providing the criteria by which the validity of other rules of the system is assessed is in an important sense, which we shall try to clarify, an ultimate rule (...)* ».

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 94.

¹⁸⁵² S. Ratnapala, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 54, voir aussi, H. L. A. Hart, *The concept of Law*, *op. cit.*, p. 136, « *In every legal system a large and important field is left open for the exercise of discretion by courts and other officials in rendering initially vague standards determinate, in resolving the uncertainties of statutes, or in developing and qualifying rules only broadly communicated by authoritative precedents* ».

¹⁸⁵³ H. L. A. Hart, *The concept of Law*, *op. cit.*, p. 124 et suiv.

des cours ou d'officiels cherchant un équilibre, à la lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents variant d'un cas à un autre »¹⁸⁵⁴.

673. La remise en cause du positivisme inclusif par l'approche moraliste de Ronald Dworkin. Cette ouverture de la compréhension du droit et de son discours vers un hors droit au travers de la règle de reconnaissance hartienne et la reconnaissance de la texture ouverte du droit ; ne redéfinit pas directement le champ de la *jurisprudence*. Elle demeure inscrite dans le cadre de la théorie du droit et continue à se construire comme une entreprise analytique, descriptive par essence et se proposant d'analyser le droit comme « une pratique sociale » depuis un point de vue interne à ce dernier¹⁸⁵⁵. Pour autant, cette ouverture du *soft positivism* hartien vers une approche morale du droit, en devenant l'objet d'une importante controverse entre Herbert Hart et Ronald Dworkin sur le champ, la nature et la fonction tant du droit que de la théorie du droit va venir tracer une ligne de démarcation claire entre deux grandes approches du discours sur le droit et de son objet. En effet, Ronald Dworkin en construisant sa propre représentation théorique du droit par opposition à celle proposée par H. L. A. Hart dont il a été l'étudiant, participe en retour et avec ce dernier de l'extension du champ de la *jurisprudence* au-delà du seul périmètre de la théorie du droit.

674. Le point de départ de la réflexion de Ronald Dworkin est le constat de l'existence d'une difficulté au cœur de la pensée positiviste lorsque revient le moment de définir ce que sont les droits et les obligations que ces derniers créent. En ce sens, Ronald Dworkin relève que :

« Les juristes s'appuient lourdement sur les concepts connectés de droits et d'obligations. Nous disons que quelqu'un détient un droit ou un devoir, et nous considérons cette affirmation comme un fondement suffisamment solide pour faire des demandes et ouvrir des actions, et pour les citoyens pour critiquer les actions des agents publics. Mais notre compréhension de ces concepts est remarquablement fragile et nous rencontrons des difficultés lorsque nous essayons de dire ce sont les droits et les obligations »¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 135.

¹⁸⁵⁵ R. B. Kar, « Hart's Response to Exclusive Legal Positivism », *The Georgetown Law Journal*, vol. 94, pp. 393-461, 2007, p. 397, « *Hart used the internal point of view to develop what has come to be known as a "social practice" account of rules and obligations, according to which these phenomena are reducible to social conventions animated by a particular psychology* ».

¹⁸⁵⁶ R. Dworkin, « The Model of Rule », *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 14-46, p.14.

675. Identifiant dans la pensée de John Austin « un modèle qui est plutôt magnifique dans sa simplicité »¹⁸⁵⁷, Ronald Dworkin rejette une réponse aux questions de la définition des droits et libertés qui se limiterait à dire « ce que le souverain commande »¹⁸⁵⁸.

676. En effet, une telle approche souffre d'après Ronald Dworkin d'au moins deux faiblesses. Premièrement, la désignation d'une autorité politique unique telle que sous-tendue par la théorie austinienne n'est pas nécessairement aisée dans une société complexe¹⁸⁵⁹. Deuxièmement, la simplicité de la définition manque nécessairement un ensemble de comportements qui marquent pourtant le rapport des individus au droit¹⁸⁶⁰. Cette faiblesse déjà soulignée par H. L. A. Hart, amène R. Dworkin à observer que « la version du positivisme développé par H. L. A. Hart est bien plus complexe à deux égards. Premièrement, il reconnaît, contrairement à Austin, que les règles sont de natures logiques différentes (...). Deuxièmement, il rejette la théorie d'Austin selon laquelle une règle est une sorte de commandement et lui substitue une analyse générale de ce que sont les règles plus élaborée »¹⁸⁶¹. Pour autant, Herbert Hart n'échappe pas à la critique de Ronald Dworkin, au contraire, il représente le modèle théorique contre lequel Ronald Dworkin va construire sa propre théorie du droit¹⁸⁶². D'un point de vue méthodologique, et contrairement à Herbert Hart, Ronald Dworkin développe une compréhension du droit qui n'entend pas structurer une théorie générale, applicable à tout système juridique, mais spécifique à son propre et seul système¹⁸⁶³. De même, il s'oppose à une approche purement descriptive et interne¹⁸⁶⁴ du discours du droit. Il défend, au contraire, une démarche évaluative¹⁸⁶⁵ et extérieure lui permettant dès lors de reconnaître la dimension morale du droit¹⁸⁶⁶.

677. Substantiellement, une telle approche amène Ronald Dworkin à observer que « le positivisme (...) est un modèle de et pour un système de règles et sa notion centrale d'un test unique et fondamental pour déterminer ce qu'est le droit nous force à laisser de côté le rôle

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸⁵⁸ *Idem.*

¹⁸⁵⁹ *Idem.*

¹⁸⁶⁰ *Idem.*

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 19

¹⁸⁶² *Ibid.*, p. 22, « I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart's version as a target, when a particular target is needed »

¹⁸⁶³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 239; B. H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, op. cit., p. 103; il est néanmoins intéressant de relever que malgré le choix d'une approche centrée sur le droit issu des systèmes de *Common law*, la pensée de R. Dworkin n'est pas restée sans impact sur la pensée juridique française, voir en ce sens T. Acar, *La réception de l'œuvre de Ronald Dworkin en France*, V. Champeil-Desplats (dir.), thèse, droit, Université Paris Nanterre, 2018.

¹⁸⁶⁴ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 239

¹⁸⁶⁵ B. H. Bix, *Jurisprudence : Theory and context*, op. cit., p. 93.

¹⁸⁶⁶ *Idem.*

important de ces standards qui ne sont pas des règles »¹⁸⁶⁷. En effet, la construction théorique de Ronald Dworkin repose sur le présupposé suivant : le droit ne représente pas simplement l'agrégation de règles, mais repose sur l'articulation entre des règles et des standards au titre desquels se trouvent des « principes ». Ces derniers doivent être entendus comme « un standard qui doit être respecté, non parce qu'il développe ou sécurise une situation économique, politique ou sociale qui semble désirable, mais parce qu'il est une condition nécessaire à la justice ou l'équité ou une quel qu'autre dimension de la moralité »¹⁸⁶⁸. Un point crucial de la théorie dworkinienne est ici atteint. Le droit implique, par essence, la mise en jeu d'un autre type de normativité : la morale. Ce jeu est rendu possible par le recours, par les juges de *common law* à des principes qui agissent selon leur « poids » ou leur « importance » et restent par essence soumis à l'interprétation des juges pour déterminer leur valeur réelle et contextuelle lors de l'application à un cas concret¹⁸⁶⁹. De manière plus large encore, il convient de relever que :

« (...) les théoriciens du droit comme Dworkin croient qu'il n'existe pas de faits normatifs et qu'il n'y a rien à décrire ou expliquer. D'après Dworkin, il y a seulement une morale interne ou un point de vue substantif tant pour le théoricien du droit et le praticien. Dès lors la *jurisprudence* est prescriptive dans tous ces aspects. La croyance en un point de vue archimédien ou externe, nous dit Dworkin est, produit l'illusion d'un travail descriptif et explicatif pour les théoriciens du droit, mais un théoricien du droit n'est jamais qu'en train de proposer son propre point de vue moral et substantif »¹⁸⁷⁰.

678. En ce sens, la méthodologie proposée par Ronald Dworkin doit être désignée comme « la version forte de la jurisprudence prescriptive »¹⁸⁷¹.

679. Cette rupture entre une théorie du droit positiviste marquée par sa méthode analytique, descriptive et interne et la méthode évaluative, prescriptive et externe proposée par Ronald Dworkin constitue un tournant méthodologique¹⁸⁷² pour la *jurisprudence* britannique. La réouverture de la compréhension du droit à sa dimension morale va en effet, une fois saisie

¹⁸⁶⁷ R. Dworkin, « The Model of Rules », *The University of Chicago Law Review*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁶⁸ R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, Londres, Bloomsbury Publishing, 1977, p.39.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 43

¹⁸⁷⁰ V. Rodriguez-Blanco, « Is Finnis Wrong? Understanding Normative Jurisprudence », *Legal Theory*, vol. 13, 2007, pp. 257-283, p. 257

¹⁸⁷¹ *Idem.*

¹⁸⁷² J.-Y. Cherot. « Le tournant méthodologique en philosophie du droit », In. J.-Y. Cherot; S. Cimamonti; L. Tranchant; J. Trémeau, *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.29-59, p. 31

par d'autres approches que l'approche interprétative proposée par Ronald Dworkin, venir étendre le champ de la jurisprudence vers celui du droit naturel tel que réinvestit et redéfinit par le professeur John Finnis¹⁸⁷³. De même, la dimension évaluative et prescriptive du modèle théorique proposé par Ronald Dworkin se voit réinvestit en faisant glisser le modèle de la jurisprudence de la seule théorie du droit, par essence analytique, à un champ plus large. Un champ qui vise alors à englober à la fois des études descriptives et des études prescriptives, des théories dites générales et d'autres spécifiques qui ne visent à évaluer et analyser que des mécanismes précis d'un système juridique clairement identifié.

680. La Jurisprudence comme méthode interdisciplinaire. Dans ce premier processus de diversification s'opère l'enclenchement d'une seconde dynamique d'évolution qui vient redéfinir la nature et le champ de la jurisprudence. L'affirmation de modèle théorique prescriptif et évaluatif implique pour leurs auteurs la recherche de critères pour évaluer et définir la finalité à assigner à leurs modèles prescriptifs. Le passage d'une compréhension purement analytique à une représentation normative du droit implique l'intégration du discours du droit et du discours sur le droit au sein de cadres théoriques plus larges qui vont de même venir influencer le cadre méthodologique ainsi que les méthodes retenues par les discours sur le droit souscrivant à ces différents cadres théoriques.

681. Ainsi, le modèle de jurisprudence proposé par Ronald Dworkin lie droit et moral et s'intègre dans le cadre de théorie politique proposé par John Rawls. Au contraire, le renouveau du droit naturel tel que construit par John Finnis¹⁸⁷⁴ implique une connexion entre droit et religion qui amène le professeur oxonien à intégrer son modèle de *jurisprudence* dans le cadre philosophique développé tant par Aristote que par Saint Thomas d'Aquin¹⁸⁷⁵. Le tournant méthodologique ouvre le champ de la *jurisprudence* à des discours extrajuridiques et la possibilité d'évaluer le droit au regard de son extérieur, que cet extérieur s'ancre dans le champ de la théorie politique, la philosophie morale, l'éthique ou encore la sociologie. Il autorise une démultiplication des représentations théorique du droit en fonction de la pluralité

¹⁸⁷³ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, OUP, 2e éd., 2011

¹⁸⁷⁴ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 28, « Positive law, he says, is thus treated as a mere 'copy' of natural law. But all this is travesty. We may refer again to Thomas Aquinas—as always, not because there is any presumption that whatever he asserts is true, but simply because he is unquestionably a paradigm 'natural law theorist' and dominates the period 'from the church fathers down to Kant', by synthesizing his patristic and early medieval predecessors and by fixing the vocabulary and to some extent the doctrine of later scholastic and, therefore, early modern thought».

des finalités et des modes d'évaluations qui vont lui être assignées.

682. Ce mouvement permet ainsi d'élargir, de modifier la nature et la fonction assignées aux auteurs lus et reconnus comme entrant dans le champ d'étude de la *jurisprudence*. Il devient de même une interface permettant l'intégration dans le discours sur le droit britannique des apports théoriques provenant d'écoles théoriques fondées et développées au sein d'autres systèmes de *common law*. En ce sens, le renouveau méthodologique de la jurisprudence britannique permet d'enraciner dans le champ théorique des discours sur le droit au Royaume-Uni des écoles de pensée telles que celles de *Law and Economics*, des *Critical Legal Studies* ou encore des *Feminist Theories*. Ainsi, William Twining relève que :

« Les enquêtes au Royaume-Uni, en Australie et au Canada suggèrent que l'enseignement de la jurisprudence a un contenu classique ou des canons identifiables : Dworkin, Hart, Kelsen, Natural Law (e. g. Finnis), Rawls and Raz figurent sur presque toutes les listes avec Austin, Bentham, Fuller, Holmes, Llewellyn, MacCormick, Posner, les *critical legal studies*¹⁸⁷⁶, les études autopoétiques et la jurisprudence féministe¹⁸⁷⁷, formant une seconde, mais signifiante tranche »¹⁸⁷⁸.

683. L'évaluation bibliométrique proposée par Hilaire Barnett des auteurs et écoles lus lors des cours de *jurisprudence* au Royaume-Uni permet une image encore plus fine de cette diversification massive de la *jurisprudence* à la suite de son tournant méthodologique¹⁸⁷⁹. À l'apparition et au développement marqué d'auteurs issus des *critical legal studies* ou des *feminist theories* dans les cours de jurisprudence britannique s'ajoutent l'apparition ou le renforcement de textes issus des écoles *Law and Morals*, *Natural Law*, *Rule of law* ou des théories de la Justice ou postmodernistes¹⁸⁸⁰. De même, si les théories positivistes semblent être maintenant identifiées comme des écoles à part entière au milieu des autres cadres théoriques présentés lors des cours de jurisprudence et non plus comme l'essence même de la jurisprudence¹⁸⁸¹, l'étude d'Hilaire Barnett tend à montrer un léger déclin de l'intérêt suscité par les théories marxistes et utilitaristes¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁶ Entre 1984 et 1994, passage de 0 à 47% d'étude en profondeur dans les cours de jurisprudence britannique.

¹⁸⁷⁷ Entre 1984 et 1994, passage de 0 à 49% d'étude en profondeur dans les cours de jurisprudence britannique

¹⁸⁷⁸ W. Twining, *Globalisation and Legal Scholarship*, *op. cit.*, p. 33

¹⁸⁷⁹ H. Barnett, « The Province of Jurisprudence Determined -Again », *Legal Studies*, vol. 15, n°1, 1995, pp. 88-127

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, pp. 116-117.

¹⁸⁸¹ *Idem.*

¹⁸⁸² *Ibid.* p. 115.

684. L'ensemble des écoles intégrées dans le champ de la jurisprudence à la suite du tournant méthodologique se caractérisent par leur ouverture interdisciplinaire et favorisent la construction de modèles évaluatifs et prescriptifs du droit. Marqueur d'une forte diversification des discours entendus comme entrant dans le champ de la *jurisprudence*, cette dernière ne connaît plus l'unité que lui donnait sa définition moderne et resserrée à la seule théorie du droit britannique. Dès lors, difficilement qualifiable de discipline, la *jurisprudence* dans toute sa diversité semble trouver une cohérence en ce qu'elle propose une méthode particulière au juriste.

685. En effet, et comme observé par Roger Cotterrell, ce qui caractérise aujourd'hui la *jurisprudence* britannique, n'est pas tant un corpus ou un objet d'étude spécifique, mais une manière d'aborder et d'envisager l'objet juridique¹⁸⁸³. Méthode de subversion¹⁸⁸⁴, la *jurisprudence* offre au juriste britannique la possibilité, par le jeu d'une ouverture vers des discours extérieurs au droit et l'utilisation de leur concept dans le champ du discours sur le droit, d'intégrer le droit dans la réalité de son impact social. Elle permet aussi d'évaluer le droit en l'incluant dans des théories diverses et d'ainsi envisager et proposer des réformes pour le droit positif. La *jurisprudence* offre la possibilité de réenraciner le regard du juriste dans la contingence et la relativité de son cadre cognitif par un processus comparatif non pas mené entre divers systèmes juridiques, mais entre divers discours issus des sciences sociales. Processus d'ouverture et d'interdisciplinarité, la *jurisprudence*, par la diversité des cadres théoriques qu'elle ouvre aux auteurs sur le droit, vient en retour leur offrir la possibilité de construire de nouveaux cadres théoriques porteurs de traces issues de discours hors-droit et dont la visée prescriptive vient démultiplier les manières de dire et de représenter non plus l'ensemble du droit, mais certains de ces branches et objets.

686. En ce sens, la diversification de la *jurisprudence* britannique apparaît comme un facteur de la diversification des discours sur le droit public, et ce au risque d'une dispersion méthodologique entre ces discours et de l'éclatement, *in fine*, des représentations du droit

¹⁸⁸³ R. Cotterrell, «Pandora's box: jurisprudence in legal education», *International Journal of the Legal Profession*, vol. 7, n° 3, 2000, pp. 179-187., p. 179.

¹⁸⁸⁴ Ibid, p. 186, « *By making such challenges, jurisprudence ensures that its box of resources remains not just a store of interesting ideas but a Pandora's box. Opening it lets troubles into the world of professional law, via the examination of that world in legal education. But like Pandora's troubles these are challenges that, once accepted, can sometimes also promote wisdom. The subversion is constructive. In my view, jurisprudence's future role remains what it has always been: the constructive challenging of professional orthodoxy, in the service of broader legal understanding* », l'approche de la jurisprudence comme méthode subversive est à mettre en regard avec la présentation de la méthode de droit comparé comme méthode de subversion par le professeur H Muir-Watt, H.Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 52, n°3, 2000, pp. 503-527.

public britannique.

§2. *Le tournant théorique du discours doctrinal publiciste comme facteur de la multiplication des programmes doctrinaux sur le droit public britannique*

687. Le recours à la *Jurisprudence* a longtemps pu être considéré comme un outil marginal dans la construction du discours sur le droit public britannique. Le cadre théorique, largement entendu comme relevant du positivisme juridique à la suite des travaux d'A. V. Dicey et sous le consensus majoritaire autour du programme doctrinal orthodoxe, n'avait pas ou peu besoin de se voir préciser ou critiquer au regard de l'apparente homogénéité des discours dominants sur le droit public. A l'exception de la tradition contestataire, pleinement ancrée dans des cadres théoriques tournés vers l'extérieur du droit et notamment vers la théorie politique, il n'y avait que peu de raison pour le droit public britannique d'interroger sa compréhension de la jurisprudence comme théorie du droit et de chercher une autre manière de définir ou d'utiliser cette dernière.

688. La réforme du système universitaire et le passage vers un enseignement « libéral » du droit a, certes, permis de repenser et redéfinir la nature et le champ de la *jurisprudence* comme méthode d'extraversion du droit. Néanmoins, cette redéfinition de la *jurisprudence* ne doit apparaître que comme un des symptômes d'une reconfiguration du monde académique du droit dont les effets sont bien plus larges. Notamment, en faisant entrer les facultés de droit dans le système d'une économie du savoir, la réforme du monde universitaire amorcée à la fin des années quatre-vingt-dix a amené à une conceptualisation du savoir comme un bien sur un marché concurrentiel qui a nécessairement entraîné la création de divers instruments visant à mesurer à la fois la qualité de l'enseignement, mais aussi de la recherche dans les différentes disciplines universitaires¹⁸⁸⁵.

689. Dans le cadre du droit, la mise en place de ces instruments s'est caractérisée par l'adoption d'outils bibliométrique visant à apprécier la productivité et la créativité des auteurs

¹⁸⁸⁵ M. Thornton, « Legal Education in the Corporate University », *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 10, pp. 19-35, 2014, pp. 23-25.

académiques¹⁸⁸⁶. En ce sens la mise en place du *Research Assesment Exercise (RAE)*¹⁸⁸⁷ n'a pas été sans impact sur la production du savoir juridique et la forme adoptée par ce dernier. Pensé sur le modèle d'une « évaluation assurée par un panel de juristes universitaires »¹⁸⁸⁸, le *RAE* vise à déterminer quels universitaires sont des acteurs actifs ou non de la recherche dans leur champ disciplinaire. À cette fin, chaque universitaire doit soumettre ses quatre meilleures productions des dernières six années afin que la qualité de ces dernières puisse être évaluée¹⁸⁸⁹. Appliquée au droit, cette évaluation qualité des productions pose la question suivante : « qu'est-ce qu'une recherche de qualité en droit ? »¹⁸⁹⁰. Si jusqu'à la mise en place du *RAE* la rédaction de manuels respectant le cadre positiviste préalablement établi était perçue comme « une activité prestigieuse et de haute valeur »¹⁸⁹¹, l'adoption de ce dernier et l'extension de critères d'évaluation correspondants davantage à la culture scientifique d'autres disciplines est venu interroger et modifier la place tenue par les *textbooks*¹⁸⁹². Les exigences posées par le *RAE* d'une production de qualité, originale, s'imposant internationalement, signifiante, rigoureuse, et constituant une première référence pour la matière¹⁸⁹³, ont amené les *scholars* à peu à peu délaisser la rédaction de manuels pour préférer des monographies ou des articles ne se contentant pas d'expliquer ou d'exposer le droit positif, mais construisant une théorisation autour de l'objet.

690. Pour ce faire, des méthodes extérieures au cadre méthodologique proposé par modèle doctrinal britannique classique, comme une approche empirique¹⁸⁹⁴ ou le recours à l'interdisciplinarité¹⁸⁹⁵ ont été préférées afin de garantir la production d'une recherche remplissant les critères d'excellence universitaire posés par le *RAE*.

691. De fait, et par l'imposition sur la production du savoir juridique d'outils d'évaluation visant à apprécier la compétitivité de la production du savoir dans le cadre la mise en place

¹⁸⁸⁶ S. Bartie, « The lingering core of legal scholarship », *op. cit.*, p. 350, « One of the most significant developments in the university governance in England (...) has been the introduction of firm research assessment measures; measures that attempt to capture the relative performance of universities based on the quality and quantity of scholarship produced by their academics ».

¹⁸⁸⁷ Remplacé par le Research Excellence Framework (REF), S. Bartie, « The lingering core of legal scholarship », *The Journal of Legal Studies*, 2010., p. 351

¹⁸⁸⁸ F. Cownie, « Are we witnessing the death of the textbook tradition in the UK? », *European Journal of Legal Education*, vol 3, 2006, pp. 75-78, p.76

¹⁸⁸⁹ *Idem.*

¹⁸⁹⁰ *Idem.*

¹⁸⁹¹ S. Bartie, « The lingering core of legal scholarship », *op. cit.*, p. 352

¹⁸⁹² *Ibid.*, p. 353

¹⁸⁹³ F Cownie, « Are we witnessing the death of the textbook tradition in the UK? », *op. cit.*, p. 77

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*

d'un marché pour l'économie du savoir¹⁸⁹⁶, le cadre méthodologique orthodoxe du droit britannique se voit forcé à évoluer afin de mieux correspondre à de nouvelles exigences qui ne sont pas cette fois interne au discours et à son rapport à l'objet qu'il entend construire et étudier, mais bien externe à ce dernier et résultant de pressions politiques et économiques exercées sur les acteurs et institutions produisant le discours. Dans ce cadre précis, le recours à la méthode d'extraversion de la *jurisprudence*, parce qu'elle autorise un degré soudain d'interdisciplinarité permettant de développer de nouvelles perspectives plus valorisées par le *RAE*, semble s'être soudainement banalisé dans le champ du droit public. Si cette banalisation n'est pas restée sans critique (A.), le recours accru à la *jurisprudence* permet, dans la multitude de ses nuances, de caractériser encore davantage la structure déjà observée entre les courants et groupes publicistes britanniques contemporains. L'étude du recours à la jurisprudence par ces différents types de discours sur le droit public britannique permet ainsi de préciser l'identité du paysage doctrinal du droit public contemporain.

A. La banalisation du recours à la Jurisprudence dans le champ du droit public

692. La critique du recours à la Jurisprudence comme méthode interdisciplinaire dans le champ du droit public britannique. Le tournant méthodologique observé au sein de la *jurisprudence* britannique fait de cette dernière une méthode d'extraversion pour les juristes qui décroissent l'usage de la *jurisprudence* et la pousse au-delà de la constitution d'un champ disciplinaire. Méthode, la *jurisprudence* vient innover l'ensemble des branches du discours sur le droit britannique. En tant que branche de cet ensemble, le discours sur le droit public n'y fait pas exception.

693. En ce sens, Brendan O'Leary relève, au tout début des années quatre-vingt-dix, que « durant la dernière décennie, de nombreux juristes de droit public britannique se sont aventurés bien au-delà des limites traditionnelles de leurs frontières disciplinaires et se sont confrontés à des problématiques que leurs prédécesseurs étaient plus satisfaits de laisser aux autres sciences sociales ou aux politistes »¹⁸⁹⁷. Ce mouvement d'exploration des espaces discursifs bordant le champ orthodoxe du discours sur le droit public britannique apparaît cependant au politiste comme peu satisfaisant. Brendan O'Leary souligne la tendance des

¹⁸⁹⁶ M. Thornton, « The Law School, the Market and the New Knowledge Economy », *Legal Education Review*, vol. 17, n°1-2, 2007, pp. 1-26, p. 2, « Under neoliberalism, increasingly equated with its extreme form of market fundamentalism, higher education has been reconceptualised as a private good for which users pay ».

¹⁸⁹⁷ B. O'Leary, « What Should Public Lawyers Do? », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, n°3, 1992, pp. 404-418, p. 404

juristes à « redécouvrir des thèmes contemporains des sciences politiques et de l'administration publique »¹⁸⁹⁸, ou encore observe, quelque peu acide, « que l'on arrive à un point dans certaines industries académiques où la collaboration interdisciplinaire, la coopération et l'hybridation commencent à ressembler à une intrusion peu éclairée [dans un autre champ disciplinaire] ou une perte de foi dans son propre domaine disciplinaire »¹⁸⁹⁹.

694. Ces critiques sont destinées au professeur Paul Craig et à son ouvrage *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*¹⁹⁰⁰. Elles opposent à l'utilisation et à l'intégration dans les outils d'analyses du professeur oxonien d'éléments théoriques issus des travaux de John Rawls ou de Ronald Dworkin, tant le risque d'une forme d'errance intellectuelle de la part des juristes qui s'aventureraient sur des territoires disciplinaires et théoriques qui leur sont classiquement restés inconnus que l'assimilation de la méthode juridique à la seule méthode positiviste. Cette dernière serait l'essence même de la discipline juridique. Dès lors, l'interdisciplinarité inhérente à la méthode de *jurisprudence* du professeur Paul Craig porterait le risque de voir s'effondrer l'identité même du droit public comme discipline académique.

695. Cet ensemble de critiques amène à plusieurs observations. Tout d'abord, et alors même que Brendan O'Leary ouvre sa recension de l'ouvrage du professeur Craig par des remarques semblant mettre en garde contre les stéréotypes rattachés aux juristes académiques¹⁹⁰¹ dans le milieu universitaire, ce dernier semble rapidement y souscrire dans la défense des frontières disciplinaires qu'il propose et oppose à Paul Craig¹⁹⁰². La capacité de subversion de la méthode interdisciplinaire de la *jurisprudence* semble ici d'autant plus saillante que la réaction défensive de Brendan O'Leary ne provient pas d'un auteur du discours sur le droit, mais d'un champ disciplinaire proche, celui de la science politique. Ce dernier agit comme « un gardien jaloux des frontières disciplinaires et marginalise ceux qui travaillent en dehors de ces frontières »¹⁹⁰³. Est ainsi mis à jour par la réaction du professeur de la *LSE* qu'y compris depuis l'extérieur du champ disciplinaire juridique, « quand un membre d'une discipline

¹⁸⁹⁸ *Idem.*

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰⁰ P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, OUP, 1990.

¹⁹⁰¹ B. O'Leary, « What Should Public Lawyers Do? », op. cit., p. 404, « *In much of the political-science trade lawyers are still believed to be empiricist, case-centred, pedantic and quarrelsome. They are also rumoured to be litigious. Lawyers return the compliment, often regarding political scientists as members of a profession for which no preparation or thought is necessary, or as a slightly less vulgar species of journalist. These stereotypical characterizations of die two professions are never inhibited by mutual ignorance of one another's work* ».

¹⁹⁰² *Idem.*

¹⁹⁰³ D. W. Vick, « Interdisciplinarity and the Discipline of Law », *Journal of Law and Society*, 2004, p. 173.

cherche à intégrer les idées et pratiques venues d'une autre discipline, cela peut être perçu comme une tentative d'importer un organisme infectieux venu de l'extérieur, mettant en danger la pérennité de la discipline mère de cet aventurier malavisé »¹⁹⁰⁴.

696. La banalisation du recours à la méthode interdisciplinaire de la *Jurisprudence* dans le champ du droit public britannique. Pour autant, percevoir le « tournant théorique » du discours sur le droit public et son recours à la méthode de la *jurisprudence* par cette seule perspective serait trompeur. Si la « transgression » de la méthode adoptée par Paul Craig est de suggérer que « la forme et le contenu du droit constitutionnel et du droit administratif doivent être évalués à la lumière des théories politiques qu'une société épouse, ou qu'une personne croit que la société épouse »¹⁹⁰⁵, O'Leary, en assignant cette transgression à un seul auteur pris dans son individualité, manque en réalité l'amorce d'un mouvement plus large et global au cœur du discours sur le droit public britannique et qui ne s'est jusqu'à présent pas épuisé ni démenti. En effet et lorsque mis en regard avec des travaux comme ceux développés par les professeurs Trevor Allan¹⁹⁰⁶, Martin Loughlin¹⁹⁰⁷, William Twining¹⁹⁰⁸, Neil Walker¹⁹⁰⁹ ou plus récemment, Nicholas Barber¹⁹¹⁰, Richard Bellamy¹⁹¹¹ ou Alison Young¹⁹¹², l'approche proposée par Paul Craig semble davantage s'inscrire dans une interdisciplinarité devenue « mainstream »¹⁹¹³. Le recours à l'interdisciplinarité dans la doctrine publiciste britannique semble devoir être aujourd'hui comprise comme « un processus transitoire (...) qui peut transformer l'identité même de la discipline »¹⁹¹⁴.

697. Il convient cependant de reconnaître à Brendan O'Leary la légitimité de certaines de ses

¹⁹⁰⁴ *Idem*.

¹⁹⁰⁵ P. Craig, « What Should Public Lawyers Do? A Reply », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, 1992, pp. 564-577, p. 564.

¹⁹⁰⁶ T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice, The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1994; T. R. S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, OUP, 2003; T. R. S. Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, OUP, 2013.

¹⁹⁰⁷ M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford, OUP, 2003; M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, OUP, 2010; M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford, OUP, 2017.

¹⁹⁰⁸ W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Northwestern University Press, 2001; W. Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, CUP, 2009.

¹⁹⁰⁹ N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge, CUP, 2015.

¹⁹¹⁰ N. W. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2018 ; N. W. Barber, *The Constitutional State*, Oxford, OUP, 2010.

¹⁹¹¹ R. Bellamy, *Political constitutionalism – A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, CUP, 2009.

¹⁹¹² A. L. Young, *The Constitution of Social Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2020; A. L. Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, OUP, 2017.

¹⁹¹³ D. W. Vick, *art. cit.*, p. 173.

¹⁹¹⁴ *Idem*.

inquiétudes. En effet, l'intensification du recours à cette interdisciplinarité au cœur même de la méthode du droit public pourrait porter un risque pour l'identité du discours sur le droit public et les représentations que ce dernier produit pour dire et faire sens de son objet. Le professeur Roger Cotterrell rappelle que la nature de la *jurisprudence*, comprise comme méthode, est d'être un réservoir de théories et d'idées potentiellement extérieures au droit afin de venir repenser et réévaluer les concepts et doctrines qui maillent et structurent le discours sur le droit¹⁹¹⁵. Ce réservoir n'est pas limité. La *jurisprudence* « ne propose pas nécessairement de tentative sérieuse de se rattacher à une conception philosophique particulière en tant que discipline ou tradition de recherche, mais crée un espace pour les sciences humaines et sociales, la linguistique, l'histoire et d'autres champs du savoir, de même que pour un éventail de traditions philosophiques plus explicites »¹⁹¹⁶ Ainsi, elle ne voit pas son contenu défini et dès lors ce n'est pas tant la nature des théories ou des idées qui vont être intégrées au discours sur le droit qui semble essentiel à la méthode de la *jurisprudence* que la manière dont ces dernières vont se voir mises en dialogue avec les concepts et structures du discours sur le droit pour venir en permettre l'évaluation.

698. En d'autres termes, la méthode de la *jurisprudence* ouvre les représentations du droit public à une possibilité quasi infinie de voir intégrer dans son discours des concepts et structures discursives issues d'autres champs de la connaissance. Par l'usage de cette méthode, c'est la plasticité et l'ouverture du discours sur le droit qui est poussée à un degré tout à fait nouveau. Tout au contraire, le cadre méthodologique du discours orthodoxe et sa structuration autour d'une *jurisprudence* restreinte à la seule théorie du droit telle que formulée par J. Austin puis H. L. Hart, ont eu tendance à rechercher la clôture de ce même discours¹⁹¹⁷. La *jurisprudence*, en ouvrant à d'autres discours, d'autres vocabulaires, d'autres grammaires le discours sur le droit public offre à ce dernier la capacité de se réinventer, de repenser ses concepts, ses structures, sa propre manière de dire et de représenter son objet. En l'absence cependant d'un périmètre bien défini pour cette hybridation du discours sur le droit public, le choix du type de discours intégré et le degré de cette intégration demeurent soumis à la seule

¹⁹¹⁵ R. Cotterrell, « Pandora's box: jurisprudence in legal education », *International Journal of the Legal Profession*, vol. 7, n° 3, 2000, pp. 179-187., p. 181, « In this situation, the jurisprudence teacher might be imagined as rummaging in a box of different knowledges, pulling out the shiniest items to catch the eye of students. The box is labelled 'law and other disciplines' or perhaps merely 'law and society'. It contains whatever has been put in it at various times by 'wandering jurists', who have come across intellectual objects they thought legally interesting ».

¹⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 181.

¹⁹¹⁷ *Ibid.*, pp. 181-182, « *Legal thought tends to seek closure; that is, rational consistency and authoritative solutions to legal and social issues. But the incompleteness-even arbitrariness-of the jurisprudence canon ultimately conveys for the thoughtful student a disturbing message of law's own indeterminacy and unfinished nature as a form of social knowledge* ».

volonté individuelle de l'auteur qui aura recours à la méthode de *jurisprudence*. Si le programme doctrinal qui construit le modèle orthodoxe tel que redéfini dans la seconde moitié du XX^e siècle ne permet pas à l'interdisciplinarité portée par la *jurisprudence* de se développer, le cadre des *socio-legal studies* pousse tout au contraire à cette interdisciplinarité et la voit structurée dans la théorisation de la *sociological jurisprudence*¹⁹¹⁸.

699. De manière similaire, la finalité même de l'évaluation que permet la *jurisprudence* n'est pas précisée par la méthode de cette dernière. L'évaluation par la *jurisprudence* des concepts du discours du droit public peut simplement être entendu en termes de cohérence comme dans le cadre de la théorie du droit et de son épistémologie positiviste¹⁹¹⁹. Elle peut aussi être envisagée en termes d'intégrité dans le cadre d'une méthode guidée par une conception morale du droit¹⁹²⁰, en termes de bien pour la société dans le cadre d'une compréhension jusnaturaliste du droit¹⁹²¹ ou encore en termes de justice sociale dans des cadres aussi divers que ceux développés par les théories républicaines¹⁹²² ou féministes¹⁹²³ du droit public. Il en résulte dès lors que la *jurisprudence* comme méthode intégrative met en lumière que « le droit est connecté à tout moment avec diverses formes de savoir que le droit ne peut contrôler ou systématiser lui-même. Le message est que le droit organise le monde social provisoirement et de manière contingente. Si l'ordre juridique n'est pas insignifiant, il est d'autant plus remarquable face à la complexité du monde social et de la contingence auxquelles il doit répondre »¹⁹²⁴. Ainsi, tant la pluralité des cadres théoriques, des disciplines sur lesquelles appuyer la méthode de la *jurisprudence* que l'infinité des finalités à donner à cette même méthode amène à la démultiplication des points de vue et des regards portés sur le droit public et ses modes de représentation.

¹⁹¹⁸ R. Cotterrell, *Sociological Jurisprudence – Juristic Thought and Social Inquiry*, Londres, Routledge, 2018

¹⁹¹⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*; A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*; H. R. W. Wade, *Administrative Law*, *op. cit.*

¹⁹²⁰ R. Dworkin, « The Model of Rules », *op. cit.*; R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, *op. cit.*; T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*

¹⁹²¹ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*; N. W. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, *op. cit.*; N. W. Barber, *The Constitutional State*, *op. cit.*

¹⁹²² P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, *op. cit.*; R. Bellamy, *Political Constitutionalism - A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, *op. cit.*; A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*

¹⁹²³ B. Mauthe, « Public law and the value of conceptual analysis », *International Journal of Law in Context*, vol. 10, n°1, mars 2014, pp. 47-63.

¹⁹²⁴ R. Cotterrell, *Sociological Jurisprudence*, *op.cit.*, p. 182

B. Le recours à la jurisprudence comme marqueur de différenciation entre les différents courants doctrinaux du droit public britannique.

700. Les différents types de recours à la *Jurisprudence* face à la cartographie doctrinale des discours sur le droit public britannique. Si la méthode conditionne bel et bien le dire sur l'objet d'étude, le « tournant théorique » du discours sur le droit public et son recours à la méthode de la *jurisprudence* porte en lui le risque de disperser ce même dire sur le droit public britannique. La capacité de la *jurisprudence* à absorber et intégrer le pluralisme théorique hors du droit dans le cœur du droit impulse un mouvement nouveau d'expansion du champ du discours sur le droit public britannique. En ce sens, le « tournant théorique » du discours sur le droit public renferme les dynamiques d'une dispersion des représentations de l'objet droit public au Royaume-Uni.

701. Pour autant, et malgré toute la diversité des cadres théoriques utilisés en *jurisprudence*, cette dernière lorsqu'intégrée aux discours sur le droit public semble s'étendre sur un spectre relativement bien défini. Ce spectre qui s'aventure d'une *jurisprudence* restreinte aux seules méthodes analytiques et d'exposition interne, visant alors une fonction descriptive ; à une *jurisprudence* élargie à une approche évaluative, voire prescriptive, et d'exposition externe ; se superpose et complète l'échelle qui a jusqu'à présent constitué un motif récurrent au cœur de cette étude : celui des différents types de discours doctrinaux sur le droit public britannique et sur laquelle se fonde la proposition de cartographie doctrinale présentée dans le chapitre précédent.

702. En ce sens, l'étude des types de recours à la *jurisprudence* fait par les différents discours doctrinaux identifiés comme appartenant au paysage publiciste britannique contemporain, semble pouvoir confirmer et préciser la classification déjà proposée des différents courants et groupes doctrinaux constituant le champ de la doctrine publiciste britannique contemporaine. Elle pourrait, en un sens, constituer un troisième axe de classification, ou du moins, un troisième axe d'identification des spécificités des différents discours doctrinaux étudiés jusqu'à présent. Le spectre des recours à la *jurisprudence* s'étend ainsi entre deux pôles porteurs d'une charge théorique différente. Le premier, et le plus classique, limite la *jurisprudence* à la méthode de la théorie du droit, soit, une méthode analytique et principalement descriptive, ou du moins présentée comme telle. Le second pôle de ce spectre, le plus contemporain, étend le domaine de la *jurisprudence* à une méthode interdisciplinaire et entend déployer une approche prescriptive et davantage ouverte vers le hors droit que le reste du spectre des utilisations de la *jurisprudence* au sein du discours sur le droit public

britannique. La jurisprudence agit ici comme un outil de décloisonnement discursif et réouvre au discours du droit les manières de définir et délimiter son objet. Entre les deux pôles de ce spectre, diverses variations du recours à la méthode de la *jurisprudence* s'échelonnent, mais restent majoritairement sur le versant descriptif, ou du moins affirmé comme tel, du discours sur le droit.

703. Face à ce jeu d'échelle, se déploie la cartographie regroupant en trois courants doctrinaux principaux les différents discours sur le droit public britannique : courant légaliste, courant moraliste et courant politiste. Chacun de ces courants, il l'a déjà été souligné, se divisant en un certain nombre de sous-catégories désignées sous le terme de « groupes doctrinaux » et représentant des consensus méthodologiques, épistémiques et théoriques plus restreints que ceux qui permettent d'identifier les courants doctrinaux. La présentation qui a été faite de cette cartographie est restée largement homogène, ne jouant que sur deux niveaux de classification et ne dévoilant pas au niveau de classification le plus précis, celui des groupes doctrinaux de variation entre ces différents groupes. Or, la combinaison de cette cartographie à l'échelle des différents recours à la méthode de la jurisprudence semble permettre une nouvelle lecture de cette classification.

704. En effet, lorsqu'appliqué à la cartographie de la doctrine publiciste britannique, le spectre des différents types de recours à la jurisprudence semble se superposer et dessiner les contours de deux groupes doctrinaux ouvertement interdisciplinaires et intégrant le discours sur le droit public au sein de cadres théoriques plus larges que le seul discours sur le droit. Entre ces deux groupes et leurs pôles théoriques représentant une méthode de *jurisprudence* poussée, se trouve alors un nuancier de représentations et de discours sur le droit public découpés dans le cadre de cette étude entre le courant politiste, le courant légaliste et le courant moraliste. La première et la dernière de ces catégories trouvent dans leurs formes les plus poussées les deux groupes doctrinaux correspondant aux pôles théoriques les plus poussés qui clôturent les types de recours à la *jurisprudence* préalablement identifiés.

705. Ainsi, le spectre du recours à la *jurisprudence*, lorsque placé en miroir de celui de la cartographie des discours sur le droit public britannique, offre à cette dernière un relief, une texture nouvelle. En effet, une variation dans l'emploi de la *jurisprudence* s'observe dans chacune des catégories des discours doctrinaux publicistes britanniques en fonction du caractère prescriptif ou descriptif du discours et son degré de clôture et vient dès lors faire varier les prétentions théoriques des discours. La répartition entre la *jurisprudence* entendue dans un sens strict et donc analytique et interne et celle comprise dans son acception la plus

large, prescriptive et intégrée varie au sein de chaque catégorie de programmes doctrinaux sur le droit public britannique. Ainsi, le courant politiste et le courant moraliste dans leurs acceptions les plus fortes utilisent la méthode de la *jurisprudence* dans toute sa potentialité d'interdisciplinarité et de décloisonnement du discours juridique. Néanmoins, ces deux types de discours sur le droit public connaissent aussi des versions plus douces qui font usage d'une *jurisprudence* plus resserrée et où l'interdisciplinarité, si elle est utilisée, ne joue pas le même rôle au sein de la structure du discours¹⁹²⁵.

706. Les variations autour du recours à la méthode de la *Jurisprudence*, des utilisations relativement homogènes dans le cadre du courant légaliste. Le recours à la jurisprudence dans le champ du courant légaliste apparaît comme moins variable et pluriel que dans les courants politistes et moralistes. Le consensus qui regroupe les différents groupes doctrinaux appartenant à ce courant, en postulant de l'autonomie normative du droit amène les auteurs ayant recours à la méthode de la *jurisprudence* à investir moins profondément le potentiel de subversion disciplinaire de cette dernière. L'interdisciplinarité n'est pas nécessairement laissée de côté, comme le démontre l'exemple du recours par le professeur P. Craig à la théorie politique. En revanche, cette utilisation ne conduit pas à la revendication d'un modèle prescriptif pour le droit s'inscrivant dans un projet politique plus large et affirmé. Ou du moins, si un tel projet existe dans l'esprit de l'auteur il n'est pas présenté à son lecteur comme la finalité nécessaire de son modèle de droit public. Au contraire, et que cela soit dans les écrits d'A. Young, de M. Elliott ou de P. Craig, les modèles explicatifs proposés ne le sont qu'en vertu des qualités scientifiques et descriptives que leur prêtent leurs auteurs. Plus généralement, le champ discursif du courant légaliste semble, globalement, reposer sur le partage d'un même modèle théorique qui est celui proposé par H. L. A. Hart.

707. Ainsi, pourra être relevé que le professeur A. Young fait directement référence à la règle de reconnaissance dans ses écrits. A titre d'exemple, le commentaire de la décision *Miller* de 2016 proposée par cette dernière¹⁹²⁶ dédie une part de ses développements à la question de l'évolution et de la redéfinition de la règle de reconnaissance reconnue jusqu'alors comme étant au fondement du système constitutionnel britannique. En effet, cette dernière longtemps

¹⁹²⁵ En ce sens, voir au cœur du courant politiste l'opposition entre le projet politique républicain porté par la représentation du droit public proposée par R. Bellamy et le projet de méthodologie pour une *political jurisprudence* portée par le professeur M. Loughlin.

¹⁹²⁶ A. Young, « R. (Miller) v Secretary of State for exiting the European Union: thriller or vanilla? », *European Law Journal*, Vol. 42, n°2, 2017, pp. 280 – 295.

résumée par la citation de H. L. A. Hart, « la règle de reconnaissance serait simplement que tout ce que le Roi édicte est du droit »¹⁹²⁷, amenait à regarder toute loi adoptée par « the Queen-in-Parliament » comme au fondement de l'ordre juridique. Pour autant le premier arrêt *Miller* rendu en 2017 par la Cour Suprême britannique, en offrant pour la première fois un statut clair au droit de l'Union européenne dans la structure du système juridique britannique¹⁹²⁸, amène à réévaluer cette dernière règle de reconnaissance. Sur ce fondement, le professeur A. Young observe que « si une telle modification de la règle de reconnaissance a eu lieu, cela n'aurait pas altéré la règle de reconnaissance fondamentale. Le fait 'tout ce que la *Queen-in-Parliament* édicte est du droit' serait toujours vrai »¹⁹²⁹.

708. De manière très similaire, le professeur M. Elliott fonde nombre de ses observations sur l'évolution de la souveraineté du Parlement et sur les effets constitutionnels du *Brexit* sur le prisme de la théorie hartienne du droit¹⁹³⁰. Les références à la règle de reconnaissance au fondement du système de droit public britannique y sont donc régulières et attestent de son attachement à une *jurisprudence* entendue comme théorie du droit fondée sur un positivisme inclusif. La position du professeur P. Craig semble ici se détacher quelque peu des usages généralement fait de la *jurisprudence* dans le courant légaliste. En effet, en centrant son modèle de droit public sur la *common law* et le rôle des juges pour la constitution britannique, le professeur P. Craig ne semble pas souscrire à la règle de reconnaissance formulée par H. L. A. Hart et comme il l'a déjà été souligné tend davantage à reconnaître le cadre théorique proposé par R. Dworkin. De même, l'utilisation faite par ce dernier de la théorie politique tend à démontrer un degré supérieur d'interdisciplinarité en comparaison avec les autres auteurs du courant légaliste, pour autant et parce qu'il ne défend pas l'adoption d'un nouveau modèle social et politique au travers d'une représentation prescriptive du droit public britannique, le

¹⁹²⁷ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁹²⁸ *R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, pt. 60, « Many statutes give effect to treaties by prescribing the content of domestic law in the areas covered by them. The 1972 Act does this, but it does considerably more as well. It authorises a dynamic process by which, without further primary legislation (and, in some cases, even without any domestic legislation), EU law not only becomes a source of UK law, but actually takes precedence over all domestic sources of UK law, including statutes».

¹⁹²⁹ A. Young, « *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union: Thriller or Vanilla?* », *op. cit.*, disponible à https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:2d6cef92-4a35-4c3e-b113-86f1085fabb5/download_file?file_format=pdf&safe_filename=ALYoungMillercommentELRevfinal.pdf&type_of_work=Journal+article, p. 18.

¹⁹³⁰ M. Elliott, « Factortame and the voluntary acceptance of limits on sovereignty: a response to Professor Mead », *Public Law for Everyone*, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2016/02/22/parliamentary-sovereignty-and-eu-law-a-response-to-professor-david-mead/>; M. Elliott, « Analysis. The Supreme Court's Judgement in Miller », *Public Law for everyone*, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2017/01/25/analysis-the-supreme-courts-judgment-in-miller/>.

professeur P. Craig se distingue des utilisations de la jurisprudence les plus poussées faites par une certaine part des auteurs des courants politistes et moralistes.

709. Les variations autour du recours à la méthode de la *Jurisprudence*, des utilisations fortement hétérogènes dans les courants politiste et moraliste. Au cœur du courant politiste tant le *political constitutionalism* d'A. Tomkins que celui de R. Bellamy et dans le courant moraliste le *moral common law constitutionalism* de T. R. S. Allan, vont, par le recours à la méthode de la *jurisprudence*, intégrer leurs études de la constitution britannique dans un cadre théorique extra-juridique. Ce cadre sera celui de la théorie politique pour les premiers et de la philosophie morale pour le second. Cette intégration de leur représentation du droit public britannique dans un cadre théorique plus large que la seule théorie du droit permet alors à ces auteurs d'orienter et de justifier leur modèle prescriptif visant à une réforme du droit public britannique.

710. Ainsi, R. Bellamy, en introduction à son ouvrage *Political Constitutionalism* expose-t-il très clairement l'ambition prescriptive de son travail. Ce dernier est compris comme « offr[ant] une présentation prescriptive du système politique démocratique. En particulier, il montre comment un vrai processus démocratique fonctionne dans un système orienté de manière à produire les biens constitutionnels que sont le respect des droits et du *rule of law* en s'assurant que les lois sont créées de manière à traiter tous les individus comme des égaux »¹⁹³¹. Pour ce faire, R. Bellamy indexe sa représentation du droit public sur les théories républicaines d'auteurs comme P. Pettit¹⁹³² ou Q. Skinner¹⁹³³. Ainsi, « cette approche fait appel à la tradition républicaine et son insistance sur l'autonomie, d'une part, et la séparation des pouvoirs, d'autre part, comme des mécanismes permettant de vaincre la domination des règles arbitraires d'autrui (...) elle s'appuie sur des travaux de sciences politiques de droit public, ce que Michael Shapiro appelle 'political jurisprudence' et comprend le droit comme fonctionnant politiquement (...) »¹⁹³⁴.

711. De manière similaire, A. Tomkins ouvre la préface de son ouvrage, *Our Republican Constitution*, par l'affirmation suivante : « ce livre présente une lecture républicaine de la

¹⁹³¹ R. Bellamy, *Political constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, CUP, 2007, p.5.

¹⁹³² *Ibid.*, p. 80

¹⁹³³ *Idem.*

¹⁹³⁴ *Ibid.*, p. 5.

constitution britannique. Il offre une interprétation de la pratique constitutionnelle contemporaine, des aspects de l'histoire constitutionnelle et de l'état des réformes constitutionnelles qui, dans tous els aspects, est radicalement critique de l'orthodoxie »¹⁹³⁵. L'objectif de réforme que sous-tend cette lecture est clairement affirmé, A. Tomkins précisant que « ce livre se termine par une série de suggestions visant à réformer la constitution (...) ». Néanmoins et dans le cas d'A. Tomkins, le cadre de théorie politique républicaine, s'il sert bien de support à son recours à la jurisprudence, est aussi présenté comme s'enracinant dans le réel de la constitution britannique¹⁹³⁶. La frontière entre prescriptif et descriptif est donc plus floue que dans le travail de R. Bellamy.

712. Dans le champ du courant moraliste, T. R. S. Allan offre l'exemple d'un modèle de droit public intégré dans la théorie de la Justice de J. Rawls et l'approche morale du droit de R. Dworkin. Si l'influence de ces deux derniers auteurs dans les écrits de T. R. S. Allan semble toujours prégnante, elle n'y est pas affirmée aussi frontalement que l'influence des théories républicaines dans les travaux de d'A. Tomkins ou R. Bellamy. Ainsi, si *Constitutional Justice*¹⁹³⁷, s'inscrit bien dans un cadre de théorie morale du monde politique, ce n'est que dans son article « *The Moral Unity of Public Law* », fruit d'une conférence présentée à la *Public Law Conference* tenue à Cambridge en 2016, que T. R. S. Allan semble affirmer plus clairement, voire revendiquer, l'inscription de sa représentation du droit public britannique dans un modèle théorique extra-juridique. Ainsi, ce dernier affirme-t-il :

« Nous devrions envisager une représentation unifiée des droits constitutionnels et des standards juridiques, exprimant une théorie morale cohérente *du rule of law* (...) Tandis que Jeremy Waldron doute de la similarité entre l'analyse juridique est le raisonnement moral – rejetant une analogie avec l'équilibre réflexif rawlsien – sa perspective doit être critiquée. Un juge de *common law* qui s'engage dans le raisonnement moral au nom de l'ensemble de la société, à la manière de la théorie de l'intégrité suggérée par Ronald Dworkin, doit prendre en compte les textes juridiques et les précédents qui sont pertinents au regard de la morale politique »¹⁹³⁸.

713. L'inscription de la pensée de T.R.S. Allan dans ce cadre théorique précis de morale

¹⁹³⁵ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. vii

¹⁹³⁶ *Ibid*, p. viii

¹⁹³⁷ T. R. S. Allan, *Constitutional Justice. A liberal theory of the Rule of Law*, Oxford, OUP, 2001

¹⁹³⁸ T. R. S. Allan, « The Moral Unity of Public Law », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 67, n°1, 2017, pp. 1-30, p. 1.

politique amène l'auteur à dégager deux éléments majeurs pour la structuration de sa représentation du droit public britannique. Tout d'abord, le droit est un raisonnement moral fondé sur des règles et des principes juridiques. La reprise de la théorie de R. Dworkin est ici claire et conduit nécessairement à la deuxième observation au cœur du modèle théorique de T. R. S. Allan, le processus de décision judiciaire dans les cours de *common law* offre les conditions nécessaires à la réalisation du raisonnement moral au cœur de l'activité juridique. Ainsi, les juges parce qu'ils concentrent l'activité de raisonnement moral au cœur du droit, doivent être regardés comme au cœur de la constitution britannique et au centre de son système de droit public. Si la structure du modèle semble totalement héritée de la pensée de R. Dworkin, les conditions et structures du raisonnement moral du droit, découlent de la théorie de la Justice de J. Rawls¹⁹³⁹.

714. Dans ce même courant moraliste, John Finnis offre un autre modèle d'inscription des représentations du droit public dans un cadre théorique issu de la philosophie morale. Sans pour autant rejoindre le professeur T. R. S. Allan dans son recours au cadre théorique rawlsien, la construction proposée par John Finnis du droit public britannique repose sur un cadre théorique « [ayant] recours à l'idée aristotélicienne, développée plus tard par Saint Thomas d'Aquin et les *scholars* médiévaux, d'un point focal ou d'un cas central, qui est celui de l'homme qui faisant usage de la raison pratique »¹⁹⁴⁰. En d'autres termes, la pensée développée par J. Finnis vise à identifier des « biens communs »¹⁹⁴¹ qui ne peuvent être protégés que par l'exercice de la raison pratique telle que garantie ou réalisée dans le droit. Dès lors, la pensée morale de J. Finnis vise à identifier ces « bien communs » et les intégrer à une vision idéelle du droit¹⁹⁴². Cette vision servira d'étalons permettant de mesurer après leur description la validité morale des mécanismes du droit positif¹⁹⁴³. La dimension normative du modèle, si moins forte que celle proposée par R. Dworkin¹⁹⁴⁴, n'appuie pas sa détermination de la « raison pratique » et des « bien communs » uniquement sur une théorie morale qui serait sécularisée, mais au contraire sur des sources religieuses¹⁹⁴⁵.

715. Si l'ensemble de ces exemples tendent à mettre en lumière des cas d'utilisation renforcée

¹⁹³⁹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972.

¹⁹⁴⁰ V. Rodriguez-Blanco, « Is Finnis wrong? », *op. cit.*, p. 259.

¹⁹⁴¹ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 3, « There are human goods that can be secured only through the institutions of human law, and requirements of practical reasonableness that only those institutions can satisfy ».

¹⁹⁴² V. Rodriguez-Blanco, « Is Finnis wrong? », *op. cit.*, p.260.

¹⁹⁴³ *Ibid.*

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁹⁴⁵ J. Finnis, *Religion and Public Reasons: Collected Essays*, Volume IV, Oxford, OUP, 2011

de la méthode interdisciplinaire et d'extraversion de la *jurisprudence* dans le discours sur le droit public britannique, il convient néanmoins de relever que tous les auteurs s'inscrivant dans les courants politiste et moraliste ne pratiquent pas nécessairement à un degré aussi élevé l'interdisciplinarité rendue possible par la *jurisprudence*. Ainsi, les auteurs rattachés à la *political jurisprudence*, comme M. Loughlin¹⁹⁴⁶, vont utiliser l'ouverture du discours du droit sur son extérieur par le recours à la *jurisprudence*, non plus dans une finalité prescriptive, mais pour une meilleure description de la confrontation des concepts et structures du discours du droit à la réalité du monde social dans lequel ce dernier s'inscrit. La *jurisprudence* est alors utilisée pour permettre à la fois la contextualisation du discours sur le droit ainsi que la démonstration de sa contingence et de ses évolutions. Facteur d'ouverture du discours sur le droit, la *jurisprudence* permet ainsi à ces auteurs une meilleure compréhension et représentation du système de droit public sans pour autant viser à mettre ce dernier au service d'un projet politique.

716. C'est ainsi le long de cette ligne de démarcation entre un *strong* et un *weak political constitutionalism* ou entre l'usage de la *jurisprudence* à des fins de réforme ou de connaissance du droit public britannique que peut s'observer la répartition entre des auteurs comme Richard Bellamy, Adam Tomkins, John Griffiths ou encore Martin Loughlin. Là où tant John Griffiths que Martin Loughlin reconnaissent la nature politique du droit public britannique,¹⁹⁴⁷ l'un et l'autre n'ont recours à la science politique qu'afin de permettre une meilleure exposition de la réalité du droit public tel que pratiqué au Royaume-Uni¹⁹⁴⁸. Si leur jurisprudence est ouverte à des discours extérieurs au droit, ces discours ne sont que des outils de contextualisation et d'explication du droit public britannique. L'un et l'autre restent ainsi dans le champ d'une méthode analytique là où, tout au contraire tant Richard Bellamy qu'Adam Tomkins proposent une méthode prescriptive en s'appuyant sur des discours politiques issus des théories républicaines développées par Q. Skinner ou P. Pettit. La jurisprudence sert ainsi à R. Bellamy et A. Tomkins à justifier leur modèle prescriptif du droit public britannique visant à une réforme de ce dernier. Il convient néanmoins de souligner,

¹⁹⁴⁶ M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, *op. cit.*

¹⁹⁴⁷ J. A. G. Griffiths, « The Political Constitution », *op.cit.*, p. 19, « *But laws are merely statements of a power relationship and nothing more. A law remains a political act about which it is indeed possible to hold opinions.* »; M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 1, « *Political jurisprudence, then, asserts that law is an aspect of the political and that the political is an autonomous way of viewing the world* ».

¹⁹⁴⁸ J. A. G. Griffiths, « The Political Constitution », *op.cit.*; M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, *op. cit.*, pp.2-4, p. 4 « *Political jurisprudence therefore rejects both legal positivism and normativist anti-positivism, the former because it limits the province of jurisprudence by presupposing authority and the latter because it assumes the moral authority of an idealized legality* ».

qu'y compris pour ces deux auteurs, le degré d'intégration d'un discours extérieur au droit public britannique par la méthode de jurisprudence varie, et ce malgré leur approche prescriptive. Ainsi, si A. Tomkins fait usage de la théorie républicaine pour proposer une nouvelle interprétation de la constitution britannique et la nécessité de sa réforme¹⁹⁴⁹, R. Bellamy, au contraire, laisse cette dernière s'effacer derrière le cadre théorique présenté¹⁹⁵⁰. Là où la première lecture de la constitution britannique s'appuie sur des exemples pratiques issus de *case laws*¹⁹⁵¹ ou de conventions de la constitution¹⁹⁵², la seconde efface totalement le droit positif pour présenter une lecture abstraite du système constitutionnel qui devrait être établi au Royaume-Uni¹⁹⁵³. La rapide appréciation des différents types d'usage et degré d'intégration de la méthode de *jurisprudence*, que cette dernière soit analytique et intégrée ou prescriptive et externalisée tend à souligner qu'y compris au cœur d'un même groupe doctrinal, fondé sur une apparente similarité dans le choix du discours extérieur à intégrer et utiliser pour interroger et évaluer le droit, une pluralité d'interprétation sont encore possible pour la représentation du droit public britannique.

717. Ainsi, le potentiel de démultiplication des lectures et modélisations à donner au droit public britannique à la suite du « tournant théorique » et son recours à la méthode de la *jurisprudence* semble étendre le champ doctrinal de manière infinie. Il participe de même à l'éclatement des représentations de l'objet « droit constitutionnel » et « droit administratif » et semble, de par cette complexité nouvelle, rendre plus difficile encore l'émergence d'un consensus stable autour d'un programme doctrinal majoritaire. Face à l'éclatement des cadres théoriques, le retour de l'argument historique dans les discours doctrinaux publicistes semblent indiquer la recherche pour la doctrine de nouveaux outils de justification pour ses modélisations du système juridique.

¹⁹⁴⁹ Voir, *supra*, par. 372.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁹⁵¹ *Idem.*

¹⁹⁵² *Idem.*

¹⁹⁵³ *Idem.*

Section 2. Le recours renouvelé à la méthode historique comme outil de justification de la diversité des modèles de droit public contemporain

718. La diversification des programmes doctrinaux est à la fois le résultat de l'évolution intense du droit positif, mais aussi de la démultiplication des fondements théoriques pouvant être utilisés pour interpréter celui-ci. Cette diversité nouvelle ne reste pas sans effets sur la structure du paysage doctrinal britannique. Elle a, tout d'abord, fait éclater le consensus doctrinal qui avait permis au modèle orthodoxe, et au programme doctrinal le portant, de s'imposer comme la représentation majoritairement acceptée pour le droit public au Royaume-Uni. En exerçant une pression grandissante à la fois sur la fonction scientifique du modèle, mais aussi sur sa fonction idéologique, le pluralisme doctrinal qui s'est dessiné dans la seconde moitié du XX^e siècle est venu éroder définitivement la suprématie du modèle orthodoxe sans pour autant lui retirer totalement sa fonction symbolique et mythologique. Les références constantes à ce dernier, qu'elles soient le fait du juge ou des académiques, continuent en effet à démontrer l'importance persistante de ce modèle pour l'identité de la discipline.

719. Pour autant, et bien qu'il conditionne et hante le dire sur le droit public britannique, le dépassement du modèle orthodoxe n'a, semble-t-il, pas entraîné l'émergence d'un programme doctrinal capable de constituer autour de lui un degré suffisant de consensus pour venir stabiliser et unifier le champ doctrinal des publicistes britanniques. Au contraire, le degré élevé d'hétérogénéité des représentations proposées pour le droit public britannique traduit derrière lui l'importante fragmentation des cadres théoriques adoptés par les auteurs sur le droit public. Face à ce nouveau paysage doctrinal marqué par la multiplication des courants et des groupes doctrinaux, la relative homogénéité théorique du paysage doctrinal publiciste de la première moitié du XX^e siècle a, semble-t-il, longtemps assuré la suprématie du modèle orthodoxe. Là où le discours orthodoxe avait trouvé, au-delà de ses qualités de description de la réalité du droit positif, un ancrage fort dans un cadre théorique majoritairement accepté par les publicistes britanniques ou du moins peu remis en question, lui permettant dès lors d'asseoir sa résilience sur ses fonctions idéologique et identitaire, les nouveaux courants doctrinaux émergents dans un paysage doctrinal dont les cadres théoriques et identitaires sont bien plus incertains.

720. La concurrence entre les cadres théoriques sous l'effet du recours renforcé à la méthode de la *jurisprudence* ne semble plus permettre aux programmes doctrinaux contemporains de trouver dans l'adoption d'un certain cadre théorique une attractivité et une acceptation suffisante pour agréger autour d'eux un consensus majoritaire. Dans un champ doctrinal multipolaire et concurrentiel, la seule adhésion à un cadre théorique déterminé ne suffit plus et d'autres systèmes de justifications doivent être actionnés pour faire la preuve de la validité du modèle de droit public proposé. C'est dans ce contexte que le recours à l'histoire constitutionnelle devient un nouvel enjeu pour le pouvoir doctrinal. Là où le discours orthodoxe a pu entretenir un lien complexe et parfois flou avec la méthode historique du droit public britannique (A), cette dernière devient un enjeu pour les discours doctrinaux contemporains qui, ne pouvant plus simplement s'appuyer sur le partage d'un même cadre théorique, trouvent dans l'argument historique une ressource supplémentaire pour faire la preuve de la validité scientifique de leurs modélisations (B).

§1. L'absence de réflexion du modèle orthodoxe sur sa méthode historique

721. Si la nature historique de la constitution britannique semble être acquise tant du côté français que du côté anglais de la Manche (A.), la place à donner à cette dimension et à la méthode pour exprimer et représenter cette histoire demeure elle plus incertaine. Peu de temps avant qu'A. V. Dicey ne publie *The Law of the Constitution*, dont le traitement ou plutôt l'absence de réflexion autour de la méthode historique devait sceller le rapport entre droit constitutionnel et histoire constitutionnelle pendant de longues années au Royaume-Uni, William Stubbs observait que « l'ensemble de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre n'[était] rien de plus qu'un commentaire de la Magna Carta »¹⁹⁵⁴. La formule est assurément efficace. Si elle réduit le droit positif à n'être que le contenu de l'histoire, sa relecture anachronique participe aussi à renverser le miroir que le droit positif britannique a longtemps imposé à l'histoire constitutionnelle, la minorant, l'écartant du champ de ce que toute étude valide sur le droit public et, plus particulièrement, le droit constitutionnel devrait être (B.).

¹⁹⁵⁴ W. Tubbs, *The constitutional history of England in its origin and developments*, Volume 1, Oxford, OUP, 1874, cité par J. W. F. Allison, « Minimising Magna Carta and Modernising Experience of the Rule of Law in the English Historical Constitution », *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge, n°48/2018, juillet 2018, pp. 1-28, p 2.

A. La reconnaissance de la nature historique de l'objet constitutionnel britannique

722. Un regard français dominé par la lecture historique de la constitution britannique.

Partant de la représentation française du droit public britannique, la place ou le rapport de ce dernier à l'histoire semble indéniable. Tant l'usage par les auteurs français des catégories de théorie du droit constitutionnel pour saisir la constitution britannique que les études proposant une analyse plus poussée du développement de la matière constitutionnelle britannique font de l'historicité de cette dernière un caractère essentiel de son identité et de sa représentation. La lecture historique de la constitution britannique semblerait même au cœur de l'approche proposée par le courant publiciste français « droit politique » lorsque revient à ce dernier de représenter et expliquer la constitution du Royaume-Uni. Ainsi, tant les travaux des professeurs D. Baranger¹⁹⁵⁵, C. Roynier¹⁹⁵⁶ ou encore T. Guilluy¹⁹⁵⁷, reconnaissent la dimension historique de la constitution britannique et adopte en retour une perspective historique. En témoignent les premières lignes de l'article dédiée à la culture juridique en Angleterre, écrit par le professeur D Baranger dans le *Dictionnaire de la Culture Juridique* :

« Chacun connaît la remarque du juge (américain) O. W. Holmes selon laquelle l'histoire de la *common law* est faite d'expériences. Holmes renvoyait par là à une propriété décisive, la première à prendre en compte, du droit anglais : sa nature historique. Là où d'autres droits sont plongés, malgré eux ou presque, dans le cours du temps, la *common law* semble s'identifier à l'immanence historique. Et cependant, son histoire est des plus difficiles à retracer »¹⁹⁵⁸.

723. La constitution britannique et son droit n'échappent pas à ce constat. Le travail généalogique autour de la notion même de « constitution britannique » proposée par le professeur D. Baranger dans *Écrire la Constitution non-écrite*, ou la recherche historique menée dans le champ des droits et libertés par le professeur C. Roynier dans *Le problème de la Liberté dans le constitutionnalisme britannique*¹⁹⁵⁹, illustrent parfaitement comment, la

¹⁹⁵⁵ D. Baranger, *Écrire la constitution non écrite – Une introduction au droit politique britannique*, Paris, Léviathan, PUF, 2008

¹⁹⁵⁶ C. Roynier, *Le problème de la Liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, 2019

¹⁹⁵⁷ T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution. Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, Thèses, 2018.

¹⁹⁵⁸ D. Baranger, « Angleterre (culture juridique) », in. D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, pp. 52-59, pp. 52-53

¹⁹⁵⁹ C. Roynier, *Le problème de la Liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, 2019, p. 12, « pour saisir la résistance du droit politique britannique aux systèmes dominants de protection des droits et libertés, il convient de prendre en compte la compréhension du caractère essentiellement historique de la constitution britannique ».

common law « efface les commencements et les fondations, mais insiste sur les confirmations et les recommencements »¹⁹⁶⁰. Néanmoins, et à la suite de G. Wilson, il convient de souligner qu'au sein de la *common law*, l'histoire utilisée par les cours n'est pas celle qui « est déterminée par la recherche historique »¹⁹⁶¹, les juges n'utilisent pas « l'histoire réelle »¹⁹⁶², mais davantage, « une histoire assumée, conventionnelle, certain dirait même consensuelle dans laquelle les évènements historiques et les institutions ont souvent une valeur symbolique »¹⁹⁶³. Dès lors toute étude du droit public britannique semblent devoir instaurer un mouvement permanent de balancier entre présent et passé.

724. Face à ce constat, et davantage pensée dans l'horizontalité d'une narration temporelle que dans la verticalité d'une modélisation normative, la constitution britannique se voit généralement saisie par le prisme des catégories françaises de « constitution coutumière » ou « traditionnaliste »¹⁹⁶⁴. Ces dernières, en ce qu'elles impliquent un rapport de continuité au passé et une narration de ce dernier étroitement mêlée à la compréhension des institutions contemporaines¹⁹⁶⁵ sont exposées dans les cours et manuels de première année de droit constitutionnel comme le contre-exemple topique du modèle de la constitution moderne, volontariste¹⁹⁶⁶ dans laquelle les constitutions françaises puisent les racines de leur identité depuis 1791.

725. Si l'usage de ces catégories participe d'une fonction pédagogique dans le processus d'enseignement et permet dans la confrontation du droit national au droit étranger la constitution et le renforcement de l'identité de la constitution française¹⁹⁶⁷, il participe aussi du sentiment de la nécessaire conceptualisation historique du droit constitutionnel britannique. Pourtant, lorsque le regard français se porte au-delà des côtes françaises de la Manche, la rencontre avec les écrits orthodoxes sur le droit constitutionnel britannique laisse davantage

¹⁹⁶⁰ D. Baranger, « Angleterre (culture juridique) », *op. cit.*, p. 53

¹⁹⁶¹ G. Wilson, « Postscript », M. Nolan, S. Sedley, *The Making and Remaking of the British Constitution*, Oxford, OUP, 1997, pp. 128-129, p. 128

¹⁹⁶² *Idem.*

¹⁹⁶³ *Idem.*

¹⁹⁶⁴ M. C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, *op. cit.*, p. 255, « Selon la conception traditionnaliste, la constitution est comprise comme l'expression de l'équilibre des rapports politiques et sociaux dans une société donnée sans que nécessairement cet équilibre soit inscrit dans un document écrit ».

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 256, « Au contraire, la constitution est, selon la conception volontariste, comprise comme un document écrit obligatoire ».

¹⁹⁶⁷ E. Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 121-134, plus spécifiquement pp. 121-125

constater l'absence d'une méthode historique de la constitution que son évidence¹⁹⁶⁸. L'objet est certes, par essence, historique¹⁹⁶⁹. Les références et retours vers les textes fondateurs comme ceux de la *Magna Carta* de 1215¹⁹⁷⁰ ou du *Bill of Rights* de 1689¹⁹⁷¹ dans des affaires contemporaines rappellent la nature historique et le développement cumulatif de la constitution britannique. Il convient cependant de souligner que la continuité que lui prête le regard français est discutée depuis les importantes réformes constitutionnelles menées à la fin des années quatre-vingt-dix par les gouvernements travaillistes et interroge quant à l'existence d'une rupture dans l'histoire constitutionnelle britannique¹⁹⁷².

726. Mais, au-delà des caractéristiques historiques de l'objet du discours, le caractère historique de la méthode et de la production du discours sur le droit constitutionnel n'apparaît pas quant à lui comme une évidence. Au contraire, le récit de l'histoire constitutionnelle fait défaut au droit constitutionnel. En ce sens, John Allison observe que « si la plupart des historiens du droit ont perdu leur intérêt pour le droit public britannique et/ou la plupart des publicistes britanniques ont perdu leur intérêt pour l'histoire du droit, cette diminution et ce manque a rendu le droit public britannique moins intelligible et ses caractéristiques fondamentales et développements plus obscurs »¹⁹⁷³. De même, Adam Tomkins ajoute qu'« il n'y a peut-être même pas soixante ans le droit et l'histoire étaient si entremêlés dans l'étude du droit constitutionnel qu'aucune ligne claire ne pouvait les séparer mais, dans ce laps de temps, l'histoire a été étonnamment et presque totalement effacé de l'enseignement et des écrits sur le droit constitutionnel »¹⁹⁷⁴.

727. Ce constat, qui semble soudainement contrintuitif à l'observateur français, pourrait rappeler et faire échos aux propos de Michel Troper qui relève, dans un chapitre dédié à « l'Histoire constitutionnelle et la théorie constitutionnelle »¹⁹⁷⁵, que :

« Tous les constitutionnalistes sont persuadés de l'importance de l'histoire du

¹⁹⁶⁸ J. W. F. Allison, « History to understand, and history to reform, English public law », *Cambridge Law Journal*, Vol. 72, n°3, novembre 2013, pp. 526-557, p. 526, "After a century history lost prominence in the general understanding of English constitutional law (...) ».

¹⁹⁶⁹ C. M. Herrera, A. Le Pillouer, « Faire l'histoire constitutionnelle : questions et problèmes », In. C. M. Herrera et A. Le Pillouer (eds.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle*, édition Kimé, 2012, pp. 7-17, p. 8

¹⁹⁷⁰ A titre d'exemple: *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) ; [2003] Q. B. 151 (DC), pt. 62.

¹⁹⁷¹ A titre d'exemple: *R (on the application of Miller) v The Prime Minister / Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, pt. 44, pt. 63, pt. 66.

¹⁹⁷² V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2ed., 2011

¹⁹⁷³ J. W. F. Allison, « History to Understand and History to Reform, English Public Law », *Cambridge Law Journal*, Vol. 72, n°3, novembre 2013, pp. 526-557, p. 531

¹⁹⁷⁴ A. Tomkins, « The English Historical Constitution: Continuity, change and European Effect by JWF Allison », *Modern Law Review*, vol. 71, 2008, n°6, pp. 1038-1042, p 1038

¹⁹⁷⁵ M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris PUF, Léviathan, 2011, pp. 269-279.

droit pour la compréhension du droit positif actuel. Pourtant, s'ils s'accordent à penser que les institutions sont des produits de l'histoire, ils se séparent souvent sur la signification de cette influence et l'on ne sait pas toujours ce que l'histoire est réputée expliquer, car une même institution peut être considérée tantôt comme le prolongement, tantôt comme la réaction à une pratique ancienne »¹⁹⁷⁶.

728. De manière assez similaire, les professeurs Carlos Miguel Herrera et Arnaud Le Pillouer soulignent que :

« En d'autres termes, l'histoire constitutionnelle, en particulier à travers l'usage politique ou, disons, normatif qui en est fait, se place au cœur du discours du droit constitutionnel : on ne peut raisonner, dans cette discipline, qu'en prenant appui sur les textes et les pratiques passés, tant il est vrai que les concepts utilisés, les types d'organes institués ou les sortes de règles choisies ne sont jamais créés ex nihilo (y compris après une révolution), mais résultent (au sens large) d'épreuves constitutionnelles passées »¹⁹⁷⁷.

729. Comment dès lors expliquer, l'intérêt visiblement profond du côté français pour l'histoire constitutionnelle en générale et la conscience de son importance dans la compréhension du droit positif alors que semble se dessiner en miroir l'absence d'un tel souci historique du côté britannique ? Certes, et comme le relève les professeurs Pierre Costa¹⁹⁷⁸ et Joaquin Varela Suanzes-Carpegna¹⁹⁷⁹, l'analyse historique de la constitution britannique a, semble-t-il, toujours été un des prismes de compréhension et d'explication du phénomène constitutionnel au Royaume-Uni. Il convient néanmoins de relever que les auteurs auxquels il est alors fait appel sont antérieurs à la construction de l'objet « constitution » comme objet juridique et ne revendiquent en cela pas un discours juridique sur la constitution britannique¹⁹⁸⁰. Ces analyses témoignent des dynamiques historiques de l'ancienne constitution et de la constitution moderne, mais le font dans une langue et par un cadre

¹⁹⁷⁶ Ibid., p. 269.

¹⁹⁷⁷ M. C. Herrera, A. Le Pillouer, « Faire l'histoire constitutionnelle : question et problèmes », in., C. M. Herrera (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Editions Kimé, Nomos et Normes, 2012, pp. 7 à 17, p. 12

¹⁹⁷⁸ P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », In., C. M. Herrera, *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, op. cit., pp. 19 à 56

¹⁹⁷⁹ J. Varela Suanzes-Carpegna, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions sur la méthode », In. C. M. Herrera, *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, op. cit., pp. 57 à 74,

¹⁹⁸⁰ L'observation est néanmoins à nuancer avec les écrits d'Edward Coke et William Blackstone. Si tous deux sont au fondement de la compréhension juridique de la constitution construite par Albert Venn Dicey et utilisent une approche historique de leur objet, ils ne développent pas une méthode historique et interrogent sur les risques de lectures présentistes.

conceptuel qui n'est pas celui d'un droit constitutionnel comme discours scientifique et juridique sur la constitution. *A contrario*, les analyses ultérieures à la construction du discours scientifique et juridique sur la constitution ont tendance à effacer la dimension historique de leur cadre d'analyse. En ce sens, la conceptualisation du droit constitutionnel dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle a, semble-t-il, amené à une éclipse de l'histoire constitutionnelle au profit de la positivité de la constitution.

730. En effet, le processus d'institutionnalisation du droit constitutionnel comme discipline universitaire en se fondant sur la réception et la socialisation du discours diceyen n'a pas permis de conceptualiser pleinement la dimension historique du droit constitutionnel britannique. Si les études antérieures à la construction du discours diceyen ont toujours porté une dimension historique, comme le prouvent les travaux proposés par Sir Edward Coke, Sir William Blackstone – pour les approches juridiques¹⁹⁸¹ – ou encore ceux de David Hume ou Thomas Paine, une difficulté semble émerger lorsqu'il leur revient d'articuler le discours historique sur la constitution et la réalité du présent de cette dernière. Face à de telles difficultés, le travail de rationalisation du discours juridique proposé par A. V. Dicey pose pour principe la rupture entre approches historiques et approches juridiques de la constitution. En fondant son modèle et son discours sur le droit constitutionnel sur une épistémologie positiviste et une méthode analytique, Albert Venn Dicey « a relégué au second plan l'approche historique dans les études de droit afin que les juristes puissent étudier correctement 'le droit tel qu'il est maintenant' et 'ne pensent pas trop à la manière dont une institution est devenue ce qu'elle est, au risque de ne plus considérer avec suffisamment d'attention ce qu'elle est réellement devenue »¹⁹⁸².

731. La reconnaissance limitée de la dimension historique de la constitution britannique par Dicey. Néanmoins, à l'issue de ce constat, un premier paradoxe apparaît. Lorsqu'est quitté le cadre du discours proposé par Dicey dans *The Law of the Constitution* où le caractère historique de la constitution est laissé de côté au profit de sa description comme constitution non-écrite¹⁹⁸³, les conférences dédiées au « constitutionnalisme comparé » donné par Dicey

¹⁹⁸¹ Bien que le caractère spécifique du droit public face au droit privé dans ces études ne nous semble permettre de les entendre comme des approches de la constitution au sens moderne.

¹⁹⁸² J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, change and European Effects*, op.cit, p.

¹⁹⁸³ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, Oxford, OUP, J. W. F. Allison (ed.), 2013, p. 10, voir aussi en ce sens, J. W. F. Allison, « History in the Law of the Constitution », *Journal of Legal History*, vol. 28, 2007, pp. 263-282, p. 263, « *The constitution was itself once unmistakably historical in its evolutionary character and the recognised antiquity of its origins. Now it is commonly referred to not as a historical constitution but simply as an*

entre 1895 et 1909 à Oxford, à la *London School of Economics* mais aussi aux États-Unis, laissent entrevoir une autre approche de la constitution britannique. Dans une première conférence datée de 1897, le professeur oxonien décrit cette dernière, non plus sous le seul terme de « constitution non-écrite », mais utilise une série de qualificatifs¹⁹⁸⁴ au titre desquels se trouve celui de « constitution historique »¹⁹⁸⁵.

732. Plus précisément, ce dernier est utilisé pour ouvrir l'étude de la constitution britannique et amène Dicey à développer le concept de « constitution historique » autour de trois axes distincts. Le caractère historique de la constitution britannique résulterait dès lors de la combinaison de trois éléments. Premièrement, elle serait le résultat d'une histoire¹⁹⁸⁶, « ainsi, il est absolument impossible d'expliquer la constitution du Parlement actuel, ou la place de l'Église d'Angleterre, sans des références constantes à l'histoire »¹⁹⁸⁷, précise Dicey. Mais, et deuxièmement, cette histoire doit être comprise comme une construction continue¹⁹⁸⁸. En cela la constitution britannique se distingue de ses voisines allemande ou française¹⁹⁸⁹. À ces deux premiers paramètres doit en être ajouté un troisième : celui de l'originalité. Il s'agit de penser la constitution historique britannique comme le produit d'une évolution historique continue produite par les spécificités de la nation anglaise¹⁹⁹⁰.

733. Ce triple cerclage sur lequel repose le concept de « constitution historique » développé par Dicey et appliqué à la constitution britannique est repris par le professeur oxonien dans une conférence donnée en 1900. Pour autant, deux éléments doivent amener à nuancer les effets de cette nouvelle dénomination de la constitution britannique comme constitution historique dans les travaux de Dicey. Tout d'abord, la description du caractère historique de la constitution britannique proposée par Dicey ne semble pas remettre en cause les critiques adressées dans *The Law of the Constitution* à l'étude historique de la constitution britannique. En effet, dans une conférence donnée à Liverpool en novembre 1894, Dicey écarte à nouveau la méthode historique, soulignant que « l'Histoire peut dégénérer en une sorte de passion pour

'unwritten' one, thus defined and accordingly explained in the crude negative terms of what it is not or what it lacks when compared with the written or codified constitutional texts of many other countries ».

¹⁹⁸⁴ La constitution est tour à tour décrite comme historique, non écrite, parlementaire, démocratique et unitaire. Voir en ce sens : A. V. Dicey, *Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, J. W. F. Allison, (ed.), 2013, p. 16.

¹⁹⁸⁵ *Idem.*

¹⁹⁸⁶ *Idem.*, p. 18.

¹⁹⁸⁷ *Idem.*, « Thus it is absolutely impossible to explain either the constitution of the existing Parliament, or the position of the Church of England, without constant references to past history ».

¹⁹⁸⁸ *Idem.*, p. 18 « Continuity is true is not identity, but practically unbroken continuity is undoubtedly one of the features in the development of English institutions which makes them emphatically historical ».

¹⁹⁸⁹ *Idem.*, p. 17.

¹⁹⁹⁰ *Idem.*, p. 19.

les antiquités, où nous prêterions tellement attention à l'origine des institutions que nous négligerions leurs récents développements, ou leur fonctionnement réel »¹⁹⁹¹. Plus encore, Dicey met en lumière le risque d'une confusion inhérente à l'usage de la méthode historique : celui d'une confusion entre l'apport explicatif de l'étude historique du droit constitutionnel au présent de ce dernier et le recours instrumental à l'histoire pour mieux fonder et justifier des propositions théoriques contemporaines¹⁹⁹². Cette critique adressée à l'usage de l'histoire dans l'étude de la constitution si elle est porteuse d'une actualité surprenante tant elle se trouve au cœur des analyses et critiques du recours à la méthode historique dans le discours sur le droit public britannique contemporain n'est pas sans une certaine ironie au regard de la méthode développée par Dicey lui-même dans *The Law of the Constitution*.

B. Le rejet de la méthode historique pour construire la narration juridique de l'objet constitutionnel britannique

734. Le rejet affirmé de la méthode historique comme garantie d'autonomisation de la discipline « droit public » au sein des universités britanniques. La construction de l'objet « droit constitutionnel » britannique repose sur un souci de différenciation des méthodes politiques et historiques de la constitution. Dicey trouve dans la recherche de l'autonomie du discours juridique sur la constitution, les éléments à même de réaliser la rupture observée par le professeur Denis Baranger dans le droit français entre droit constitutionnel et histoire constitutionnelle¹⁹⁹³. Le constat ainsi formulé « Le droit constitutionnel est heureux de soi-même, qui est devenu un 'vrai droit' »¹⁹⁹⁴ semble pouvoir s'étendre à l'objet « droit constitutionnel anglais » tel que présenté par le discours diceyen. La reprise par le discours orthodoxe de cette approche ahistorique de la constitution britannique fait plus que mettre de côté une approche historique de la constitution britannique. Elle rend aussi ce dernier aveugle ou du moins, peu sensible à la nature historique de son propre objet¹⁹⁹⁵, l'essence historique

¹⁹⁹¹ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, op. cit., p. 5.

¹⁹⁹² *Ibid.*

¹⁹⁹³ D. Baranger, « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », In. C. M. Herrera, A. Le Pillouer, *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle*, op. cit., pp. 117-140, p. 117.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁹⁵ J. W. F. Allison, « History in the Law of the Constitution », *Journal of Legal History*, Vol. 28, 2007, pp. 263-282, p. 263, « *The constitution was itself once unmistakably historical in its evolutionary character and the recognised antiquity of its origins. Now it is commonly referred to not as a historical constitution but simply as an 'unwritten' one, thus defined and accordingly explained in the crude negative terms of what it is not or what it lacks when compared with the written or codified constitutional texts of many other countries* ».

de certains concepts ne permettant pas au seul discours juridique et positif de les saisir¹⁹⁹⁶. En construisant une lecture juridique et positiviste de la constitution britannique, Dicey fait primer sur l'histoire constitutionnelle, la structure constitutionnelle et sur le récit de la constitution britannique son modèle.

735. Cette orientation méthodologique, si elle s'explique par les présupposés épistémologiques de Dicey, doit aussi être lue dans son propre contexte académique. En effet, la lecture ahistorique de la constitution britannique proposée par Dicey semble vouloir « consolider l'étude du droit constitutionnel comme une discipline autonome et distincte de l'étude de l'Histoire à laquelle il avait été préalablement rattaché, peu après que l'École de droit d'Oxford ait été détachée de l'École de droit et d'Histoire moderne »¹⁹⁹⁷. Cette dynamique s'accompagne de critiques formulées par les historiens à l'égard de ce que les juristes ont ou auraient fait à la compréhension de la constitution britannique¹⁹⁹⁸. En ignorant les sources historiques, les juristes auraient ainsi « perverti l'histoire constitutionnelle »¹⁹⁹⁹. *The Law of the Constitution* apparaît dès lors comme la réponse adressée par les juristes aux critiques venues des historiens²⁰⁰⁰. La constitution comme objet de connaissance apparaît dès lors et dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle comme un enjeu disciplinaire entre l'enseignement historique et l'enseignement juridique.

736. Pour autant, la construction d'une discipline historique du droit anglais concomitamment à la construction disciplinaire du droit constitutionnel laisse peu de place à un objet comme la constitution dans le discours de l'histoire du droit britannique. En effet, le professeur Maitland, qui joue pour l'histoire du droit anglais un rôle fondateur et similaire à celui joué par A. V. Dicey pour le droit constitutionnel, ne porte pas son regard vers les sources de la constitution britannique²⁰⁰¹. S'il systématise et construit la méthode de l'histoire du droit britannique, l'histoire constitutionnelle ne semble pas entrer dans le champ disciplinaire de la matière²⁰⁰². Au tournant du vingtième siècle, la constitution se voit ainsi privée tant par le versant juridique qu'historique d'un discours sur son histoire et d'une méthode pour construire

¹⁹⁹⁶ Cela est notamment le cas pour les réflexions autour de notion comme celle de « Couronne » ou de « Peuple », voir en ce sens le chapitre 4.

¹⁹⁹⁷ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, op. cit., p. 12

¹⁹⁹⁸ *Idem.*

¹⁹⁹⁹ E. A. Freeman, *The Growth of the English Constitution from the earliest times*, Theclassics.us, 2012, 58 p.

²⁰⁰⁰ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, op. cit., p. 12

²⁰⁰¹ *Idem.*, p. 19.

²⁰⁰² *Idem.*

et articuler ce dernier.

737. La relation complexe entre l'approche analytique proposée par Dicey et le recours à l'histoire constitutionnelle. Le paradoxe de la relation entre histoire de la constitution et droit constitutionnel dans les travaux diceyens ne s'arrête pas à la seule utilisation et référence au caractère historique de la constitution britannique hors du champ de *The Law of the Constitution*. *The Law of the Constitution* révèle lui aussi un rapport complexe et ambigu à la matière historique. Ainsi, le travail majeur de Dicey en droit constitutionnel ne serait pas « lui-même aussi constant et cohérent du point de vue de la méthodologie que la présentation [par Dicey] de sa méthode analytique aurait semblé exigé »²⁰⁰³. La multiplication des références aux travaux d'historiens de la période victorienne²⁰⁰⁴, le recours à des exemples historiques pour justifier la validité des concepts juridique qu'il construit pour saisir et dire le droit constitutionnel britannique dans sa dimension positive²⁰⁰⁵ suffisent à mettre à mal le cadre méthodologique pourtant annoncé par l'auteur. Ainsi, il suffira de lire la préface à l'édition de 1885 de *The Law of the Constitution* pour voir se confirmée l'omniprésence de références aux travaux d'historiens comme Hearn, Gardiner ou Freeman, dont Dicey reconnaît l'importance des travaux pour ses propres écrits²⁰⁰⁶. De même, et comme mis en avant par le professeur C. Roynier, les développements de Dicey sur le principe du *Rule of Law* se construisent par le recours à une comparaison historique entre l'Angleterre et la France. Ainsi, « aux références constantes que fait Dicey aux événements du dix-septième siècle et au règne d'Henri VIII, il faut ajouter l'idée soutenue par ce même auteur que le problème du droit administratif en Angleterre est à penser dans le cadre constitutionnel tracé par le dix-septième siècle »²⁰⁰⁷.

738. Pourtant, et malgré cet usage de discours historiques sur la constitution et la construction d'une lecture historique propre de la constitution britannique, Dicey persiste et s'arrête dans son premier chapitre dédié à « la vraie nature du droit constitutionnel », interroge le regard porté par les historiens sur la constitution britannique. Prenant pour exemple un extrait de l'ouvrage de Freeman, *The Growth of the English Constitution*²⁰⁰⁸, Dicey observe alors :

« Qu'est-ce qu'un juriste, dont l'objet est d'acquérir un savoir sur le droit, va apprendre de ces pages ? (...) Tout cela est intéressant, plein d'importance

²⁰⁰³ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, Change and European Effects*, op. cit., p. 13.

²⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 269.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 269-270.

²⁰⁰⁶ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, op. cit., pp. 5-6.

²⁰⁰⁷ C. Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, op. cit., p. 53.

²⁰⁰⁸ A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, in. op.cit., p.14.

historique, et totalement à sa place dans un livre seulement concerné par le ‘développement’ de la constitution ; mais au regard du droit anglais, au regard du droit de la constitution, le *Landesgesmeinden* d’Uri, le témoignage d’Homer, les *ealdormen*, la constitution du *Witenagemot*, cela et plein d’éléments fascinant ne sont que passion pour les antiquités »²⁰⁰⁹.

739. Néanmoins, si Dicey souligne que l’« historien est occupé premièrement par la détermination des étapes par lesquelles une constitution a dû passer pour être ce qu’elle est. Il est profondément, parfois exclusivement occupé par la question des origines »²⁰¹⁰, il rappelle sans détour qu’un juriste au contraire a « pour premier objet d’étude le droit tel qu’il est maintenant ; il n’est occupé que secondairement par la détermination de comment elle est devenue ce qu’elle est »²⁰¹¹. Cependant, une brèche semble ouverte dans cette séparation stricte entre discours historique et discours juridique lorsque Dicey affirme qu’« il ne faut pas supposer qu’il s’agit de dénier la relation entre histoire et droit. (...) Ce qui peut être dit (...) est que le type d’histoire constitutionnelle qui consiste à chercher dans les vieilleries des institutions anglaises n’a pas d’effet direct sur les règles constitutionnelles qui peuvent devenir sujet de commentaire juridique ». Cette brèche semble confirmée dans les travaux ultérieurs de Dicey lorsque ce dernier lors d’une de ses conférences données sur le constitutionnalisme, reconnaît qu’« il est évident que les institutions anglaises étant ce qu’elles sont un auteur qui se confinerait strictement à l’utilisation de la méthode analytique ne pourrait pas produire une présentation satisfaisante de la constitution anglaise. Il doit nécessairement avoir recours à l’histoire »²⁰¹².

740. Le nœud gordien du paradoxe instauré par Dicey entre méthode juridique et méthode historique est ici atteint. Dès lors, *The Law of the Constitution* semble devoir se découpler entre d’une part l’affirmation d’un cadre méthodologique sans histoire et de l’autre un processus d’argumentation historique sans méthode. Dicey paraît ainsi osciller entre la négation du discours historique afin de renforcer les prétentions du discours positiviste et juridique sur la constitution britannique et la nature même de l’objet qu’il entend étudier. Or, et parce que la nature de ce dernier ne peut être pleinement saisie sans l’incorporation de sa dimension historique, le choix méthodologique diceyen se voit sans cesse débordé par

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 15.

²⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 16.

²⁰¹¹ *Idem.*

²⁰¹² A. V. Dicey, « Comparative Constitutionalism », cité par M.-C. Ponthoreau, Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s), *op. cit.*, p. 257.

l'historicité de la constitution. Plus encore, en refusant de discuter la méthode historique pour garantir une approche « purement juridique » de la constitution Dicey semble rendre son analyse plus fragile aux effets de l'orientation méthodologique et théorique de l'histoire *Whig* qui lui sert de cadre pour l'articulation des éléments historiques de son analyse juridique²⁰¹³. En ce sens, Dicey semble souscrire à une vision de l'histoire et par extension de l'histoire du droit continue et tendant nécessairement vers l'idée d'un progrès juridique que représenterait le Parlement souverain²⁰¹⁴. C'est d'ailleurs et au regard de cette compréhension du « sens de l'histoire » et parce que le droit offre la possibilité de dégager des règles précises d'organisation de la société là où l'histoire semble sans cesse s'y dérober, que Dicey construit pour partie son rejet de l'approche historique²⁰¹⁵. L'impossibilité de dégager des règles et principes historiques à même de guider la société britannique vide pour Dicey la discipline historique d'intérêts²⁰¹⁶. Ainsi, « Dicey a accepté l'utilité de l'histoire dans la mesure où elle renforce ses opinions personnelles ; lorsqu'elle manque de le faire, il a rejeté l'histoire comme guide du passé. Le droit l'a éduqué à concevoir l'expérience humaine en deux catégories distinctes : coupable ou innocent, vrai ou faux »²⁰¹⁷. Alors qu'il mettait en garde contre la « confusion entre l'explication historique » et la recherche « de justifications morales et intellectuelles »²⁰¹⁸, Dicey semble lui-même céder au risque d'une telle confusion.

741. L'héritage méthodologique de *The Law of the constitution*, la diffusion relativement limitée de l'approche historique développée dans les conférences sur le « constitutionnalisme comparé »²⁰¹⁹ données par A. V. Dicey font peser sur la matrice du discours sur le droit constitutionnel britannique et plus largement sur celle du discours sur le droit public britannique un poids dont les représentations du droit public britannique portent encore les traces. En coupant la compréhension et la mise en sens du droit public britannique de son récit historique, en refusant d'interroger la construction narrative de ce récit, l'héritage diceyen et sa reprise par le discours orthodoxe semblent avoir fragilisé la compréhension du discours sur le droit public sur les évolutions de son objet. En ce sens, toute variation, toute évolution de ce dernier objet semble porter en puissance le danger d'une rupture et d'une infirmation de la

²⁰¹³ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, change and European effects*, op. cit., p. 16.

²⁰¹⁴ *Ibid.*, p.22.; pp.165-169.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 169.

²⁰¹⁷ R. A. Cosgrove, *THE RULE OF LAW - Albert Venn Dicey, Victorian jurist*, Palgrave MacMillan 1980, p. 175

²⁰¹⁸ *Ibid.*

²⁰¹⁹ Si ces dernières font l'objet d'un séminaire par le professeur V. Bogdanor en 1985 au *All Souls College* de l'Université d'Oxford, leur première publication ne date que de 2013 et du travail proposé par J. W. F. Allison, docteur et *lecturer* au *Queen's College* de l'Université de Cambridge.

représentation positive du droit public britannique. Sans construction d'une narration historique du droit public britannique concurrente à la seule fournie et reprise par l'histoire *Whig* où le sacre de la souveraineté du Parlement semble devoir sonner la « fin de l'histoire ». Cette fin dépassée par les évolutions et reconfigurations du concept de souveraineté du Parlement, s'ouvre un espace pour repenser et réécrire tant l'histoire que la méthode historique du droit public britannique.

§2. La méthode historique, enjeu renouvelé pour légitimiser les nouveaux programmes doctrinaux

Aussi surprenant que puisse apparaître ce constat, la pensée dicyenne, et derrière elle le modèle orthodoxe, a longtemps imposé à la doctrine publiciste britannique un discours sans histoire, ou du moins sans histoire raisonnée. Cette « perte » de l'histoire constitutionnelle n'est pas une difficulté spécifique au droit public britannique. L'intérêt des constitutionnalistes français pour l'histoire constitutionnelle a beau être célébré, il convient de relever que dans le cadre de la doctrine publiciste française, ou du moins dans le cadre de la doctrine constitutionnaliste française, le constat de l'abandon de l'histoire constitutionnelle peut, lui-aussi être dressé. C'est en tous cas le constat que livre le professeur D. Baranger lorsqu'il relève en 2012 que :

« La mise à l'écart de l'histoire constitutionnelle ne se réduit pas à la perte délibérée d'un riche matériau culturel, mais encore à ce qui en résulte lorsqu'il s'agit de comprendre 'le droit constitutionnel' lui-même. Retrouver l'histoire constitutionnelle, c'est ressaisir la dimension historique du droit constitutionnel, et cela présente donc une portée théorique déterminante. L'histoire constitutionnelle n'est pas une branche auxiliaire de l'histoire politique. Elle peut revendiquer un objet qui lui appartient en propre. Cet objet est la constitution pensée comme devenir »²⁰²⁰.

Si du côté français le désintérêt pour l'histoire constitutionnelle semble trouver ses racines dans le « tournant contentieux » qui marque le droit public, du côté anglais, le « tournant

²⁰²⁰ D. Baranger, « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », in . M. Herrera, A. Le Pillouer, *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle*, op. cit., p. 119.

théorique » semble avoir rouvert un espace de curiosité et d'utilité pour l'histoire constitutionnelle. Ainsi, et depuis le début des années deux-milles, le recours à l'argument historique dans les discours sur le droit public britannique semble s'être renforcé (A.). Ce recours apparaît en effet comme un outil de justification supplémentaire permettant tout à la fois d'affirmer la validité théorique du modèle proposé et de critiquer, voire de discréditer les modèles concurrents. L'histoire constitutionnelle devient un enjeu stratégique renouvelé pour l'enracinement et le développement des programmes doctrinaux. Néanmoins, ce recours renouvelé à l'histoire constitutionnel souffre très largement de l'absence d'une réflexion méthodologique laissant dès lors l'histoire constitutionnelle être enfermée dans un recours instrumental (B.).

A. Le recours renouvelé à l'argument historique

742. La multiplication des recours aux exemples historiques. Le renouvellement des questionnements historiques sur le droit public britannique accompagne les évolutions contemporaines du discours du droit, ces changements tendant alors à être représentés par les discours sur le droit en termes de « ruptures » dans le récit historique et continu promu incidemment par l'approche orthodoxe des droits constitutionnel et administratif. Pour autant, et peut-être plus fondamentalement, si le recours renouvelé à l'histoire du droit public britannique est présenté comme un élément explicatif face à ces évolutions, ce renouvellement semble surtout accompagner la multiplication des discours visant à offrir des représentations concurrentes et prescriptives du droit public britannique. La valeur explicative des exemples historiques retenus paraît ainsi varier en fonction de l'orientation des nouveaux discours sur le droit public britannique.

743. C'est en effet autour de ce qui s'apparente en premier lieu à des « ruptures » dans l'évolution de l'objet que se polarisent les représentations du droit public britannique postérieures à l'hégémonie du modèle orthodoxe. Ces « ruptures » deviennent alors de véritables lieux de confrontation pour les discours allant du courant politiste au courant légaliste. Faire sens de ces « disruptions », réaliser leur intégration dans la modélisation du droit public proposé devient un véritable enjeu pour les différents discours sur le droit public, celui arrivant à la meilleure articulation des données historiques avec le modèle prescriptif qu'il propose s'assurant une légitimité nouvelle parmi la prolifération des nouveaux discours sur le droit public. Dans cette démarche, le retour vers l'histoire du droit public britannique apparaît comme central pour les nouveaux discours sur le droit public britannique. Il s'agit à

la fois de proposer de nouvelles narrations de données historiques déjà connues, mais aussi, et parce que la négation du caractère particulier du droit public face au droit privé y a longtemps fait obstacle, proposer une archéologie du droit public britannique en exhumant de nouvelles données historiques propres à ce dernier et prêtes à rentrer dans les narrations historiques mises au service des nouveaux discours prescriptifs sur le droit constitutionnel et le droit administratif. Mais ce retour de l'histoire dans le discours sur le droit public ne doit pas masquer la complexité ontologique de la matière historique. Narration par essence et donc susceptible de réécriture permanente, cette dernière semble devoir être transformée par les nouveaux discours sur le droit public britannique en un élément d'une rhétorique qui risque trop souvent de sacrifier aux enjeux du présent les réalités du passé.

744. La dénonciation des lectures légalistes de l'histoire constitutionnelle comme instrumentalisation des exemples historiques pour légitimer de nouvelles représentations doctrinales du droit public britannique. En ce sens, et parce que « la compréhension du droit public britannique est plus qu'une entreprise historique », qu' « elle est un processus complexe d'interprétation soulevant des enjeux prescriptifs et des questions contextuelles difficiles d'application de concepts passés ou présents ou leur potentielle applicabilité »²⁰²¹, la nécessité d'interroger la méthode, ou plutôt les méthodes, historique utilisée par les juristes apparaît comme un enjeu épistémologique nouveau²⁰²², loin de la position jusqu'alors promue par le modèle orthodoxe.

745. L'enjeu de ce questionnement méthodologique vise ainsi à mettre en lumière le caractère instrumental de l'histoire du droit utilisé par les publicistes britanniques. Il ressort en effet de l'étude proposée par J. W. F. Allison que ces derniers, rompant avec la méthode historique construite par Maitland ou avec les critiques soulevées, bien que non respectées, par Dicey, utilisent l'histoire du droit pour réformer le droit public contemporain et non plus seulement pour l'expliquer. En ce sens, l'histoire du droit se verrait reconnaître un rôle similaire à celui que peut connaître le droit comparé lorsqu'il s'agit d'évaluer et faire évoluer le droit positif d'un système²⁰²³. Les difficultés d'une telle utilisation se révèlent alors

²⁰²¹ J. W. F. Allison, «History to understand, and history to reform, English Public Law», *Cambridge Law Journal*, vol. 72, n°3, 2013, pp. 526-557, p. 530.

²⁰²² *Ibid.*, p. 526, « This article considers the contentious invocations of history that have become prominent in debates about English public law. It presents them as uses of history not simply to understand English public law but to reform it, through the reconstruction of historic authorities or reappraisal of historical sources. This article addresses the criticism they have attracted by distinguishing different kinds of orthodox and unorthodox reformist history ».

²⁰²³ *Ibid.*, p. 527.

similaires à celles rencontrées en droit comparé²⁰²⁴ : sans une réflexion sur la méthode de la comparaison apparaît le risque d'un « cherry picking »²⁰²⁵ mettant à mal l'intégrité et la cohérence du droit public sujet à réforme, mais rendant aussi le discours incapable de se penser lui-même et donc incapable de fournir une connaissance suffisante et transparente sur ses propres effets. Le discours historique sur le droit public britannique n'échappe pas à ce risque d'aveuglement.

746. Tandis que la distinction posée par Maitland, entre les finalités de recherche des juristes et des historiens²⁰²⁶, semblait devoir sanctuariser l'histoire du droit des risques d'instrumentalisation de la matière historique par les juristes, cette nouvelle vague de discours sur le droit public britannique fait ouvertement de l'histoire de son objet, un outil au service de prétentions prescriptives. L'histoire du droit ne vise plus à « à expliquer ou du moins à éclairer les pressions que le passé exerce sur le présent et le présent sur le futur »²⁰²⁷. Dans son renouvellement contemporain, l'histoire du droit public faite par les publicistes viserait davantage à renverser le rapport entre histoire et droit positif. La narration serait ainsi faite à rebours pour mieux permettre la justification des prescriptions contemporaines proposées par les modèles du droit public britannique. Si un tel renversement du rapport entre histoire et droit devait trouver une illustration claire, le traitement réservé par le professeur Adam Tomkins dans *Our Republican Constitution* à l'histoire des concepts juridiques et politiques du dix-septième siècle en offre un parfait exemple.

747. Il convient néanmoins de relever que la narration développée par A. Tomkins, si elle se révèle discutable au regard de la méthode historique qu'elle adopte, doit avant tout être lue comme une réaction opposée au développement de la narration romantique proposée par les auteurs du *legal constitutionalism*. Ces derniers, par les références appuyées à des *case laws* majeures de la première partie du XVII^e siècle britannique et plus particulièrement ceux illustrant l'opposition rencontrée par Jacques I^{er} face à certains juges comme Sir Edward Coke²⁰²⁸, tendent à mettre en avant à la fois l'efficacité et la continuité de l'ancienne constitution, largement fondée sur la seule *common law*. Pour ces lectures, la *common law* et

²⁰²⁴ *Ibid.*, p. 554.

²⁰²⁵ *Ibid.*, p. 541.

²⁰²⁶ *Ibid.*, p.542.

²⁰²⁷ *Ibid.*, p. 541, «*Legal history to liberate from the old and antiquated may have as its preoccupation a present ruled or paralysed by the past. In his famous words “[t]he forms of action we have buried, but they still rule us from their graves”, Maitland expressed that preoccupation.80 He presented the role of the historian “as that of explaining, and therefore lightening, the pressure that the past must exercise upon the present, and the present upon the future”*».

²⁰²⁸ Voir en ce sens : *Thomas Bonham v College of Physicians* (1610) 8 Co Rep 114.

derrière elle le juge, offrent des garanties suffisantes à la fois pour limiter le pouvoir de l'Exécutif, mais aussi pour garantir le respect des libertés. La sélection de *case laws* effectuée par ces auteurs, loin de proposer une démarche réflexive dévoilant la méthode retenue dans ce processus de discrimination, tend à démontrer la réalité historique de cette hypothèse. Dès lors, placer la *common law* au cœur de la structure constitutionnelle, faire du juge la clef de voûte des institutions britanniques ne relève plus uniquement d'un choix politique et théorique entre la part juridique, et avec elle la dimension libérale de la constitution britannique, et la part politique et démocratique de cette même constitution ; mais d'une exigence historique.

748. Le caractère prescriptif d'un tel modèle s'atténue en même temps que sa dimension dogmatique au constat qu'une telle valorisation du juge et des normes que ce dernier produit s'inscrit dans une continuité historique qui fonde classiquement le principe de validité juridique dans les systèmes de *Common law*. Par la sélection de *case laws* semblant concorder avec leur modèle théorique, les auteurs se rattachant au *common law constitutionalism* font entrer leur modèle prescriptif dans une apparente continuité empirique. Les évolutions contemporaines du droit public britannique en faveur du renforcement du pouvoir du juge n'apparaissent dès lors plus tant comme des « ruptures » dans l'histoire de la constitution britannique que comme, a minima, la manifestation du caractère continue de la constitution britannique et de son particularisme, ou dans sa vision la plus exacerbée comme le retour vers l'identité historique de cette même constitution.

749. Face à cette lecture, A. Tomkins développe une compréhension de la constitution et de son histoire par le prisme d'un *political constitutionalism* fondé sur le renouvellement des théories politiques républicaines. Cette appréhension républicaine de la constitution britannique propose de placer au cœur du droit constitutionnel britannique non pas sa part juridique, mais sa part politique, et ce afin de garantir un principe de non-domination sans lequel la liberté des individus ne pourrait être réalisée. Pour garantir la prédominance de la part politique de la constitution sur sa part juridique, Adam Tomkins propose un modèle prescriptif du droit public britannique plaçant en son cœur une règle politique de souveraineté du Parlement. Mais là où les autres auteurs politistes ou juristes adoptant une approche républicaine ne justifient pas le caractère prescriptif au-delà d'un positionnement politique, moral, voire éthique, A. Tomkins enracine son modèle dans une narration historique. Celle-ci, si elle aussi, s'appuie sur le XVII^e siècle renvoie davantage à la période de la Guerre

Civile²⁰²⁹ et du *Commonwealth* d'Angleterre²⁰³⁰ que la narration proposée par les *common law constitutionalists*.

750. Loin de souscrire à la célébration du début du XVII^e siècle tel que proposé par les *common law constitutionalists*²⁰³¹, Adam Tomkins développe au contraire une lecture des deux décisions majeures rendues par Sir E. Coke et célébrées par les *common law constitutionalists* remettant très largement en cause la position d'un juge gardien de la séparation des pouvoirs et soutien du Parlement face à l'Exécutif Stuart. En effet, là où le professeur Paul Craig observe que « ce que la décision *Prohibitions del Roy* a réussi pour la distinction entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, la décision *Case of Proclamations* l'a fait pour la distinction cruciale entre l'exécutif et la compétence législative »²⁰³², Adam Tomkins interroge la pertinence d'une telle analyse. Le professeur écossais relève un anachronisme dans la lecture proposée par le professeur Paul Craig pour ces deux décisions.

751. Proposant de recontextualiser l'affaire *Prohibitions* ? non pas en termes d'un modèle de séparation des pouvoirs alors inconnus des *common lawyers*, A Tomkins rappelle que plus qu'une confrontation entre la Couronne et les cours de justice, la décision rendue par E. Coke doit être lue dans le contexte d'une expansion grandissante du pouvoir des cours de *common law* et de leur confrontation avec le pouvoir de l'Église anglicane²⁰³³. Afin de justifier la contextualisation par laquelle il conteste la lecture donnée par les *common law constitutionalists*, Adam Tomkins fonde sa critique sur deux travaux historiques : une entrée biographique au nom de E. Coke dans le *Dictionary of National Biography* et un article universitaire d'A. Cromartie portant cette fois plus largement sur la révolution constitutionnelle sous le règne de Jacques Ier²⁰³⁴. Il convient néanmoins de relever que si l'utilisation de ces sources permet de dénoncer ce qui semble être pour A. Tomkins à la fois

²⁰²⁹ 1642-1651.

²⁰³⁰ 1653-1659.

²⁰³¹ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, op. cit., 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 – as being the moment at which the common law courts stood up the power of the Crown's government and insisted upon their independence from its authority* ».

²⁰³² P. Craig, « Prerogative, Precedent and Power », in C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Golden Metwand and the Crooked Cord*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 67, cite par A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, op.cit., p. 70.

²⁰³³ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, op. cit., p. 71, « *During the reign of James I the church was in the process of launching a determined attempt to shake off the control of the common law courts, of which the Court of Common Pleas was one. What seems to have motivated Coke, as a common lawyer, was a concern to consolidate the power and position of the common law courts over the church. Coke's attitude was that of a 'jealous lawyer', keen to consolidate his own power and influence over matters ecclesiastical* ».

²⁰³⁴ A. Cromartie, « The Constitutional Revolution : The transformation of Political Culture in Early Stuart England », *Past and Present*, vol. 76, 1990, pp. 76-120.

une lecture présentiste des décisions d'E. Coke, inversant par définition la hiérarchie entre discours juridique et discours historique pour mieux apposer sur la narration historique le discours juridique, le choix même de ses sources, de leur place au sein des analyses de la période historique concernée n'est pas explicité et interrogé dès lors, et en retour, la méthode historique adoptée par Adam Tomkins et l'importance donnée par ce dernier aux sources secondaires.

752. De même et concernant cette fois la décision *Case of Proclamation*, Adam Tomkins rejette la lecture proposée par Paul Craig et consistant à comprendre la limitation des *prerogative powers* détenus par la Couronne comme une défense du Parlement face au pouvoir royal. En ce sens, il relève que « premièrement, toute protection gagnée par le Parlement au travers de la décision de Coke dans l'affaire Proclamations était purement accidentelle et secondaire, la décision de Coke n'était pas fondée sur une théorie constitutionnelle pompeuse, ni sur la tentative de soumettre le pouvoir de la Couronne au principe du *rule of law*, mais sur quelque chose de beaucoup plus terre-à-terre : elle était simplement fondée sur l'économie »²⁰³⁵.

753. Pour étayer son propos, Adam Tomkins appuie son argumentation sur divers travaux biographiques et historiques visant à préciser le caractère d'Edward Coke et ce afin de souligner que le portrait dressé par les juristes ne correspond pas à la réalité historique du personnage²⁰³⁶. Loin de faire d'Edward Coke le défenseur du Parlement,²⁰³⁷ promu par la narration des juristes britanniques, ces travaux d'historiens²⁰³⁸ révèlent la complexité et l'inconstance de la pensée du juge. Complexité et inconstance faisant difficilement de ce dernier le « faiseur de systèmes » célébré par une part des publicistes britanniques rattaché à des groupes doctrinaux défendant la centralité de la *common law* pour le droit public britannique. La contestation et la déconstruction de cette figure emblématique et centrale des narrations historiques contemporaines du droit public britannique, permet à Adam Tomkins de décentrer le regard juridique des développements de la *common law* sous le règne de James

²⁰³⁵ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, op. cit., p. 71.

²⁰³⁶ Ibid. p. 72, « *Twentieth-century historians' assessments of Coke's role, and his politics, have tended to be rather less generous than have those of lawyers* ».

²⁰³⁷ Ibid. p. 73.

²⁰³⁸ A. Tomkins fait ainsi particulièrement référence aux travaux suivant : C. Hill, *Intellectual Origins of the English Revolution Revisited*, Oxford, Clarendon Press, 1997 ; G. Burges, *The Politics of the Ancient Constitution: An Introduction to English Political Thought 1603-1642*, Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1993 ; J. Kenyon, *The Stuart Constitution 1603-1688: Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

ier pour le porter sur les années précédents directement la Première révolution anglaise²⁰³⁹.

754. Cette période apparaît à Adam Tomkins comme celle de l'émergence d'une « constitution républicaine » alors caractérisée par le développement non pas d'une protection judiciaire du Parlement, mais d'un principe de responsabilité politique de la Couronne devant le Parlement²⁰⁴⁰. Aussi précieuse cette relecture soit-elle pour dévoiler la charge normative du discours historiques légalistes et en proposer une lecture alternative, cette dernière se construit néanmoins et à nouveau sans réflexion réelle autour d'une méthode pour le recours à l'argument historique, tout en mettant en avant et de manière instrumentale des données historiques visant à confirmer et étayer le modèle théorique et prescriptif adopté par l'auteur.

B. L'absence d'une réflexion méthodologique sur le recours à l'argument historique

755. Les limites à la critique politiste de la lecture légaliste de l'histoire constitutionnelle britannique : le biais d'une histoire sans méthode. Si « l'analyse offre un correctif précieux au romantisme de la *common law* »²⁰⁴¹, Martin Loughlin relève deux difficultés dans la méthode historique proposée par Adam Tomkins. Tout d'abord, Adam Tomkins, en associant la nature républicaine de la constitution britannique au principe de responsabilité politique de la Couronne devant le Parlement, propose une lecture de la constitution britannique depuis sa part politique. Partant de cette lecture, Adam Tomkins construit un modèle prescriptif visant à la réforme du droit public britannique positif²⁰⁴². Constatant l'affaiblissement, bien que relatif²⁰⁴³, du contrôle politique du Parlement, Adam Tomkins propose un ensemble de mesures visant à retrouver, ou du moins à réaffirmer, la nature républicaine de la constitution britannique.

756. En effet, c'est dans cette nature républicaine qu'Adam Tomkins voit l'essence de la constitution du Royaume-Uni. Ainsi, et afin de garantir un retour vers cette nature « historique » de la constitution britannique, Adam Tomkins propose de supprimer les *prerogative powers* détenus par l'Exécutif²⁰⁴⁴, de construire une démocratie ouverte reposant

²⁰³⁹ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*, pp. 87-114.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, pp. 90-94

²⁰⁴¹ M. Loughlin, « Toward a Republican Revival? », *op.cit.*, p. 430

²⁰⁴² A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*, pp. 130-131

²⁰⁴³ *Idem.*

²⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 132, « *The starting principle for the executive power should be the same for the central government as it already is for local government: namely, that the government may exercise only those powers which are expressly (or by necessary implications) conferred upon it by statute (...) Government should possess only those*

sur un principe de transparence et de contrôle de l'action gouvernementale par les citoyens²⁰⁴⁵, une réforme de l'organisation des partis afin d'éviter de voir se substituer à la souveraineté du peuple celle des partis²⁰⁴⁶, l'élection de la Chambre des Lords²⁰⁴⁷ et enfin, à terme la suppression de la Monarchie britannique²⁰⁴⁸.

757. Afin de légitimer et d'étayer la nécessité de telles réformes, Adam Tomkins se propose de faire démonstration de l'historicité de la nature politique et républicaine de la constitution. C'est en effet cette démonstration en ce qu'elle offre une clef d'articulation entre le modèle prescriptif d'Adam Tomkins, la légitimité de la réforme que ce dernier propose et la réalité du droit positif britannique que le professeur de l'Université de Glasgow justifie et fonde le pouvoir normatif de son modèle pour le droit public britannique. Mais une fois cet ancrage historique trouvé au cœur du XVII^e siècle, l'analyse historique proposée par Adam Tomkins se voit s'affaïsser sur elle-même.

758. En effet, ce dernier reproduit alors les mêmes travers que ceux dénoncés plus tôt dans les écrits de Paul Craig et des *common law constitutionalists* : une romantisation et une lecture partielle des réalités historiques mises alors au service d'un projet normatif répondant à des enjeux contemporains. En effet, et comme le relève le professeur Martin Loughlin, l'analyse d'Adam Tomkins souffre tout d'abord d'une analyse partielle de la doctrine républicaine,²⁰⁴⁹ mais aussi et surtout en l'absence de toute étude des développements du parlementarisme britannique au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, Adam Tomkins surévalue l'importance de l'idéologie républicaine dans le développement du Parlement britannique moderne²⁰⁵⁰. Or :

« Bien que moins exaltants, les XVIII^e et XIX^e siècles, sont tout aussi importants pour la formation de la constitution britannique. C'est durant cette période que la pratique du régime parlementaire, de la monarchie constitutionnelle et du système de Cabinet ont été fixées, que le rôle des partis politiques dans le cadre

powers which the people, through their elected representatives in Parliament, have expressly or by necessary implication conferred upon it by statute. This is a principle of the highest importance to republican constitutionalism ».

²⁰⁴⁵ *Ibid.* pp. 134-136

²⁰⁴⁶ *Ibid.* pp. 136-138

²⁰⁴⁷ *Ibid.* p. 139

²⁰⁴⁸ *Ibid.* pp. 139-141

²⁰⁴⁹ M. Loughlin, « Toward a Republican revival? », *op.cit.*, pp. 427-430

²⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 431, « Tomkins contends that what was restored in 1660 was the essence of the republican constitution of 1641, and he argues that the revolution of 1688 sought essentially to confirm that republican constitution. Building on these 17th century interpretations, he then simply asserts the continuing central importance of republican themes in British constitutional thought. However neat the argument, it is one that ignores the ways in which nation, state and government were transformed during the 18th and 19th centuries ».

du gouvernement a été établi, et que la souveraineté du parlement a clairement été formulée comme une doctrine juridique »²⁰⁵¹.

759. En laissant de côté une telle analyse, A. Tomkins déforme la réalité d'un cadre historique faisant de la doctrine républicaine une doctrine « associée au régicide et à l'anarchie »²⁰⁵², pensée comme un radicalisme dangereux par la classe gouvernante et qui s'éteint dans les craintes provoquées outre-Manche par l'observation de la Révolution Française²⁰⁵³.

760. Ainsi, si l'étude d'Adam Tomkins permet de mettre en lumière un décalage entre deux histoires du début du XVII^e siècle, l'une symbolique faite par les juristes à des fins instrumentales impliquant une nécessaire orientation des données historiques et celle développée par les historiens, elle n'offre pas à son auteur l'espace pour développer une réflexion sur sa propre méthode; réflexion qui lui permettrait pourtant de s'extraire de ces mêmes écueils conceptuels qu'il observe dans les écrits des autres *scholars*. À défaut d'une réflexion sur la méthode historique construite par les juristes de droit public au Royaume-Uni, l'exemple fourni par l'étude républicaine d'Adam Tomkins permet de souligner les effets d'une sélection téléologique des données historiques dans le cadre de l'orientation et de la justification d'un modèle prescriptif. De même l'exemple de *Our Republican Constitution*, vient renforcer l'appel formulé par John W. F. Allison en faveur de la formation d'une histoire délibérative du droit public britannique²⁰⁵⁴.

761. La nécessité de construire une méthode historique pour le droit public britannique. Cette dernière notion émerge pour l'auteur du constat d'une réorientation dans l'emploi des données historiques par les auteurs sur le droit public britannique contemporain. Ces derniers, ne se contentant plus d'utiliser la méthode historique pour construire des modèles explicatifs, mais des modèles prescriptifs du droit public britannique, devraient inscrire leur réflexion dans trois démarches distinctes de l'usage de l'histoire, et ce afin de garantir le meilleur usage des données historiques.

762. La première de ces démarches vise, selon J. W. F. Allison, à défaire la compréhension et la représentation du droit public britannique d'anciens concepts ou mécanismes et ce « par l'explication du contexte historique de certains textes ou institutions et en démontrant la

²⁰⁵¹ *Ibid.*

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ *Ibid.*, p. 432, « *The death knell for English republicanism, however, sounded only in the later decades of the century, when the unfolding of the French revolution seemed to vindicate the worst fears of the British governing class as to its meaning* ».

²⁰⁵⁴ J. W. F., « History to understand, and history to reform, English Public Law », *op.cit.*, pp. 552-556

disparition de tels contextes ou du moins leur évolution, rendant alors les textes ou les institutions en question obsolète ou inutilisables »²⁰⁵⁵. Pour cette compréhension de l'histoire du droit public, le mythe de la continuité de la *common law* est en particulier critiquable et à n'en pas douter, tant les analyses des *common law constitutionalists* que celles livrées par Adam Tomkins, tombent sous son champ d'analyse²⁰⁵⁶. La seconde de ces approches vise au contraire à défaire le juriste d'une vision seulement présentiste ou du moins centrée sur l'histoire contemporaine en recontextualisant et réenracinant ce qui apparaît comme une innovation juridique dans sa réalité historique. En ce sens, le travail du professeur Paul Craig et sa narration de l'histoire du droit administratif britannique²⁰⁵⁷ apparaissent comme une tentative de « libérer la pensée juridique de la tyrannie de la nouveauté »²⁰⁵⁸.

763. L'analyse du professeur Paul Craig est d'autant plus intéressante dans ce contexte. En effet, c'est en construisant une méthodologie de la recherche historique en droit public à travers une distinction entre d'une part la perception des auteurs sur le droit administratif de l'histoire de cette matière et la réalité de cette dernière, ancrée dans des données empiriques, que le professeur oxonien met à jour la généalogie et l'historicité du *judicial review*. Là où, tout au contraire, la vision orthodoxe fondée sur la seule théorie de l'*ultra vires* en a fait une création de la seconde moitié du XX^e siècle. En désimbriquant le discours orthodoxe sur le droit administratif, comme simple perception des normes de droit administratif positif, et en jouant sur l'espace créé entre discours et objet pour réinvestir l'historicité de ce dernier, le professeur Paul Craig permet à la fois de recontextualiser le *judicial review* comme objet du discours sur le droit administratif britannique, mais aussi de déconstruire le mythe contemporain et présentiste du droit administratif britannique.

764. Il offre, de même, une réflexion poussée sur le rapport entre donnée historique et récit historique permettant de mettre à jour toute la dimension idéologique et prescriptive du discours historique et orthodoxe sur le droit administratif britannique. En cela, le professeur Paul Craig dévoile la réalité de l'histoire du droit public comme méthode de mise en récit des données historiques nécessairement orientée et rejoint en cela la troisième approche décrite par John Allison. En effet, selon l'auteur de Cambridge, une histoire du droit conscientisée et construite, tant sur le point méthodologique qu'épistémologique, peut avoir comme fonction

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 541

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 542

²⁰⁵⁷ P. Craig, « English Administrative Law History: Perception and Reality », *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 48, 2019

²⁰⁵⁸ J. W. F. Allison, « History to understand and history to reform, English Public Law », *op.cit.*, pp. 542-543

de « libérer la pensée juridique des vieilles traditions, mythes et préjugés »²⁰⁵⁹. Une telle libération étant réalisée en « exposant et éclairant les préjudices et croyances juridiques culturelles par l'explication de leur développement historique, les amenant ainsi au cœur d'un processus de délibération et de débat là où lorsque soumis à une évaluation rationnelle et normative, ils peuvent plus facilement être modifiés ou adaptés »²⁰⁶⁰. D'après John Allison, ce que suppose cette troisième approche est la mise en lumière des traces contextuelles, idéologiques, identitaires, portées par les objets juridiques dans leur historicité. Des traces que le discours orthodoxe sur le droit public britannique est venu étouffer et mettre en silence à la fois dans l'objet et du discours et le discours lui-même.

765. Or, l'analyse de tels objets, lorsque déracinée de tout ancrage historique loin d'en permettre une représentation neutre et objective ne vient que masquer les traces que ces derniers portent intrinsèquement et qui, hors du regard de l'auteur du discours sur le droit, poursuivent pourtant leur travail à la fois sur l'objet, mais aussi sur le discours de connaissance sur l'objet. En se refusant à l'analyse de ces traces, le discours orthodoxe s'interdit toute connaissance profonde du réel de l'objet juridique, il se refuse à l'analyse d'un pan entier de la réalité de son objet.

766. Afin d'éviter une telle lacune dans le discours, le développement d'une méthode historique délibérative vise à faire émerger une représentation historique du droit public valide, non pas au niveau des discours individuels, mais par la confrontation des interprétations et des narrations historiques produites par les trois approches jusqu'alors décrites. C'est en effet dans leur travail les unes avec les autres ou les unes contre les autres que peut émerger une meilleure compréhension historique de l'objet droit public. Ce travail suppose toutefois une plus grande transparence et une plus grande réflexivité de la part des auteurs sur la construction de leur propre méthode historique, de son intégration dans un cadre méthodologique nécessairement orienté et dès lors de l'effet de ce cadre méthodologique sur les modes de sélections et d'analyse des cas historiques. Ce n'est que par cette réflexion sur la méthode historique qu'une évaluation des effets du recours renouvelé à la justification historique sera rendue possible ainsi que la mise en dialogue des multiples histoires du droit public écrites par des scholars adoptant et utilisant des cadres méthodologiques diverses rendus aussi pluriels par la multiplication des cadres théoriques leur permettant de saisir et de faire sens de leur objet. Or, cette multiplication des cadres théoriques provient elle-même du

²⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 544

²⁰⁶⁰ *Idem.*

développement au sein de toutes les branches de la connaissance du droit public d'une méthode renouvelée, celle de la *Jurisprudence*.

767. L'impact de ce recours renouvelé à la justification historique ne doit cependant pas être compris comme un phénomène étanche à la seule sphère du discours sur le droit. En effet, le renouvellement de la narration historique du droit public trouve aussi à s'exprimer dans le champ même du discours du droit public à travers les discussions engagées entre les opinions des juges²⁰⁶¹. Là aussi, la reconfiguration du lien entre l'objet positif, que ce dernier soit de droit constitutionnel ou de droit administratif, et son histoire semble abriter un enjeu nouveau à même de justifier ou infirmer les différentes politiques jurisprudentielles. Ainsi, si l'objet historique « droit public » semble s'être imposé depuis la fin des années quatre-vingt-dix dans le champ du discours sur le droit, la nécessité d'une réflexion sur les méthodes qu'implique la prise en compte de ces données historiques est encore une thématique discrète dans la doctrine publiciste britannique.

768. L'écriture de l'histoire du droit public porte un enjeu stratégique dans la concurrence prescriptive développée par les discours sur le droit public contemporains, en ce qu'elle permet une justification et légitimation apparente de certains modèles prescriptifs du droit public. Dans ce contexte, les critiques entre *scholars* de l'usage de l'histoire du droit public apparaissent nombreuses sans nécessairement laisser la place à des analyses réflexives et individuelles de chaque *scholar* sur sa propre construction de son récit historique. Or, et au même titre que le droit comparé, la construction d'une méthode historique pour l'écriture du droit public porte le potentiel d'une herméneutique renouvelée pour le droit public britannique en offrant grâce à la contextualisation historique et à la confrontation entre interprétations distinctes des données historiques, l'émergence d'interprétations de l'objet « droit public » révélant toute la complexité et la contingence du rapport entre discours sur le droit et objet même de ce discours.

²⁰⁶¹ Lord Sumption, «The Historian as Judge», discours du 6 octobre 2016, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-161006.pdf>

CONCLUSION

CHAPITRE 2

769. Le passage d'un monde doctrinal bipolaire à un monde doctrinal multipolaire, précédemment observé, a été rendu possible par un tournant majeur dans l'utilisation faite par les auteurs publicistes à la théorie. Ce tournant, marqué par le renouveau de la méthode de la *jurisprudence* dans les discours sur le droit public, amène à la multiplication des cadres théoriques permettant des interprétations divergentes du droit public britannique, mais aussi l'augmentation des représentations prescriptives de ce dernier. Afin de justifier et de sécuriser ces nouvelles constructions et théorisations du droit public britannique, l'argument historique devient un enjeu méthodologique pour affirmer son pouvoir doctrinal, sans que pour autant ne se dessine l'émergence d'un nouveau consensus majoritaire autour d'un programme doctrinal clairement identifié.

770. Face à l'intensité du pluralisme doctrinal, un risque semble émerger pour le droit public britannique, celui d'une dispersion, voire d'une dislocation de la discipline en raison du désaccord entretenu par les différents courants et groupes doctrinaux la composant autour de la définition et de l'interprétation à donner à l'objet « droit public ». Pour autant, il convient de relever que la saisie par le juge de la matière publique, le développement de sa jurisprudence, notamment au niveau de la Cour Suprême, ainsi que la multiplication des conférences et écrits extrajudiciaires des juges sur le droit public britannique, tendent à laisser entrevoir l'émergence d'une doctrine organique qui, face à la démultiplication des programmes doctrinaux et le risque pour l'unité et l'intégrité du droit public, assure un processus de stabilisation conceptuelle pour la discipline « droit public » au Royaume-Uni. Après avoir longtemps été l'œuvre des seuls académiques, cette dernière serait aujourd'hui un récit choral écrit à plusieurs mains entre, d'une part, la doctrine académique et, d'autre part, une doctrine organique en train de se constituer.

Conclusion

Titre I

- 771.** L'identité contemporaine de la doctrine publiciste britannique est marquée par un intense pluralisme dont les dynamiques s'enracinent tout à la fois dans les faillites du modèle orthodoxe mais aussi dans le renouveau théorique et méthodologique de l'enseignement et de la recherche juridique. Dans ce contexte, la doctrine publiciste britannique, si elle tend à trouver des facteurs d'organisation faible autour de tentatives de classification, ne parvient pas à établir un consensus majoritaire autour d'un programme doctrinal qui serait à même de resserrer et refermer le champ du discours doctrinal autour d'une matrice disciplinaire.
- 772.** Au contraire, la crise doctrinale paraît avoir rompu le lien entre doctrine et discipline et alors que du côté de la connaissance active, la recherche sur le droit public britannique multiplie ses approches et ses outils conceptuels, la connaissance passive, l'enseignement, est encore profondément marqué par l'héritage diceyen dont le fantôme ne semble jamais vraiment quitter les structures du discours sur le droit public britannique.
- 773.** Face à ce tableau, deux lectures semblent pouvoir émerger. La première est de considérer que la doctrine britannique se trouverait dans une période transitoire entre une crise doctrinale et la formation d'un nouveau consensus doctrinal majoritaire. Ce consensus à venir permettrait alors de faire entrer la doctrine publiciste britannique dans une nouvelle logique disciplinaire. La seconde lecture considère toute au contraire que c'est dans cet état de diversité que la doctrine publiciste contemporaine trouve sa nouvelle identité. Afin de pouvoir trancher entre ces deux lectures, il revient néanmoins d'intégrer un nouvel élément dans le paysage de la doctrine publiciste britannique. En effet, l'émergence d'une doctrine organique spécifique au droit public au sein de la *UKSC* appelle à évaluer ses effets sur la structure et la délimitation du champ du discours sur le droit public britannique afin de saisir pleinement ce qui constitue son identité contemporaine.

Titre II – Les caractéristiques contemporaines de la doctrine publiciste britannique

774. La doctrine britannique contemporaine est plurielle. Elle est aussi complexe. Éclatée entre divers programmes doctrinaux, entre diverses épistémologies et mise aux services de projets politiques tout aussi variés, elle est entrée depuis le début des années quatre-vingt-dix dans une phase d'expansion ininterrompue. Ce mouvement, qui suit les évolutions soutenues et continues du droit positif, est accompagné par le « tournant théorique » de la doctrine publiciste. En ouvrant l'univers cognitif des juristes britanniques à d'autres modes de représentation et d'articulation de leur savoir sur le droit public, le « tournant théorique » a cependant affaibli la police disciplinaire que le modèle orthodoxe, en tant que matrice disciplinaire, mais aussi matrice doctrinale, avait su instaurer au cœur des discours doctrinaux sur le droit public britannique. Cette matrice, si elle conditionne encore pour partie le vocabulaire et la grammaire des discours doctrinaux contemporains, voit son empreinte sur ces derniers s'affaiblir, à mesure que le maillage conceptuel qu'elle avait su tisser pour saisir, penser et représenter le droit public britannique se voit étirer et déformer. Entre traces et survivances, la perte d'autorité de la matrice disciplinaire du modèle orthodoxe retire à la discipline « droit public » britannique un principe de stabilité et d'unité qui a garanti durant toute la première moitié du vingtième siècle le dualisme doctrinal entre programme doctrinal orthodoxe et programmes doctrinaux fonctionnalistes.

775. Avec l'affaiblissement du pouvoir structurant exercé par la matrice disciplinaire du modèle orthodoxe, c'est la nature même de la discipline « droit public » qui se voit modifiée au Royaume-Uni. En ce sens, et s'appuyant sur l'apport de la sociologie des sciences, William Twining²⁰⁶² trace une distinction entre deux types de disciplines académiques : les disciplines dites « centripètes » et qui s'entendent de ces disciplines qui « sont des communautés étroitement liées et convergentes 'au regard de leurs idéologies fondamentales, de leurs valeurs communes, de leurs jugements de valeurs partagés, de leurs consciences d'appartenir à une tradition unique (...) [et qui] ont plus de chance d'occuper un territoire

²⁰⁶² W. Twining, *Blackstone's Tower – The English Law School*, Londres, Sweet and Maxwell, The Hamlyn's Lectures, Vol. 46, 1994, p. 153.

avec des frontières extérieures bien définies »²⁰⁶³ ; et les disciplines dites « centrifuges » qui, par opposition, tendraient à se caractériser par l'important degré d'hétérogénéité des positions doctrinales et l'affaiblissement du principe d'unité disciplinaire²⁰⁶⁴. Dès lors, et si, sous le contrôle de la matrice disciplinaire du modèle orthodoxe, la discipline « droit public » semblait s'inscrire dans la première des deux catégories, elle doit aujourd'hui être comprise comme se rattachant à la seconde²⁰⁶⁵.

776. La distinction posée par William Twining semble trouver écho dans celle que relève le professeur Renaud Baumert entre périodes normales de la doctrine et périodes de crises doctrinales²⁰⁶⁶. Mais là où la seconde permet de caractériser les dynamiques doctrinales au cœur de la discipline droit constitutionnel, la première a pour elle cette capacité de saisir les effets de ces mêmes dynamiques sur la structure de la discipline construite par la doctrine. Ainsi, l'affaiblissement de la matrice disciplinaire du modèle orthodoxe apparaît comme le résultat de la période de « crise »²⁰⁶⁷ doctrinale rencontrée par le discours sur le droit public britannique. Il laisse craindre la dislocation de la discipline en une multitude de regards doctrinaux qui, de par la spécificité intrinsèque des cadres conceptuels et méthodologiques, mais aussi des fonctions assignées par ces derniers au discours construit sur l'objet « droit public », ne semblent plus toujours en capacité d'entrer en dialogue.

777. Pour autant, circonscrire la diversité du discours doctrinal au seul pluralisme des discours académiques sur le droit public serait sans doute manquer très largement la multiplication des espaces de construction des représentations du droit public britannique contemporain. En effet, au Royaume-Uni, l'augmentation du contentieux administratif au tournant des années soixante-dix avec les réformes successives du *Judicial Review*, puis l'explosion d'un contentieux des libertés à la suite de l'entrée en vigueur du *HRA*, n'a pas

²⁰⁶³ *Idem.*

²⁰⁶⁴ *Idem.*

²⁰⁶⁵ *Idem.*, « *At some points in the history of the Anglo-American tradition, law as an academic discipline could have been described as cohesive and centripetal: the object of study was legal rules and the role of the jurist was to systematise, to rationalise, and to expound legal doctrine. However, at no stage was this view unchallenged. As we have seen, from the late nineteenth century in the United States, much later in England, the predominant view came under regular and increasingly open attack from critics who seemed to have little in common except a shared sense of dissatisfaction with the prevailing orthodoxy* ».

²⁰⁶⁶ R. Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, *op. cit.*, p. 534.

²⁰⁶⁷ De nouveau il convient de signaler que le terme « crise » ici n'entend pas porter un jugement négatif sur la période et tend simplement à désigner une période caractérisée par la multiplication des programmes doctrinaux concurrents pour un même champ disciplinaire. En ce sens, voir R. Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, *op. cit.*, pp.534-535, « La 'crise doctrinale' se signale au contraire par l'éclatement de la doctrine en un grand nombre d'écoles ou par l'exacerbation des questions qui les divisent (...) Le paroxysme de la crise est atteint quand les interlocuteurs n'en sont plus vraiment, c'est-à-dire quand les doctrines individuelles sont si éloignées qu'elles ne permettent plus de se comprendre ».

entraîné un « tournant contentieux » dans la doctrine universitaire comme celui observé en France en droit constitutionnel à la suite de la « juridictionnalisation » du Conseil Constitutionnel²⁰⁶⁸. Au contraire, la judiciarisation du droit public britannique a accompagné et porté le « tournant théorique » de sa doctrine académique qui, s'il s'explique en partie par un contexte académique spécifique (tournant libéral dans l'enseignement du droit, conditions favorisant l'interdisciplinarité, nouvelles évaluations de la scientificité du discours juridique), traduit aussi la place et le rôle que se donne la doctrine universitaire face à l'apparition d'une autre narrativité pour le droit public britannique : la doctrine organique de la *Supreme Court* du Royaume-Uni (ci-après *UKSC*) (**CHAPITRE 1**).

778. L'apparition dans le paysage doctrinal de ce nouvel acteur, ou plutôt la prise de conscience tant du côté académique que du côté de la *UKSC*, d'un réel pouvoir doctrinal pour les juges ouvre la possibilité de construire un dialogue entre ces deux univers juridiques. Cette co-construction doctrinale marque l'identité contemporaine de la doctrine publiciste britannique. Elle en est certainement sa caractéristique principale et offre au pluralisme de la doctrine académique un nouveau facteur d'organisation. Elle clôturera d'une certaine manière l'objet de cette étude. Pour autant, apprécier pleinement l'identité de la doctrine publiciste britannique suppose de la penser au-delà d'une simple dimension statique et interne. La question de l'identité doctrinale appelle à se tenir aux frontières de la doctrine publiciste britannique pour saisir et comprendre la dialectique que cette dernière crée avec son extérieur. Dans le dialogue ou le monologue construit avec des doctrines autres s'esquisse cette fois la possibilité de saisir une image dynamique et narrative de l'identité doctrinale britannique. Aussi et afin de cercler pleinement la représentation de la doctrine publiciste britannique, cette étude s'achèvera en envisageant la dialectique construite par les publicistes britanniques avec leurs homologues étrangers (**CHAPITRE 2**).

²⁰⁶⁸ A. Le Divellec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 106, « [...] en optant pour le paradigme contentieux, en se focalisant résolument sur l'étude de la jurisprudence constitutionnelle, la science française du droit constitutionnel n'est pas devenue plus conceptuelle pour autant. Au contraire. Elle tend même probablement à l'être encore moins. C'est, à mon avis, le reproche majeur qu'on puisse lui faire », E. Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, *op. cit.*, p. 105, « Le fait que la doctrine se concentre désormais sur le champ contentieux de la matière tend donc à présenter les mêmes limites que celles qui entravent la démarche exégétique ».

CHAPITRE 1

L’AFFIRMATION D’UNE DOCTRINE ORGANIQUE SPECIFIQUE AU DROIT PUBLIC BRITANNIQUE

779. L’émergence de la polyphonie doctrinale britannique a renforcé la spécificité de la doctrine académique britannique face à l’exemple français. Là où une part de la doctrine française déplore le manque « d’ambition » doctrinale²⁰⁶⁹ qui accompagne le « tournant contentieux », la doctrine britannique se caractérise par la pluralité des modèles théoriques proposés par la doctrine académique. La doctrine académique française, en recentrant la représentation de sa propre fonction autour du commentaire des décisions du Conseil Constitutionnel a d’abord trouvé dans le « tournant contentieux » une stratégie de légitimation disciplinaire à la fois dans le champ juridique, mais aussi face à son extérieur. Il a ainsi s’agit pour la discipline française du « droit constitutionnel » d’affirmer sa spécificité et son autonomie au regard d’autres branches du droit et à la critique qui lui a longtemps été faite de ne pas être, pleinement, une discipline juridique. Face à la rétractation de l’objet d’étude pour une partie de la doctrine constitutionnelle française, le développement d’une doctrine produite par le Conseil Constitutionnel peut apparaître comme une difficulté nouvelle. En effet, le Conseil Constitutionnel, en proposant les commentaires de ses propres décisions, interroge le rôle et la place de la doctrine académique constitutionnelle française et appelle cette dernière à se renouveler.

780. *A contrario*, au Royaume-Uni, le « tournant théorique », s’il accompagne l’émergence d’une doctrine organique au sein de la UKSC pour le droit public britannique, n’engendre pas de questionnements similaires quant à la place et au rôle des auteurs académiques. En effet, en déplaçant le discours académique de la seule systématisation vers la théorisation et une critique renforcée, le « tournant théorique » semble offrir la possibilité pour la doctrine

²⁰⁶⁹ X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil Constitutionnel ? », disponible à : <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/23/chevallier.pdf>, p. 5, « S’il n’y a plus à rechercher la vérité délibérative, ce qui a semble-t-il été longtemps un objectif doctrinal premier, car elle est donnée par l’institution elle-même, et que l’on ne se contente pas de la paraphrase, la doctrine universitaire ne saurait avoir d’autre objet que de proposer une lecture critique des discours du juge comme de l’institution. Non sans un certain paradoxe, l’encadrement de la doctrine universitaire par le développement des doctrines du Conseil Constitutionnel implique son émancipation et sa libération de la tutelle qu’elle a bien accepté de se voir imposer. Une doctrine ambitieuse est alors une doctrine qui préfère les questions à soulever que les vérités à asséner et qui, en conséquence, problématise le droit et son application, identifie tous les possibles ouverts par l’interprétation et par l’application du droit et les évalue entre eux et offre une lecture critique de son objet permettant, en particulier, aux organes producteurs de normes et aux autorités d’application d’améliorer l’appréhension et la pratique de leur objet ».

académique et la doctrine organique de co-construire un dialogue réel visant à la fois à améliorer la connaissance sur le droit positif, mais aussi à modifier le droit positif lui-même. La possibilité de ce dialogue semble néanmoins tenir pour partie aux caractéristiques et spécificités de la doctrine organique que le juge de *common law* construit pour le droit public britannique (*Section 1*), mais aussi, et peut-être surtout par l'engagement proactif des juges de la UKSC dans la construction de nouveaux concepts qui, de par leur développement, participent de la structuration et de la théorisation du droit public britannique (*Section 2*).

781. Semble dès lors et à la lumière de ce dialogue entre doctrine académique et doctrine organique britanniques, se confirmer la conviction portée par le professeur V. Champeil Desplats lors de son intervention au colloque toulousain « *Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?* ». Ainsi, et face à la maîtrise du droit par les praticiens, la doctrine constitutionnaliste française pourrait être appelée à quitter sa posture d'exposition de la jurisprudence pour proposer « *une analyse, une déconstruction, des études conceptuelles, métaphysiques, des théories constructives* »²⁰⁷⁰, en somme une approche complémentaire de celle de la doctrine du juge que le « tournant théorique » a autorisé au Royaume-Uni, créant dès lors un dialogue constructif entre les deux doctrines, mais aussi un nouveau facteur de stabilisation de la discipline britannique du « droit public ».

Section 1. L'émergence d'une doctrine organique pour le droit public britannique contemporain

782. La notion de « doctrine organique » est intrinsèquement liée à la construction et au développement du droit administratif français. L'expression, dont le premier emploi est généralement attribué au professeur Bienvenu²⁰⁷¹ est rapidement adoptée²⁰⁷² pour décrire le

²⁰⁷⁰ V. Champeil-Desplats, « Le droit constitutionnel de demain : entre textes, interprètes et discours scientifiques », in X. Magnon, S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quels droits demain*, Université Toulouse Capitole, colloque tenu à Toulouse le 29 et 30 septembre 2016, enregistrement disponible à : <https://www.dailymotion.com/video/x5h8u19>

²⁰⁷¹ J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administrative », *Droits*, n°1, 1985, p. 153.

²⁰⁷² M. Deguegue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », In. *La doctrine en droit administratif – Actes du colloque organisé les 11 et 12 juin 2009 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de Montpellier*, Paris, LexisNexis, Colloques et Débats, 2010, pp. 41-59, p. 41.

lien entre déférence²⁰⁷³ et concurrence²⁰⁷⁴ qui marque les rapports entre la jurisprudence et la doctrine universitaire. Construit par « le chœur à deux voix de la jurisprudence et de la doctrine »²⁰⁷⁵, ce « couple indissociable »²⁰⁷⁶, le droit administratif se caractérise par « la situation privilégiée du juge administratif, perçu et mis en scène à travers ses ‘grands arrêts’ comme la source primordiale du droit administratif » et qui « a façonné les constructions théoriques et les pratiques interprétatives de la doctrine »²⁰⁷⁷ ici entendue comme doctrine universitaire. Détenteurs de deux pouvoirs juridiques distincts,²⁰⁷⁸ mais essentiels à la constitution du savoir sur le droit administratif français, les juges et les universitaires voient leurs constructions théoriques et conceptuelles se compléter et se nourrir l’une l’autre²⁰⁷⁹.

783. Reprise dans le champ du droit constitutionnel français²⁰⁸⁰ ou le professeur Xavier Magnon distingue entre « doctrine du juge » et « doctrine de l’institution »²⁰⁸¹, l’expression viserait à désigner deux réalités distinctes. D’une part il conviendrait de comprendre sous le terme de « doctrine organique », « les juges qui écrivent et enseignent comme le font les universitaires »²⁰⁸², mais et d’autre part, l’expression pourrait aussi entendre désigner « la doctrine (...) en tant que corps constitué à l’instar de la doctrine de la Cour de cassation »²⁰⁸³.

²⁰⁷³ J. Chevallier, « Changements politiques et droit administratif », in. CURRAP, *Les usages sociaux du droit. Colloque Amiens 12 mai 1989*, Paris, PUF, 1989, pp. 296-326, p. 309.

²⁰⁷⁴ Idem., pp. 309-310 « la structuration du droit administratif a été durablement modelée par le poids particulier conquis par la jurisprudence: en l'absence de textes généraux, c'est le juge administratif qui a été amené à forger les grands principes autour desquels s'est réellement construit le droit administratif; et ce travail fondateur dotant la jurisprudence d'un prestige sans égal a laissé des traces profondes. D'abord il a abouti à lier étroitement l'essor du droit administratif au contentieux (...). Ensuite, il a favorisé la confusion des rôles en donnant aux juges un rôle essentiel dans l'exercice de la fonction doctrinale (...). Ainsi "une doctrine "organique" coexiste-t-elle avec la "doctrine universitaire" en lui faisant une concurrence sévère ».

²⁰⁷⁵ J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1957, p. 34, cité par M. Deguergue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », *op. cit.*, p. 42.

²⁰⁷⁶ Idem., « A l’instar des autres droits, le champ du droit administratif est structuré autour de deux pôles différents mais envoyant l’un à l’autre, formant couple et en fait indissociables : la doctrine et la jurisprudence ».

²⁰⁷⁷ Yves Poirmeur et Emmanuel Fayet, « La doctrine administrative et le juge administratif, la crise d’un modèle de production du droit », in Jacques Chevallier (dir.), *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993, p. 106.

²⁰⁷⁸ J. Chevallier, « Changements politiques et droit administratif », *op.cit.*, p. 309, « Pour P. Bourdieu, ces positions de ‘théoricien’, voué à la construction doctrinale, et de ‘praticien’, cantonné dans l’application, qui résultent de la ‘logique spontanée de la concurrence entre différentes formes de compétence’, seraient à la fois ‘antagonistes et complémentaires’ : antagonistes, dans la mesure où elles sont à l’origine d’une ‘lutte symbolique permanente’ entre détenteurs d’‘espèces différentes de capital juridique’ (...) ».

²⁰⁷⁹ *Ibid.*, « (...) complémentaires, dans la mesure où elles constituent en fait une ‘forme subtile de division du travail de domination symbolique’ - le travail de rationalisation et de systématisation doctrinal étant indispensable pour conférer aux décisions de justice l’efficacité symbolique leur permettant de produire leur plein effet. Le champ juridique reproduirait ainsi les lois qui président à l’agencement des différents champs sociaux – ‘espaces structurés de positions’ constitués à partir d’enjeux et d’intérêts communs, mettant aux prises des agents s’appuyant sur la détention d’un capital spécifique ».

²⁰⁸⁰ X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil Constitutionnel ? », *op. cit.*, p.2.

²⁰⁸¹ *Ibid.*

²⁰⁸² M. Deguergue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », *op cit.*, p. 42.

²⁰⁸³ *Ibid.*, p. 43.

Si la seconde définition a été rejetée dans le champ du droit administratif à raison de la diversité des positions des juges du Conseil d'État²⁰⁸⁴, il convient néanmoins de souligner que l'emploi, en anglais, du terme « doctrine » vise expressément à qualifier certaines politiques jurisprudentielles.

784. La polysémie emportée par la notion en droit public français est une première mise en garde : si la notion de « doctrine organique » emporte l'idée d'un juge participant de la structuration et de la théorisation du savoir sur le droit qu'il crée, chaque institution qui participe de la construction de ce savoir se distingue par les caractéristiques propres de sa doctrine organique. Ainsi, envisager l'émergence et la constitution d'une doctrine organique produite par la *UKSC*, suppose dans un premier temps d'en décrire et analyser les caractéristiques (§1.), pour mieux déterminer quelles dynamiques se tissent entre doctrine universitaire et doctrine organiques pour le droit public britannique (§2.)

§1. Les caractéristiques de la doctrine organique pour le droit public au Royaume-Uni

785. Le professeur Xavier Magnon opère une distinction entre deux types de doctrines organiques produites par le Conseil Constitutionnel. Observant que « la doctrine du Conseil constitutionnel se formalise d'abord par la motivation des décisions du juge constitutionnel »²⁰⁸⁵, il attribue à cette dernière le nom de « doctrine première »²⁰⁸⁶, par opposition à une « doctrine seconde »²⁰⁸⁷ qui, constituée de sources diverses²⁰⁸⁸, vise à la fois à remplir une fonction de légitimation, mais aussi à compléter la forme des motivations des décisions du Conseil. Si cette définition fonctionnelle de la doctrine seconde du Conseil Constitutionnel ne peut être regardée comme transposable ou applicable au cas de la *UKSC* et à la forme de ses motivations, la stratification opérée par la distinction entre doctrine première et doctrine seconde se révèle être un outil pertinent pour analyser les caractéristiques de la doctrine organique développée pour le droit public britannique dès lors que la définition retenue pour la doctrine seconde se limite à une définition matérielle faisant de cette dernière

²⁰⁸⁴ *Idem.*, voir aussi J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *op. cit.*, p. 33.

²⁰⁸⁵ X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil Constitutionnel ? », *op. cit.*, p.2.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*

²⁰⁸⁷ *Ibid.*

²⁰⁸⁸ *Ibid.*

l'ensemble des écrits non juridictionnels des juges. Dans ce sens, la doctrine seconde rejoint la notion de doctrine organique développée pour le Conseil d'État par la professeure Maryse Deguerge²⁰⁸⁹.

786. Ainsi, en France, les caractéristiques de la « doctrine première » du Conseil Constitutionnel amène ce dernier à utiliser la « doctrine seconde » comme outil de justification et d'explication de la « doctrine première », au Royaume-Uni, les caractéristiques de la « doctrine première » du juge issue de la tradition de *Common law*, (A.) amènent cette dernière à fournir une motivation suffisamment précise et développée pour que la « doctrine seconde » n'ait pas à jouer principalement un rôle explicatif (B.). Le juge britannique peut dès lors investir pleinement cette doctrine seconde pour proposer à côté du travail effectué par la doctrine académique une réflexion sur les fondements théoriques, la systématisation et les sources du droit public britannique.

A. Les caractéristiques de la *doctrine première* des juges au travers des *case laws* de droit public

787. L'identification de la UKSC comme lieu principal de production d'une doctrine organique du droit public britannique. Contrairement au droit français, où les juges de la matière publique sont facilement identifiables, la structure juridictionnelle britannique ne renseigne que peu sur la localisation possible d'un espace dédié à la construction d'une doctrine organique spécifique au droit public. Il n'existe pas de juges spécialisés, et ce ni pour la matière administrative ni pour la matière constitutionnelle. S'il existe bien une « *Administrative Court* » au sein de la *Queen's Bench Division* de la *High Court of England and Wales*, les juges qui y siègent ne sont pas exclusivement des juges du seul *judicial review* et demeurent avant toute chose des juges de la *common law*. De même, et si à la suite du professeur Favoreu, la définition retenue pour désigner une Cour suprême²⁰⁹⁰ telle que la UKSC implique que cette dernière doive être regardée comme une de ces « juridictions placées au sommet de l'édifice juridictionnel d'un État et dont relève par la voix de l'appel ou de la cassation l'ensemble des tribunaux et des cours composant cet édifice alors que les cours constitutionnelles sont les juridictions situées hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et

²⁰⁸⁹ M. Deguerge, « Doctrine universitaire et doctrine organique », *op cit.*, p. 42.

²⁰⁹⁰ Pour un historique de la construction d'une Cour Suprême au Royaume-Uni, voir Lady Hale, « What is the United Kingdom Supreme Court for ? », Macfadyen *Lecture* 2019, Edinburgh, 28 mars 2019, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190328.pdf>

indépendantes de celui-ci (...). Les cours suprêmes ont une vocation générale en ce sens qu'elles peuvent connaître de tous les contentieux, tandis que les cours constitutionnelles ont une vocation spéciale, le contentieux constitutionnel étant le seul objet de leur activité »²⁰⁹¹, il convient de conclure que cette dernière ne peut constituer un espace dévolu à la seule construction d'une doctrine organique pour le droit public.

788. Pour autant, s'arrêter à ces simples constats serait rester à la surface de la réalité et des dynamiques qui animent et dessinent l'identité de la *UKSC* depuis sa création. Juridiction récente, née du *Constitutional Reform Act* de 2005 pour mieux satisfaire les exigences d'indépendance posées par l'article 6(1) de la Convention EDH, rendues opposables par l'adoption du *HRA* et que ne pouvait satisfaire l'*Appellate Committee* de la *House of Lords*, la *UKSC* bénéficie de la légitimité historique de son prédécesseur dont elle s'inscrit dans la filiation. Certains auteurs, académique ou juge, ont ainsi pu défendre que la *UKSC* n'était rien de plus que la continuation de l'*Appellate Committee*, minimisant dès lors les effets constitutionnels durables que la création de cette nouvelle institution pourrait avoir sur la constitution britannique. La difficulté de cette position et de l'identité qu'elle propose pour la *UKSC*, résulte certainement dans le fait que malgré un renforcement tout au long du XX^e siècle de l'indépendance fonctionnelle de l'*Appellate Committee* au sein de la *House of Lords*, l'arrêt *Jackson* rendu en 2004 et interrogeant l'articulation des pouvoirs entre la *House of Commons* et la *House of Lords*²⁰⁹², a clairement établi les limites structurelles de l'ancienne Cour Suprême Britannique²⁰⁹³ et rendu nécessaire de refonder l'identité de cette dernière sans pour autant la couper de son héritage.

789. La nécessité de cette transition a fait émerger, selon Lady Hale, trois projets distincts pour la constitution d'une nouvelle Cour Suprême du Royaume-Uni²⁰⁹⁴, chacun de ces projets traduisant pour cette dernière une identité spécifique. Le premier, résolument tourné vers l'héritage historique du *Commonwealth* et de la *common law* britannique supposait de fusionner les compétences juridictionnelles de l'*Appellate Committee* et du *Judicial Committee* du *Privy Council* afin de créer une nouvelle forme d'institution suprême à la fois pour le Royaume-Uni, mais aussi pour les territoires ultramarins rattachés à la Couronne

²⁰⁹¹ L. Favoreu, « Cours suprêmes et cours constitutionnelles », In. L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 277

²⁰⁹² *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56.

²⁰⁹³ *Ibid.*

²⁰⁹⁴ Lady Hale, « What is the United Kingdom Supreme Court for ? », *op. cit.*, p. 7.

britannique²⁰⁹⁵. Le second projet, plus en rupture, se proposait quant à lui de transformer radicalement la juridiction de la Cour Suprême pour en faire, pleinement une cour constitutionnelle²⁰⁹⁶. Enfin, le dernier projet envisageait d'adopter un système proche de celui de la Cour de Justice de l'Union européenne en instaurant un système de question préjudicielle entre les cours d'appel et la Cour suprême²⁰⁹⁷. Cette dernière proposition est regardée par Lady Hale comme ne représentant qu'« un variant de l'idée d'une cour constitutionnelle »²⁰⁹⁸.

790. L'institution de la Cour Suprême du Royaume-Uni dans les modalités prévues par le *Constitutional Reform Act* va amener la doctrine académique à débattre de la possibilité de regarder cette dernière comme une Cour constitutionnelle en devenir. Empruntant en cela le chemin inverse du Conseil Constitutionnel auquel il a souvent été prédit une évolution vers une cour suprême, la *UKSC* a pu être regardée par le professeur Vernon Bogdanor comme :

« Présentant certaines des caractéristiques des cours constitutionnelles à travers le monde, mais sur d'autres aspects, elle ne remplit pas les prérequis généralement reconnus pour les cours constitutionnelles »²⁰⁹⁹. Notamment « ses pouvoirs ne sont pas prévus par une constitution écrite, elle est limitée à entendre des appels et ne peut être saisie directement, pas plus qu'elle ne pratique de contrôle de constitutionnalité *a priori* »²¹⁰⁰.

791. Le professeur D. Robertson relève quant à lui que « le seul aspect qui ne fait pas de la Supreme Court une cour constitutionnelle est qu'elle n'a pas le pouvoir de déclarer une loi ou une part de celle-ci incompatible avec la constitution »²¹⁰¹. Cette affirmation, formulée en 2010 semble en partie rendue caduque au regard du développement des principes constitutionnels de *common law*²¹⁰² et l'affirmation faite par Lady Hale en 2019, alors

²⁰⁹⁵ *Ibid.*, pp. 7-8, « to revive the old idea of combining the jurisdiction of the House of Lords with the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council. One by one, most of the independent members of the Commonwealth had left the Privy Council, sometimes immediately, sometimes after a decent interval. We are left with the Crown dependencies (Jersey, Guernsey and the Isle of Man), the remaining UK Overseas Territories (such as Bermuda, the British Virgin Islands, the Cayman Islands, the Turks and Caicos Islands, the Falkland Islands and Gibraltar), who have no choice, and a few independent Commonwealth countries (principally the Bahamas, Jamaica, Trinidad and Tobago, and Mauritius) ».

²⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 8.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 9.

²⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 10. « In my view, they clearly do (but I would say that, wouldn't I?). The Supreme Court fulfils at least three important functions. The first and most important, although not the most numerous in our case load, is as a constitutional court for the United Kingdom(...)»

²⁰⁹⁹ K. Maleson, « The evolving role of the Supreme court », *Public Law*, 2011, pp. 754-772, p. 757

²¹⁰⁰ V. Bogdanor, «Parliament and the Judiciary: The Problem of Accountability», lecture to UK Public Administration Consortium, February 9, 2006, cite par K. Maleson, Maleson, « The evolving role of the Supreme court », *op. cit.*, p. 755.

²¹⁰¹ *Ibid.*, p. 757.

²¹⁰² Voir, *infra*, par. 846 et suiv.

présidente de la *UKSC* : « la Supreme Court remplit au moins trois fonctions importantes. La première et la plus importante (...) est en tant que cour constitutionnelle pour le Royaume-Uni »²¹⁰³.

792. Mais au-delà de ces éléments théoriques et du débat autour de la spécialisation et de la nature de la *UKSC*, les données empiriques semblent plus à même d'éclairer le type de contentieux que choisit en premier lieu la *UKSC*. En effet, et par application de l'article 13 de l'*Administration of Justice Act* de 1960, la *UKSC* dispose d'un pouvoir sur la sélection des cas qui lui sont soumis, ces derniers devant être « des questions de droit relevant d'un intérêt public général »²¹⁰⁴. Cette capacité, mais surtout l'orientation que la *UKSC* souhaite donner à la sélection des *case laws* qui lui seront soumis trouve une illustration dès sa première décision, en effet, « dans un symbolisme délibéré, les nouveaux Justices ont choisi leur première affaire pour tester les limites au pouvoir du gouvernement de créer du droit par *executive orders*. Le message est clair : ce sera une cour constitutionnelle et elle s'en donnera les pouvoirs aisément »²¹⁰⁵. Ce choix suit plus généralement la dynamique déjà amorcée au sein de l'*Appellate Committee* au lendemain de l'adoption du *HRA* : les litiges de droit public, qui avait jusqu'alors toujours composé une part mineure du contentieux de la Cour suprême, passent « de la périphérie au centre du travail de [la] haute cour »²¹⁰⁶. Par sa politique de choix des affaires qu'elle entend connaître et traiter, la *UKSC* devient un lieu privilégié pour la construction et l'articulation d'un discours prétorien sur le droit public. Ainsi, après plus de dix ans d'existence de la « juridiction hors normes »²¹⁰⁷ que représente la *UKSC*, le constat dressé par le professeur A. L. Young en introduction à son article « *Public law cases and the Common Law – A unique relationship ?* » semble s'imposer : « il est difficile de nier que la jurisprudence a joué un rôle crucial dans le développement du droit public anglais »²¹⁰⁸, or cette jurisprudence de par la fonction de la *Supreme Court* au sein du système juridique britannique est dominée par les précédents que crée cette dernière pour le droit public britannique.

²¹⁰³ Lady Hale, « What is the United Kingdom Supreme Court for ? », *op. cit.*, p. 10.

²¹⁰⁴ *Administration of Justice Act* 1960, section 13.

²¹⁰⁵ K. MacDonald, cité par K. Maleson, « The evolving role of the Supreme court », *op. cit.*, p. 760.

²¹⁰⁶ S. Shah, T. Poole, « The impact of the Human Rights Act on the House of Lords », *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 8/2009, 2009, pp. 1-25, p. 25.

²¹⁰⁷ A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême du Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *jus politicum*, n°9, 2013, pp. 1-75.

²¹⁰⁸ A. L. Young, « Public law cases and the Common Law – A unique relationship ? », in L. Fisher, J. King, A. L. Young (dirs.), *Foundations and Future of Public Law*, Oxford, OUP, 2020, pp. 83-106.

793. La construction d'une motivation originale pour les *case laws* de droit public, marqueur de l'émergence d'une doctrine première spécifique au droit public au sein de la UKSC. La motivation, en tant que procédé de justification des décisions judiciaires, est un « discours argumentatif raisonnable »²¹⁰⁹ qui cristallise la rationalité propre à un système juridique et l'ancrage culturel de ce dernier²¹¹⁰. Les juges de la UKSC s'inscrivent ainsi dans une culture juridique marquée par l'idée d'une rationalité propre, décrite par Sir E. Coke au début du dix-septième siècle²¹¹¹ et qui implique que « la *common law* ne s'élabore pas selon une rationalité abstraite, mais discursive qui fait une place privilégiée au raisonnement analogique et à l'argument conséquentialiste »²¹¹². La conséquence de cette rationalité spécifique est de caractériser cette dernière, à la suite des propos du professeur Denis Baranger et par une opposition au droit français qui « est accoutumé aux raisonnements verticaux », comme « exprim[ant] sa théorie des valeurs sous la forme horizontale d'un spectre temporel : ce qui est plus important est ce qui est venu avant »²¹¹³. En d'autres termes, et comme formulé par le professeur Aurélie Duffy-Meunier, la logique de la *common law* « se fonde sur l'idée de préexistence du droit, d'une innovation dans la continuité, et s'inscrit dans une approche bien différente de celle que l'on rencontre en France devant le Conseil constitutionnel »²¹¹⁴.

794. Pour autant, une qualification de la *common law* britannique sur cette seule représentation de ses logiques semble devoir être regardée avec nuances lorsqu'il convient de l'appliquer aux *case laws* de droit public les plus récents. En effet, à trop mettre en lumière la différence des rationalités françaises et britanniques mises en jeu dans les motivations des décisions de justice, y compris celle de la UKSC, réside un risque, celui de manquer les dynamiques internes à la rationalité de la *common law* et qui ont conduit le fond des motivations des décisions de droit public rendues par la UKSC à évoluer. L'insistance du regard français sur les spécificités de la rationalité britannique mises en œuvre dans les motivations de ses juges rend bel et bien compte de l'esprit classique de la *common law* britannique et de sa méthode que Sir John Laws a pu décrire comme reposant sur quatre

²¹⁰⁹ M.-C. Ponthoreau, « L'énigme de la motivation », In. F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau, *La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruxelles, Buylant, 2012, pp. 5-24, p. 7

²¹¹⁰ A. Duffy-Meunier, « La réforme de la motivation des décisions du Conseil Constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°55-56, vol. 2, 2017, pp. 45-65 ; p. 45, « la motivation des décisions de justice est le reflet d'une tradition juridique, d'une façon de penser le droit ».

²¹¹¹ *Idem.*

²¹¹² M.-C. Ponthoreau, « L'énigme de la motivation », *op. cit.*, p. 7.

²¹¹³ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non-écrite*, *op. cit.*, p. 172.

²¹¹⁴ A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême du Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*, p. 46

éléments complémentaires : un principe d'évolution, un principe d'expérimentation, un principe historique et un principe dit de distillation²¹¹⁵. Le premier de ces principes tend à désigner la doctrine du précédent²¹¹⁶, là où le second vise à rappeler que « les principes issus des *case laws* n'ont jamais été traités comme des vérités, mais comme des hypothèses continuellement testées »²¹¹⁷. Le troisième principe rappelle le lien et le respect de la *common law* pour la continuité historique²¹¹⁸ et enfin le dernier de ces principes désigne le processus adaptatif des principes à la réalité empirique des *case laws* et les évolutions sociétales que ces derniers traduisent²¹¹⁹. Résulte dès lors de cette définition une *common law* perçue comme un mécanisme « *bottom-up* », fondé sur un « raisonnement analogique, où les juges se réfèrent aux *case laws* antérieures, examinant les similarités possibles et les différences entre une série de précédent et les spécificités des faits qui leur sont soumis »²¹²⁰ et plutôt réticente à tout raisonnement trop abstrait.

795. Cette image semble cependant devoir être interrogée à la lumière des développements récents impulsés par les juges de la *UKSC* dans les évolutions offertes par la *common law* au droit public britannique. En effet, et comme le souligne le professeur Alison Young, cette compréhension de la *common law* pourrait ne plus être adaptée au raisonnement et mode d'écriture de la jurisprudence de la *UKSC* dans les affaires relevant du droit public²¹²¹. Ce que tend tout particulièrement à souligner la directrice du *Centre for Public Law* de l'Université de Cambridge est l'émergence de nouveaux modes de raisonnements et de justifications dans les décisions de la *UKSC* qui semblent en rupture ou du moins remettre en cause l'image quelque peu uniforme et surannée généralement accolée à la représentation de la *common law* classique. En ce sens, Alison Young souligne que classiquement « les principes et règles de *common law* émergent d'une série de décisions plutôt qu'un raisonnement de *common law* appliquant des principes généraux à des faits particuliers »²¹²². La démarche de *common law* reste classiquement casuistique et tend à la création de catégories qui, par récurrence de certains types de cas et des solutions qui leur sont appliquées, feront émerger l'idée d'un principe ou d'une règle de droit non écrit²¹²³. Pourtant, ces caractéristiques ne semblent pas

²¹¹⁵ J. Laws, *The Common Law Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2020, p. 58.

²¹¹⁶ *Ibid.*

²¹¹⁷ *Ibid.*, p. 61.

²¹¹⁸ *Ibid.*, p. 58.

²¹¹⁹ *Idem.*

²¹²⁰ A. L. Young, « Public law cases and the Common Law – A unique relationship ? », *op. cit.*, p. 84.

²¹²¹ *Ibid.*, p. 84.

²¹²² *Ibid.*, p. 87.

²¹²³ *Idem.*

se confirmer dans les décisions de droit public, et ce, souligne le professeur, tout particulièrement dans des contextes constitutionnels nouveaux où le juge peine à identifier ou ne peut tout simplement pas identifier de précédents applicables.

796. En effet, la judiciarisation récente du contentieux constitutionnel et administratif ne donne pas accès au juge à un vivier de précédents lui permettant de construire un raisonnement analogique aussi précis et convaincant que celui déployé dans les litiges de droit privé. Le surinvestissement de certaines décisions datant du XVII^e siècle à la fois par la doctrine académique et par le juge au travers de la démultiplication des interprétations données à ces derniers en est un exemple. Les évolutions des rapports et des équilibres entre les pouvoirs se sont déroulées depuis l'émergence du parlementarisme britannique moderne au sein de la constitution politique et donc hors du regard du juge. Cependant, l'entrée de ces équilibres dans le champ d'action du juge par l'extension de la constitution juridique, se fait sans le bénéfice d'un développement continu et incrémental propre à la *common law* et rompt en cela les logiques de justification et de la validation propre à cette source du droit britannique.

797. Face à ce phénomène, le professeur Alison Young observe et met en lumière une tendance marquée des juges de la *UKSC* à adopter un mode raisonnement plus abstrait que celui classiquement développé dans la *common law*²¹²⁴. La décision *In the Matter of an application by the Northern Irish Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland)*, rendue en 2018, offre un exemple concret de cette nouveauté rencontrée par la *common law* lors de litige de droit public. L'affaire, portée devant les juges de la *UKSC* par la *Northern Irish Human Rights Commission* avant le référendum légalisant l'avortement en Irlande du Nord²¹²⁵, visait à déterminer si le *Criminal Justice Act (Northern Ireland)* de 1945 prohibant le recours à l'avortement était compatible avec *HRA*. En l'espèce, l'intérêt à agir du requérant n'étant pas démontré, ce dernier ne pouvant être compris comme une victime d'une atteinte hypothétique aux *Convention Rights* protégés par le *HRA*, les logiques de la *common law* auraient dû conduire les juges à simplement débouter le requérant sans se prononcer sur le fond de l'affaire. Or, deux majorités se dégagent. Sur le plan procédural, une première majorité rejette l'intérêt à agir de la commission, mais, et de manière surprenante une seconde majorité faisant intervenir des juges issus de la première majorité comme Lord Mance va venir

²¹²⁴ *Idem.*, p. 88, «There are also examples of abstract review where courts review administrative rules or legislation in general without focusing on a specific example setting out why these provisions are unlawful, that is, where there is a lack of specificity».

²¹²⁵ *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)* [2018] UKSC 27.

se prononcer sur la compatibilité de la loi nord-irlandaise avec les *Convention rights*. Cette dernière majorité retient une incompatibilité entre le *Criminal Justice Act (Northern Ireland)* de 1945 et la Convention EDH par le développement d'un raisonnement *in abstracto* qui se démarque de l'approche *in concreto* généralement utilisée dans le contrôle de conventionnalité. Le raisonnement adopté par la *UKSC* dans l'affaire nord-irlandaise semble se verticaliser, abandonner la casuistique et un système de justification horizontal et temporel pour investir un rapport normatif hiérarchique et logico-déductif. Ce déplacement, ou cette réorientation des modes de raisonnements du juge de la *UKSC* peuvent être justifiés par la matière convoquée : le droit de la convention EDH, et sa structure marquée par les caractéristiques des systèmes de droit écrits continentaux.

798. Cette rupture avec l'approche classique de la *common law* n'est cependant pas un cas unique. En effet, les principaux arrêts adoptés par la *UKSC* en matière constitutionnelle, à l'instar des arrêts *Thoburn*²¹²⁶, *Jakson*²¹²⁷, *Miller*²¹²⁸ ou encore *Cherry/Miller*²¹²⁹ offrent eux aussi des exemples de verticalisation du raisonnement du juge de la *UKSC*, qui amènent le juge à créer de nouveaux concepts, de nouvelles catégories du droit constitutionnel tout en les hiérarchisant et les articulant entre elles. Ici, et contrairement au raisonnement catégoriel développé dans la *common law* classique et qui traduit une organisation des voies d'action disponibles aux citoyens, c'est la matière normative elle-même qui se voit structurer et hiérarchiser dans une systématisation impliquant par nature un degré nouveau d'abstraction. Ainsi et à l'existence d'un espace spécifique et identifiable pour la construction d'un discours prétorien sur le droit public s'ajoute une nouvelle dimension ; celle d'un discours prétorien sur le droit public spécifique, qui ne se limite pas au seul constat qu'il existerait un droit public construit par la *common law* mais, au-delà, qu'il existe bien une *common law* de droit public. C'est-à-dire une *common law* construite autour d'une grammaire, de logiques propres qui ne sont plus totalement similaires à celles développées en droit privé. Cette réorientation des mécanismes de justifications de la *common law* de droit public d'un système horizontal vers un système mixte qui ne serait ni totalement soumis à un principe de validité historique ni pleinement subordonné à un système de validité logico-déductif trace l'identité et la spécificité du discours des juges de la *UKSC* comme source du droit public britannique. L'émergence d'un discours dans un espace précis offert par la *UKSC* comme organe du pouvoir judiciaire

²¹²⁶ *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin).

²¹²⁷ *R (on the application of Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56.

²¹²⁸ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

²¹²⁹ *R (Miller/Cherry) v The Prime Minister* [2019] UKSC 41.

et l'observation de la construction d'un discours original et lié à la nature publique des *case laws* où il se déploie, semble dès lors autoriser l'identification d'une doctrine organique publiciste spécifique.

799. La nature plurielle et dialogique de la doctrine première, premier marqueur de l'identité de la doctrine organique de la UKSC spécifique au droit public britannique.

Bien que la *common law* de droit public britannique développe des traits identitaires propres qui tendent à l'individualiser progressivement de la *common law* de droit privé, cette dernière conserve une caractéristique fondamentale qui impacte l'identité de la doctrine première de la UKSC : la forme de la motivation adoptée par la UKSC. Cette forme de motivation offre un espace de délibération et de construction des consensus qui permet, au contraire des décisions des juridictions françaises de mettre à jour un pluralisme dans les raisonnements développés par les juges. Il convient cependant de relever ici et comme observé dans le droit français pour la forme des motivations adoptées par le Conseil Constitutionnel, que ces dernières années et la création de la UKSC ont été l'occasion pour les juristes britanniques d'une réflexion renouvelée sur la forme de la motivation de leur cour suprême.

800. Sous la forme de l'*Appellate Committee* de la House of Lords, la forme des décisions adoptées par la Cour suprême britannique se caractérisait par une pratique plurielle. Lady Hale souligne en ce sens que « dans la *House of Lords*, nous pouvions avoir une décision envisagée par l'ensemble de l'*appellate committee*, des opinions individuelles que les autres juges validaient simplement, ou une série d'opinions individuelles (...) », mais, ajoute-t-elle « les opinions conjointes ou à plusieurs étaient difficiles et rarement utilisées »²¹³⁰. De cette pratique qui, multipliant les opinions rendues par les juges, semblait faire peser sur la clarté des jugements un risque trop important, la création de la *UK Supreme Court* vise à rationaliser l'usage en favorisant notamment la pratique des opinions conjointes et la diminution du nombre, mais aussi de la longueur des opinions concurrentes²¹³¹. Ainsi et comme souligné par le professeur Aurélie Duffy-Meunier, l'évolution de la forme des décisions de la UKSC se fait à rebours de celle connue par le Conseil Constitutionnel. Là où le second voit ses décisions

²¹³⁰ Lady Hale, « Judgment writing in duffhe supreme court », 30 sept. 2010, discours présenté lors du séminaire célébrant le premier anniversaire de la UKSC, disponible à : https://www.supremecourt.uk/docs/speech_100930.pdf, p. 1.

²¹³¹ *Idem.*

adopter, une forme plus « littéraire »²¹³², la première fait au contraire le choix d'une collégialité renforcée des décisions. Mais, dans un cas comme dans l'autre, le principe directeur de ces évolutions vise à garantir une meilleure clarté et transparence des décisions de justice comme garantie démocratique²¹³³. Cette exigence de clarté a pu un temps laisser émerger au Royaume-Uni un débat autour de l'adoption d'une opinion unique et collégiale comme celle pratiquée par le *Privy Council*²¹³⁴ sans pour autant conduire à l'abandon de la pratique des opinions séparées.

801. Cette dernière, peu étudiée en tant que telle au Royaume-Uni²¹³⁵, traduit pourtant une double obligation des juges qui marque l'identité de la motivation des décisions de la *common law* britannique : une responsabilité individuelle et une responsabilité collective à rendre une décision claire et cohérente au sein de la *common law*²¹³⁶. En effet, le mode de fonctionnement incrémental de la *common law* suppose pour sa propre pérennité la recherche pour les juges d'un principe de cohérence²¹³⁷. Or, « pour satisfaire la condition de cohérence, un panel de juges doit remplir des conditions additionnelles : chaque juge doit produire une décision qu'il pense être cohérente avec les décisions précédentes de la cour (et non pas avec sa propre opinion développée dans des affaires antérieures), et le panel doit avoir une conception commune de la cohérence »²¹³⁸. C'est autour des désaccords autour de ce principe de cohérence qu'émergent la possibilité et la raison d'être des opinions concurrentes et divergentes. Dès lors, les juges, afin de justifier la satisfaction de ces deux niveaux de responsabilités, individuelle et collective, vont développer à la fois une argumentation

²¹³² A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême du Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*, p. 46

²¹³³ *Idem.*

²¹³⁴ Le *Counsel* et les avocats étaient de manière générale plutôt favorable à l'adoption d'une motivation unique, là où la position des Law Lords est plus complexe. Lord Reid a pu défendre la pratique des opinions séparées, soulignant qu'« il [était] souvent impossible d'atteindre une solution finale pour un problème difficile en une seule décision ». (Lord Reid, « The judge as Law Maker », *Journal of The Society of Public Teachers of Law*, 1972-1973, pp. 22-29), là où au contraire, Lord Diplock a argumenté en faveur d'une motivation unique. Dans les années 90, à la suite de Lord Browne-Wilkinson et Lord Bingham, la pratique des opinions séparées semble sécurisée. Enc ce sens voir A. Peterson, *Final Judgement – The last Lords and the Supreme Court*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 176 et suiv.

²¹³⁵ J. Adler, « Dissents in Courts of last resort: Tragic choices? », *Oxford journal of legal studies*, vol. 20, n°2, 2000, pp. 221-246, p. 221, « *The dissenting judgment is usually taken for granted as an integral feature of the common law. There has been little discussion in the literature of English law of the practice of publishing dissenting judgements and in particular of the constitutional role of the dissent and what it can tell us about the judicial process. Where judicial members of the House of Lords have been asked to consider the question of dissent they have on the whole treated dissenting as at best a matter of individual conscience or idiosyncrasy and as of little more than anecdotal interest. At worst the dissent is regarded as a pathological breakdown in the legal system.* » ; pour une étude récente et détaillée, voir A. Peterson, *Final Judgement – The last Lords and the Supreme Court*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 526 p.

²¹³⁶ J. Lee, « A defence of concurring speeches », *Public Law*, 2009, pp 305-331, p. 307

²¹³⁷ *Ibid.*

²¹³⁸ J. Lee, « A defence of concurring speeches », *op. cit.*, p. 308.

rhétorique visant à exposer l'inscription cohérente de leur décision dans le cadre préexistant de la *common law*, mais aussi un dialogue entre eux afin de permettre l'émergence d'un consensus. Or, la nature délibérative et consensuelle de la décision de la *UKSC* autorise au sein même de la doctrine première du juge la multiplication des positionnements doctrinaux. La critique interne à la doctrine organique est rendue possible par la pratique des opinions dissidentes et met en avant une richesse doctrinale importante : à la doctrine individuelle des juges s'ajoute la doctrine de l'ensemble de l'institution enfermée dans la motivation de l'opinion majoritaire. Ainsi, la doctrine première englobe à la fois la doctrine obtenue par consensus auprès d'une majorité de juges, mais aussi la doctrine dissidente développée dans les opinions dissidentes. Le processus d'élaboration de la doctrine première se distingue ici de celle du Conseil Constitutionnel qui repose sur l'apparente unanimité dans la décision et offre un espace de développement et de structuration des représentations prétoriennes du droit public britannique.

B. Les caractéristiques de la *doctrine seconde* au travers des écrits et publications non juridictionnels des juges

802. Les spécificités de la doctrine seconde construite par les juges de la *UKSC* face à la doctrine seconde du Conseil Constitutionnel. Le développement et la production par le Conseil Constitutionnel de commentaires visant à préciser et contextualiser ses propres décisions ont pu être désignés par la doctrine universitaire française sous les termes de « doctrine seconde »²¹³⁹, « auto-doctrine »²¹⁴⁰ ou encore « auto-commentaire »²¹⁴¹. Ces expressions, visant l'ensemble de cette « doctrine interne »²¹⁴² produite par les membres du Conseil Constitutionnel et ne pouvant être directement rattachées à la motivation juridictionnelle de ce dernier, interrogent les frontières établies entre doctrine organique et doctrine universitaire.

803. En effet, et parce que « se présentant comme un complément d'information par rapport à ce qui n'est pas explicité dans la motivation de la décision »²¹⁴³, ces commentaires publiés au sein des *Cahiers du Conseil Constitutionnel* puis des *Nouveaux Cahiers du Conseil*

²¹³⁹ X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil Constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 2

²¹⁴⁰ C. Severino, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 105, vol. 5, pp. 77-100, p. 96 et suiv.

²¹⁴¹ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la Justice Constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Jus Politicum*, n°7, 2012, pp. 1-38, p. 32 et suiv.

²¹⁴² X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil Constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 2.

²¹⁴³ C. Severino, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *op. cit.*, p. 97

Constitutionnels ne peuvent être regardés, de prime abord, comme porteur d'une dimension normative propre à la production juridictionnelle. De même, et parce que ces commentaires, du moins au moment de leur création, ne cherchaient « nullement [à] faire œuvre de doctrine »²¹⁴⁴, et donc pas à développer un regard critique sur les décisions du Conseil Constitutionnel, ces derniers pouvaient être regardés comme remplissant une fonction généralement attribuée à la production doctrinale académique. Or, leur pratique révèle une réalité différente. Loin de se cantonner à la fonction informative qu'ils semblaient pourtant s'assigner, ces commentaires « s'attachent, en réalité, à justifier la décision du juge constitutionnel, donnent des arguments pour fonder et expliquer les choix adoptés et se prononcent ainsi sur leur opportunité »²¹⁴⁵. En d'autres termes, « dépourvue de rôle critique, cette doctrine a, à l'inverse, une fonction de légitimation »²¹⁴⁶ des décisions du Conseil.

804. Selon le professeur Denis Baranger, le rôle endossé par la *doctrine seconde* du Conseil Constitutionnel vient pallier l'absence de la fonction assumée devant le Conseil d'État par l'institution du rapporteur public qui, en amont de la décision du Conseil, propose à la fois une contextualisation et une analyse objective des questions de droit soumises au juge administratif²¹⁴⁷. Cette « intervention du rapporteur public [qui] est très intégrée dans le fonctionnement de la formation de jugement (...) s'insère dans un dialogue très structuré auquel participent le rapporteur, le réviseur, et la sous-section d'instruction »²¹⁴⁸. Le recours à une telle institution apparaît comme un substitut trouvé par le Conseil d'État face aux limites portées par la forme de motivation de ses décisions. En effet, cette dernière marquée, comme celle du Conseil Constitutionnel par un formalisme exacerbé²¹⁴⁹ qui, fondé sur un syllogisme judiciaire stricte²¹⁵⁰ et un principe de secret des délibérations et d'unité des décisions²¹⁵¹, n'a pas offert, historiquement l'espace au cœur de la motivation un espace pour commenter et analyser la portée de la décision, chercher à combler les insuffisances d'une motivation trop synthétique. Mais là, où le Conseil d'État propose en amont un espace intégré à sa fonction juridictionnelle pour remplir cette mission, la structure et la composition du Conseil

²¹⁴⁴ O. Schrameck, « Décisions du Conseil Constitutionnel », *AJDA*, 1995, p. 517, cité par C. Severino, *op. cit.*, p. 97.

²¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 98.

²¹⁴⁶ X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil Constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 2.

²¹⁴⁷ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la Justice Constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *op. cit.*, pp. 35-36.

²¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 36.

²¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 5.

²¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 6-7.

²¹⁵¹ *Ibid.*, p. 13.

Constitutionnel n'ont permis la réalisation de cette fonction de justification qu'en aval, hors du champ de la décision du Conseil Constitutionnel²¹⁵².

805. Face à ces spécificités et à une *doctrine seconde* du Conseil Constitutionnel qui se compose majoritairement des commentaires des décisions de ce dernier, la *doctrine seconde* développée par la UKSC n'a pas vocation à expliquer ou justifier les décisions des juges ; la forme et le raisonnement adoptés par la motivation de ces dernières dans la doctrine première se suffisent à elles-mêmes. Ainsi, et à titre d'exemple, la lecture des différentes motivations offertes par les juges de l'*Appellate Committee* de la House of Lords dans l'arrêt *Jackson* propose une contextualisation précise du cadre juridique du *Hunting Act* de 2004 qui se voit contester par procédure de *judicial review* comme étant contraire au *Human Rights Act* et comme ayant été adopté par une procédure spécifique, prévue par le *Parliament Act* de 1949 dont la validité est elle-même remise en cause. En effet, les requérants estiment que cette dernière loi a été adoptée en suivant une procédure qui ne respectait pas les dispositions du *Parliament Act* de 1911.

806. Face à la complexité l'enchevêtrement normatif au cœur de ce litige, la première opinion, rédigée par Lord Bingham propose une contextualisation précise des *Parliament Act* de 1911 et de 1949. Sur les 41 points qui composent l'opinion de Lord Bingham, une trentaine sont relatifs à la présentation du cadre historique, du contexte d'adoption de ces lois, de leur articulation et de l'interprétation à donner des dispositions relatives au litige. La démarche adoptée est clairement pédagogique et la conclusion de l'opinion permet entre les points 39 et 41 de faire application du syllogisme retenu par Lord Bingham au cas qui lui est soumis. Ce dernier retient ainsi la validité à la fois du *Parliament Act* de 1949 au regard des dispositions du *Parliament Act* de 1911 et par conséquent la validité du *Hunting Act* de 2004 et écarte de même toute atteinte aux *Convention rights* protégés par le *HRA*. Cet effort pédagogique n'est pas propre à cette opinion et se poursuit tout au long des six autres opinions présentes dans la décision, chacune venant compléter le travail de contextualisation et d'exposition amorcé par Lord Bingham. Dès lors, « le sens de la décision se dégage de la confrontation des différents speeches, en application de l'idée selon laquelle il n'y a pas de 'bonne réponse' en droit, mais plusieurs manières possibles d'aboutir à une solution pour l'affaire soumise au juge »²¹⁵³, et le travail de contextualisation s'inscrit dans l'argumentation fournie par chaque juge, en

²¹⁵² *Ibid.*, pp. 32-33.

²¹⁵³ F. Rueda, « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », In. F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau, La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles, *op. cit.*, pp. 263-280, p. 267

respect de son indépendance, et permet à chacun de remplir l'obligation individuelle d'une décision claire et cohérente. Cette forme permet aussi à chaque juge de « *développer publiquement une analyse personnelle, un raisonnement cohérent, enrichi par sa propre expérience de juriste et la spécificité de ses centres d'intérêt* »²¹⁵⁴. Si les motivations des juges britanniques, prises dans leur individualité ne prétendent pas à l'objectivité affirmée par les commentaires des décisions du Conseil Constitutionnelle où celle rattachée aux interventions du rapporteur public, leurs soucis de précision, de clarté, et la pluralité des contextualisations croisées entre les différentes opinions permettent de remplir pleinement la fonction de contextualisation et de justification de la doctrine seconde développée par le Conseil Constitutionnel.

807. La doctrine seconde construite par les juges de la UKSC, un espace pluraliste de discussion sur le droit public. Dès lors, et la motivation forte des décisions de la UKSC ne requérant pas d'être complétée par une justification extérieure, quel rôle reste-t-il pour la *doctrine seconde* de la UKSC sur le droit public ? Principalement composée par les interventions et contributions de juges pour des conférences et des événements académiques, la doctrine seconde semble répondre à trois fonctions distinctes : une fonction pédagogique, une fonction de systématisation et une fonction d'information. Néanmoins et avant d'explorer ces différentes fonctions, plusieurs éléments semblent devoir être soulignés. Tout d'abord, tout comme dans le cadre de la motivation qui révèle une dimension individuelle et incarnée des juges dans la manière de développer et orienter leur argumentation, la doctrine seconde de la UKSC en matière de droit public dépend très largement des individualités qui composent la Cour. Ainsi, au regard du champ de spécialité et des intérêts de chacun, tous les juges ne participent pas de la production d'un discours prétoire, non-juridictionnel sur le droit public britannique.

808. Pour la période de la présidence de Lord Neuberger, de septembre 2012 à septembre 2017, la UKSC dénombre un total de 148 interventions de juges dans des conférences ou colloques. Sur ce total, 43 concernaient le droit public et plus particulièrement le droit constitutionnel et avaient été majoritairement prononcés par Lord Reed, Lady Hale, Lord Neuberger, Lord Mance, Lord Hodge, Lord Kerr et Lord Sumption. Chacun abordant les cette période sont des éclairages sur le rôle, et le pouvoir juridictionnel des juges, le processus de

²¹⁵⁴ *Idem.*

sélection et la représentativité des membres de la UKSC, les effets du droit européen sur le droit britannique, l'étude de certains *Convention rights*, les évolutions de la *common law*, l'héritage de *la Magna Carta* ou encore les équilibres de la constitution britannique et le renouveau du constitutionnalisme britannique²¹⁵⁵.

809. Pour la période de la présidence de Lady Hale, de septembre 2017 à janvier 2020, la UKSC dénombre 63 contributions orales de la part de ses membres, dont plus de la majorité ont été prononcées lors de colloques ou de conférence par Lady Hale. Aux interventions de Lady Hale, celles de Lord Wilson, Lord Carnwath, Lord Hodge et Lord Reed composent les principales interventions relatives au droit public et plus spécialement au droit constitutionnel. Les thématiques abordées se déclinent des vingt ans du *HRA*, de la célébration du droit de vote des femmes, du rôle de *la Supreme Court*, du développement de *la common law* et du pouvoir du juge. Dans le contexte de la crise sanitaire, la présidence de Lord Reed entamée en janvier 2020 n'a, fin octobre 2021, donné lieu qu'à 13 interventions dont une seule, interrogeant les effets du Brexit et de la crise sanitaire de la Covid-19 sur le système juridique britannique, envisage des questions de droit constitutionnel²¹⁵⁶. Les thématiques abordées sur les trois périodes envisagées témoignent d'une importante variété et du souci des juges d'inscrire leur réflexion dans des thématiques d'actualité, de réflexion autour de la place de la UKSC, mais aussi tout simplement de célébration d'événements fondateurs pour le système constitutionnel britannique. Au-delà ainsi du pluralisme des auteurs c'est un pluralisme des objets saisis par ces discours qui vient s'ajouter aux caractéristiques de cette doctrine seconde.

810. Au regard de cette dernière dimension et en ce qu'il convient davantage d'envisager la doctrine seconde comme une doctrine des juges de la UKSC pris dans leur diversité qu'une doctrine de l'institution elle-même, comme un tout indissociable, la doctrine seconde développée par la UKSC semble davantage, de par ses caractéristiques devoir être regardée comme se rapprochant de celle développée par les membres du Conseil d'État que celle

²¹⁵⁵ A titre d'exemples : Lady Hale, «The Supreme Court in the UK Constitution», conférence donnée le 12 octobre 2012 au Legal Wales 2012, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121012.pdf> , Lord Kerr, «Dissenting judgments – self indulgence or self sacrifice ?», conférence du 8 octobre 2012 à la Birkenhead Lecture, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121008.pdf> ; Lady Hale, «Equality in the Judiciary», conférence donnée le 21 février 2013 à la Kuttan Menon Memorial Lecture, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130221.pdf> ; Lord Neuberger, « The Role of the Judge : Umpire in a Contest, Seeker of the Truth or something in between ? », conférence donnée le 19 août 2016 au Singapore Panel on Judicial Ethics and Dilemmas of the Bench, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-160819-04.pdf> .

²¹⁵⁶ Lord Sales, « Implications of Brexit and COVID-19 for UK Law », conférence donnée le 19 avril 2021 à la New Zealand Senior Courts Judges' Conference, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/new-zealand-judges-conference.pdf> .

produite par le Conseil Constitutionnel. En effet, et comme les écrits produits par les juges du palais royal, la doctrine seconde des membres de la UKSC se construit comme un discours sur le droit qui semble dès lors faire échos à celui produit par le monde académique.

811. Une doctrine seconde tournée vers le monde académique. Les premières caractéristiques de la doctrine seconde des juges de la UKSC tracées, il convient de préciser le lien entretenu par cette dernière avec la doctrine première. En effet, si elle ne vise pas à justifier la doctrine première, quel espace discursif cherche-t-elle à occuper au sein des discours sur le droit ? Lord Sumption, membre de la UKSC de janvier 2012 à décembre 2018, offre une première piste de réponse lorsqu'il affirme en conclusion à un ouvrage collectif produit par la doctrine universitaire britannique et visant à analyser et critiquer deux conférences données par Lord Sumption sur le droit constitutionnel²¹⁵⁷, qu'« il n'y a pas d'intérêt à comparer mes conférences avec mes jugements sur ces thématiques et de trouver des incohérences entre eux. Bien sûr ils ne forment pas un tout cohérent. En tant que juge, je ne suis pas là pour exposer mon opinion. Mon travail est de dire ce qu'est le droit. Par comparaison, dans une conférence publique, je suis mon propre maître. Je peux m'offrir le luxe d'exprimer mon accord ou mon désaccord avec l'état du droit »²¹⁵⁸. A la surprise que pourrait susciter un tel propos, Lord Sumption ajoute :

« Vous pouvez vous demander en quoi, dans la plus haute cour du royaume, qui n'est liée par aucun précédent sinon les siens, il y aurait une différence entre mon opinion propre sur le droit et mon exposition de ce dernier. Je dois vous dire qu'il y a des différences entre les deux et que ces dernières comptent. L'opinion personnelle des juges de la Cour Suprême est simplement un élément dans le processus complexe de décision, et pas nécessairement le plus important. Les lois lient totalement les juges, dans les limites des règles d'interprétation. Les principes de common law (...) ne les lient peut-être pas de manière aussi stricte, mais sont d'une importance fondamentale (...) »²¹⁵⁹.

²¹⁵⁷ N. W. Barber, R. Ekins, P. Yowell (dir.), *Lord Sumption and the Limits of the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016.

²¹⁵⁸ Lord Sumption, « A response », in N. W. Barber, R. Ekins, P. Yowell (dir.), *Lord Sumption and the Limits of the Law*, *op. cit.*, ebook, emplacements 6048-6321., voir plus précisément emplacement 6052 (conformément au mode de pagination choisi par les éditeurs).

²¹⁵⁹ *Ibid.*, emplacement 6052-6060.

812. Il existerait ainsi une différence de nature irréductible entre d'une part la doctrine première et d'autre part la doctrine seconde des juges de la *UKSC*. Contrairement à la doctrine seconde du Conseil Constitutionnel, dont l'influence sur la doctrine universitaire tend parfois à faire que cette dernière ne regarde les « *auto-commentaires* » de l'institution comme un prolongement de la décision et porteur d'une nature sinon similaire, du moins proche²¹⁶⁰, la doctrine seconde des juges de la *UKSC* semble davantage se rapprocher de celle produite par le Conseil d'État en ce que comme elle, sa nature ne penche non pas vers la fonction juridictionnelle, mais vers la fonction assurée par les travaux produits par la doctrine universitaire. Ainsi, si en France la doctrine organique du droit administratif vise à penser, diffuser, faire évoluer le droit administratif français, les travaux de certains auteurs de la doctrine seconde de la *UKSC* semblent poursuivre des objectifs similaires. Pour autant, et s'il apparaît évident que la doctrine seconde de la *UKSC* tend à regarder du côté du discours doctrinal universitaire, la nature de ces deux discours est-elle similaire ?

813. Dans son étude des liens entre doctrine universitaire et doctrine organique en droit administratif français, la professeure Maryse Deguerge conclut à une dissymétrie dans la nature de ces deux discours²¹⁶¹. Marqué par un fort pragmatisme face au dogmatisme²¹⁶², censé caractériser le modèle doctrinal français, le discours de la doctrine organique serait marqué par une forme de retenue et laisserait à la doctrine universitaire les tentatives d'innovations²¹⁶³. Face à ces observations, l'absence d'un dogmatisme fort pour la doctrine universitaire britannique, mais aussi la capacité d'innovation et la force de proposition de certains juges britanniques semble devoir présenter une dissymétrie réduite entre les deux discours doctrinaux.

814. Peut-être l'illustration la plus flagrante de ce constat se trouve-t-elle dans l'émergence, et d'une certaine manière la récurrence de figures de « juges-académiques » qui à l'instar de Lord Bingham, de Lord Sumption, ou et dans le champ cette fois de la *High Court* Sir John Laws²¹⁶⁴ ont durablement marqué l'étude et la représentation du droit public britannique. Ces

²¹⁶⁰ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la Justice Constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *op. cit.*, p. 32 et suiv.

²¹⁶¹ M. Deguerge, « Doctrine universitaire et doctrine organique », *op. cit.*, p. 49 et suiv.

²¹⁶² *Ibid.*, pp. 49-50

²¹⁶³ *Ibid.*, pp. 51-52

²¹⁶⁴ Si au regard de la spécialisation grandissante de la *UKSC* en matière constitutionnelle et administrative, cette dernière a été identifiée comme le lieu principal de l'émergence d'une doctrine organique pour le droit public britannique, il convient de souligner que certains juges au sein de la *High Court*, spécifiquement Sir John Laws, produisent eux-aussi des écrits et conférences s'inscrivant, de par leur caractéristiques, dans le sillage des discours doctrinaux produits par les juges de la cour suprême et représentent au même titre que ces derniers une source renouvelée de représentation et d'évolution du discours sur le droit public britannique.

trois exemples de juges-auteurs se caractérisent par la production de conférences innovante et engagée, visant toutes à interroger la nature, la structure et les évolutions du droit public britannique. Là où Lord Bingham propose de refonder la définition du principe du *Rule of law*²¹⁶⁵, Lord Sumption s'interroge sur les limites du droit face à la politique et interroge l'équilibre approprié entre constitution politique et juridique²¹⁶⁶, et Sir John Laws propose de redéfinir le principe de souveraineté juridique au cœur de la constitution britannique en faveur d'une souveraineté bipolaire²¹⁶⁷. Outre cette volonté de refondre et repenser le droit public britannique à travers des approches stimulantes de ses principes fondamentaux, ces trois juges ont aussi en commun la production d'ouvrage, après leur retraite de leur fonction judiciaire, ayant reçu une véritable reconnaissance dans le monde académique. Ainsi, l'ouvrage de Lord Bingham, *The Rule of Law*²¹⁶⁸, s'est imposé depuis sa première publication comme l'ouvrage de référence sur la notion et voit sa systématisation de principe du *Rule of law* être reprise dans de nombreux ouvrages, articles et manuels. De manière similaire, la publication des conférences données par Sir John Laws dans le cadre des *Hamlyn lectures, The Common Law Constitution*²¹⁶⁹, ou encore la parution à titre posthume de l'ouvrage *The Constitutional balance*²¹⁷⁰, alimentent et participent du débat doctrinal autour du *common law constitutionalism*. Enfin, la publication de *Trials of the State – Law and the Decline of Politics*²¹⁷¹ en 2019, puis de *Law in a time of crisis*²¹⁷² en 2021 font de Lord Sumption un auteur actif dans le champ du droit public et la discussion des excès de la juridicisation de la constitution britannique.

815. Ainsi, passerelles entre deux formes de doctrines du droit public britannique, la figure des « juges-académiques » invite ainsi à penser les échanges entre ces deux sphères du discours juridique britannique.

²¹⁶⁵ Thomas Bingham, *The Rule of law*, *op. cit.*

²¹⁶⁶ J. Sumption, *Trials of the State – Law and Decline of Politics*, Londres, Profile books, 2019.

²¹⁶⁷ Sir J. Laws, *The Common Law Constitution*, Cambridge, CUP, 2014.

²¹⁶⁸ J. Laws, *The Common Law Constitution*, *op. cit.*

²¹⁶⁹ J. Laws, *The Constitutional balance*, *op. cit.*

²¹⁷⁰ Sir J. Laws, *The Common Law Constitution*, *op. cit.*

²¹⁷¹ J. Sumption, *Trials of the State – Law and Decline of Politics*, *op. cit.*

²¹⁷² J. Sumption, *Law in a time of crisis*, Londres, Profile books, 2021, 240 p.

§2. La construction d'un dialogue entre les doctrines du droit public britannique

816. Dans son article « Jurisprudence et doctrine : deux discours »²¹⁷³, le professeur Vedel relève que l'utilisation de l'expression de « dialogue entre la jurisprudence et la doctrine » qui semble avoir émergé au milieu des années 50 sous la plume de Jean Rivero²¹⁷⁴, est une expression trompeuse. Il n'y aurait pas de dialogue entre les juges et les auteurs académiques au sens grammatical²¹⁷⁵. En effet, un tel dialogue supposerait que la doctrine universitaire soit le destinataire direct du discours du juge et inversement. Or, et si ce n'est pas le cas, il existe cependant bel et bien entre ces deux acteurs du système juridique une coopération. Ce processus de coopération a été reconnu en droit administratif français, faisant de ce droit une construction « à deux chœurs »²¹⁷⁶, est apparu comme commun au système de droit romano-germanique. De même, en droit constitutionnel à la suite du rapport produit par Madame Marthe Fatin-Rouge Stefanini sur le rapport entre doctrines universitaire et juge constitutionnel français se dessinent des espaces de coopérations entre ces deux acteurs du discours juridiques²¹⁷⁷. Que ces derniers passent par la reconnaissance par le juge de la doctrine universitaire à l'aide de citation²¹⁷⁸ ou par des coopérations plus directes comme la nomination de professeur au sein du Conseil Constitutionnel²¹⁷⁹, les liens existent entre eux et tracent les contours d'une polyphonie doctrinale plus ou moins soutenue.

817. Cependant, et de manière peut-être plus surprenante, une telle coopération n'est pas non plus étrangère au droit anglais contemporain. La place qui y est occupée par le juge et les *case laws*, n'ont pas empêché les *Law Lords* de reconnaître, par la voix de Lord Goff, la coopération entre la doctrine organique et la doctrine universitaire dans l'écriture et la construction des principes du droit britannique²¹⁸⁰. Si les exemples proposés par Lord Goff concernaient majoritairement le droit privé²¹⁸¹, il existe dans les *case laws* de droit public les illustrations d'un phénomène similaire où, et depuis Dicey, une construction à deux voix semble bien s'être

²¹⁷³ G. Vedel, « Jurisprudence et doctrine : Deux discours », *La Revue administrative*, 1997, pp. 7-12.

²¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 7.

²¹⁷⁵ *Idem.*

²¹⁷⁶ J. Rivero, cité par M. Deguergue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », *op. cit.*, p. 42.

²¹⁷⁷ Marthe Fatin-Rouge Stefanini, « Juges constitutionnels et doctrine (rapport français) », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2015, pp. 345-380

²¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 369-370

²¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 372

²¹⁸⁰ Lord Goff, «The search for Principle», *The British Academy, Maccabaeian Lecture in Jurisprudence*, 5 mai 1983.

²¹⁸¹ *Ibid.*

imposée. Ainsi, il conviendra d'observer les dynamiques de cette coopération entre juges et auteurs académiques (A.) et de constater que la construction et l'intensification de ces échanges produisent des effets sur les objets du discours sur le droit public au Royaume-Uni, mais aussi sur la structure même de la discipline « droit public » (B.).

A. Les dynamiques du dialogue entre la doctrine universitaire et la doctrine organique de la *UKSC*

818. La reconnaissance de la doctrine universitaire par les juges de la *UKSC*. Lors d'une conférence donnée au *Max Plank Institute* d'Hambourg, en juillet 2012 et portant sur les relations entretenues entre les juges et les professeurs de droit, Lord Neuberger propose une image tirée d'un poème d'Henry Wadsworth Longfellow pour illustrer la relation entre le monde académique et le monde judiciaire²¹⁸². Faisant de ces deux sphères de discours des « bateaux traversant la nuit ; des bateaux qui occasionnellement échangent l'un avec l'autre, d'une voix distante avant de retourner au silence »²¹⁸³, Lord Neuberger n'envisage les espaces de coopération entre ces deux catégories d'acteurs qu'au travers de l'évocation par le juge des travaux de la doctrine universitaire. S'il est acquis que la doctrine influe par d'autres moyens que l'intermédiation de ces écrits auprès des juges, le recours même aux écrits académiques par les juges de la Cour suprême britannique n'a pas toujours été vu comme allant de soi et a supposé la reconnaissance par le juge de la valeur du discours de la doctrine académique.

819. En effet, et bien avant l'affirmation bienveillante de Lord Goff sur la place de la doctrine universitaire dans le travail des juges britanniques, la relation entre le monde académique du droit britannique et le monde judiciaire s'est caractérisé par une absence d'intérêt et de reconnaissance de la part du juge pour le travail effectué par la doctrine académique. Ces derniers étaient supposés vivre « dans deux mondes juridiques distincts et être engagés dans des entreprises différentes »²¹⁸⁴. Leurs univers discursifs par conséquent étaient plus ou moins étanches, ou du moins il l'était pour le juge, la doctrine académique étant réputée « passer la plupart de [son] temps à étudier et écrire à propos des jugements rendus par les hautes

²¹⁸² Lord Neuberger, « Judges and Professors – Ships passing in the night? », *Max Plank Insitute*, Hambourg, 9 juillet 2012, pour la citation du poème *The Theologian's Tale: Elizabeth* de H. W. Longfellow, voir p. 1,

“‘Ships that pass in the night, and speak each other in passing,
Only a signal shown and a distant voice in the darkness;
So on the ocean of life we pass and speak one another,
Only a look and a voice, then darkness again and a silence.’”

²¹⁸³ *Ibid.*

²¹⁸⁴ N. Duxbury, *Jurists and Judges: An Essay on Influence*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 74

cours »²¹⁸⁵. Cet enfermement, plus ou moins strict, du juge face au travail académique de la doctrine universitaire trouvait à se concrétiser jusque dans une convention professionnelle selon laquelle « le travail des auteurs vivants ne pouvait pas être cité comme un argument d'autorité devant les cours »²¹⁸⁶.

820. Cette approche, décrite comme la « *'better read when dead' approach* »²¹⁸⁷ par le professeur Neil Duxbury, repose sur deux principes cumulatifs : classiquement les juges ne citent pas d'auteurs vivants et, pour que la citation soit jugée valable, il faut que l'ouvrage de l'auteur décédé soit reconnu comme ayant « atteint un haut degré de respectabilité »²¹⁸⁸. Apparue dans la première moitié du XIX^e siècle²¹⁸⁹, et fermement ancrée dans sa seconde moitié²¹⁹⁰, cette pratique ne laisse de place, dans le champ du droit public qu'aux citations d'auteurs comme Bacon ou Coke²¹⁹¹. La méfiance que traduit la convention adoptée par les juges repose en partie sur l'image alors donnée à l'étude académique du droit. Alors déconsidérée ; l'étude universitaire du droit britannique devra attendre la fin du XIX^e siècle, les réformes du système des anciennes universités, mais aussi l'émergence de figures académiques fortes, telles que celle d'A. V. Dicey, pour que s'ancre dans les représentations du monde juridique une image valorisée de la doctrine universitaire. Derrière eux, c'est la construction et l'adoption d'une épistémologie positiviste, largement dominées par les représentations de John Austin, qui, en dessinant la possibilité d'un discours « scientifique » sur le droit britannique, redessine la possibilité d'une valorisation du travail académique.

821. En effet, avec l'adoption d'un cadre méthodologique clairement établi et garanti par l'épistémologie positiviste, s'impose l'image d'un discours doctrinal universitaire qui viserait l'ordonnement, la structuration et la catégorisation des normes²¹⁹². Dans le sillage de cette transformation de l'identité des auteurs académiques s'esquisse la reconnaissance de ces derniers par le monde des praticiens du droit et en particulier les juges. La convention « *Better*

²¹⁸⁵ Lord Rodger of Earlsferry, « Judges and Academics in the United Kingdom », *University of Queensland Law Journal*, vol. 29 (1), 2010, p. 29

²¹⁸⁶ A. Braun, « Buying the Living? The citation of legal Writings in English Courts », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, n°1, 2010, pp. 27-52, p. 28.

²¹⁸⁷ N. Duxbury, *op. cit.*, p. 78.

²¹⁸⁸ Lord Neuberger, *op. cit.*, p. 3.

²¹⁸⁹ Taylor v. Curtis [1816] 6 Taunt 608, cite par A. Braun, « Burying the Living? The Citation of legal writings in English Courts », *op. cit.*, p. 30.

²¹⁹⁰ Lord Neuberger, *op. cit.*, p 4, « By the mid-19th century the convention was well-established ».

²¹⁹¹ *Idem.*, p.6.

²¹⁹² W. Twining, « Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists? », *op.cit.*, p. 456, « *As with theology, the law itself is closed in terms not just of rules at any one time but also of its structure, concepts, and basic categories and it is only the ability to interpret and reinterpret this closed system (the 'chess pieces' and theories about their movement possibilities) that remains open to doctrinal law scholars* ».

read when dead » s'affaiblit peu à peu. Elle est d'abord contournée à mesure que les citations d'auteurs académiques sont intégrées dans les opinions des juges, non pas comme des éléments normatifs, mais comme des éléments permettant la contextualisation de certains principes juridiques²¹⁹³. Rappelée, dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*²¹⁹⁴ au début des années 30, la convention « *better read when dead* » tombe au milieu du siècle notamment grâce aux références faites, de son vivant, aux travaux de Sir Frederick Pollock en matière de *Tort law*.

822. Il n'y a alors rien d'étonnant à voir tomber cette convention dans le champ du discours académique sur le droit privé. En effet, l'émergence du contentieux administratif n'est alors qu'à ses premiers balbutiements tandis que le contentieux constitutionnel reste exceptionnel. C'est ainsi dans le cadre d'un dialogue entre le juge et la doctrine privatiste que va d'abord se construire la reconnaissance par le monde judiciaire du discours sur le droit construit par les universitaires. Comme le rappelle Lord Rodger en 2010 :

« Il y a à peu près une génération, la plupart des décisions de la Chambre des Lords auraient été nourries par des matières académiques classiques comme le droit des contrats, de la responsabilité civile et, plus rarement, le droit des biens (...) Aujourd'hui, par contraste, les décisions de la Supreme Court, ont plus de chances d'être pertinentes pour des scholars travaillant et enseignant le droit constitutionnel, administratif ou pénal »²¹⁹⁵.

823. C'est ainsi par le prisme de la doctrine privatiste que le lien entre les mondes universitaire et judiciaire du droit va se construire. Ce lien est perçu comme au cœur de la mission des facultés de droit comme le rappelle le professeur oxonien Peter Birks en soulignant que « ni l'enseignement [du droit] ni sa recherche ne peuvent être séparés de ce que font les cours. Pas plus qu'une part quelconque du travail des cours ne peut échapper à leur regard »²¹⁹⁶.

824. Si ces remarques, tirées d'un article datant de la fin des années 90 et d'une période où le professeur oxonien tente une réaffirmation de l'entreprise doctrinale privatiste et de son cadre méthodologique face au développement du droit public et surtout, dans le sillage du

²¹⁹³ *Henty v. Wrey* (1882) 21 ChD 332, « *There is only one other point to be considered – what do the text books say? It is always very important when you want to know whether a rule of law, however erroneous, has been established, to see whether it has been accepted by the profession, and although the text books do not make law they shew [sic] more or less whether a principle has been generally accepted* ».

²¹⁹⁴ [1932] UKHL 100.

²¹⁹⁵ Lord Rodger, « Judges and academics in the United Kingdom », *op. cit.*, p. 34.

²¹⁹⁶ P. Birks, « The academic and the practitioner », *Legal Studies*, Vol. 18, n°4, Décembre 1998, pp. 397-414, p. 406.

développement de la méthode de *jurisprudence*, tente de lutter contre le développement de nouvelles manières de dire et de penser le droit britannique, le rappel du lien consubstantiel entre la pratique du droit, son enseignement et sa recherche ne suffit pas à caractériser la reconnaissance du monde des juges à l'égard des juristes académiques. Peter Birks va plus loin en affirmant que « le siècle passé a vu une totale transformation de la bibliothèque juridique. Cette transformation reflète l'émergence d'une nouvelle branche de la profession juridique, les juristes universitaires. De manière égale, elle reflète la nécessité de partager entre le juge et le juriste la tâche du développement interprétatif du droit »²¹⁹⁷. Le « juriste » auquel il est fait ici référence n'est autre que le professeur de droit, le *lecturer*, le juriste académique que Lord Goff reconnaissait déjà comme le soutien au travail effectué par les juges au sein des cours de justice²¹⁹⁸. Ainsi, et s'il apparaît comme en France que la construction de l'identité doctrinale est dominée par la figure du professeur de droit²¹⁹⁹, cette dernière ne peut exercer son pouvoir discursif qu'en partage avec le juge.

825. Lors d'une conférence organisée par la *British Academy* le 5 mai 1983, le juge Lord Goff met en évidence le rôle central assumé par les juristes académiques au sein du système britannique. Affirmant que ces derniers, et contrairement à la fonction principale des juges qui est de trancher des cas particuliers, placent au cœur de leur activité la formulation des principes au cœur de la *common law*²²⁰⁰, Lord Goff souligne que « bien que différent entre le juge et le juriste, leur travail est complémentaire » allant jusqu'à déclarer : « aujourd'hui c'est la fusion de leur travail qui engendre le système solide et adaptable qui est appelé la *common law* »²²⁰¹. En effet, là où le travail du juge se caractérise par une approche casuistique et donc parcellaire, les juristes académiques offriront à ces derniers le secours d'une compréhension du droit comme un ensemble, centré non pas sur les décisions prises dans leur individualité, mais dans leur articulation et leur intégration à un système leur préexistant²²⁰². C'est en ce que les juges vont s'appuyer sur ces constructions théoriques qui permettent d'articuler leurs décisions pour répondre à des litiges spécifiques que les juristes académiques participeraient à l'écriture de la *common law*²²⁰³. Offrant la sécurité d'un système à la manière d'une

²¹⁹⁷ Ibid., p. 413

²¹⁹⁸ Lord Goff, « The search for Principle », *The British Academy, Maccabaeian Lecture in Jurisprudence*, 5 mai 1983

²¹⁹⁹ En ce sens, voir P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 157 et suiv. et p. 193 et suiv.

²²⁰⁰ Lord Goff, « The search for Principle », *op. cit.*, p. 170.

²²⁰¹ Ibid., p. 171

²²⁰² Ibid., p. 186, « *The jurists assess the quality of each piece so produced; they consider its place in the whole, and its likely effect in stimulating the production of new pieces, and the readjustment of others* ».

²²⁰³ Ibid.

codification tout en garantissant une plasticité convenant davantage à la *common law*²²⁰⁴, les travaux doctrinaux permettraient alors la mise en place d'un processus dialogique entre juges et académiques permettant l'écriture des principes du droit non écrit au Royaume-Uni. Ainsi, si « les rôles du juge et du juriste [académique], bien que distinct, sont complémentaires : ils doivent être coopératifs et non compétitifs. La recherche de principe est une tâche que le juge et le juriste ont en partage (...) »²²⁰⁵. Les années 90 sont alors marquées par un recours renforcé des juges aux citations de travaux académiques. En ce sens, le juge Longmore, membre de la *Court of Appeal*, relève en 2004 que « de nos jours les juges lisent des articles académiques comme une part de leur activité judiciaire journalière »²²⁰⁶.

826. Dans le champ du droit public, la reconnaissance par les juges de la *UKSC* de la doctrine académique, au-delà des références ou citations directes des travaux d'A. V. Dicey²²⁰⁷ peut être illustrée par la citation des travaux du professeur Paul Craig dans les arrêts *Black, R (on the application of) v Secretary of State for Justice*²²⁰⁸, *Pham v Secretary of State for the Home Department, Privacy International*²²⁰⁹, *R (on the application of) v Investigatory Powers Tribunal & Ors*²²¹⁰ ou encore *Assange v The Swedish Prosecution Authority (Rev 1)*²²¹¹. Si dans la première décision de cette série, l'opinion majoritaire rédigée par Lady Hale se contente de faire référence aux développements proposés par le professeur P. Craig sur l'articulation des pouvoirs du Parlement sur la Couronne dans son manuel de droit administratif²²¹², Lord Carnwath dans l'opinion majoritaire de l'affaire *Pham*, cite cette fois directement un extrait d'un article du professeur Paul Craig relatif au principe de *Reasonableness* en droit administratif britannique. Cette citation faite au point 60 de l'opinion place sur un même plan un extrait de l'opinion de Lord Mance dans l'affaire *Kennedy v Charity Commission*²²¹³ et les réflexions du professeur oxonien. De même, la citation du manuel de droit administratif du professeur Paul Craig dans l'affaire *R v Investigatory Powers Tribunal & Ors*, vient servir différents usages dans la rédaction de l'opinion majoritaire rédigée par Lord Carnwath. En effet, le manuel de droit administratif du professeur Craig sert tour à tour au point 38 à contextualiser la notion d'« erreur de droit » en droit administratif,

²²⁰⁴ *Ibid.*

²²⁰⁵ *Ibid.*, p. 187

²²⁰⁶ ReOT [2004] EWCA Civ 653, pt. 43

²²⁰⁷ Pour une illustration récente, voir Miller [2017] UKSC 5, pt. 40 et pt. 43

²²⁰⁸ [2017] UKSC 81

²²⁰⁹ [2015] UKSC 19

²²¹⁰ [2019] UKSC 22

²²¹¹ [2012] UKSC 22

²²¹² *Black*, pt. 33

²²¹³ [2014] UKSC 20

aux points 81 et 83 à soutenir la description d'une certaine représentation du *judicial review* fondée sur le pouvoir normatif du juge au sein de la *common law*.

827. De ces quelques exemples, et si de même pourraient être exposés les différents usages faits des travaux du professeur Jason Varuhas en matière de *Convention rights*²²¹⁴, se dessine déjà un constat faisant écho aux observations dressées par Lord Rodger dans son analyse des différents usages de la citation des travaux universitaires par la *UKSC*. Face à la diversité des pratiques prétorienne, ce dernier met en garde et appelle à ne pas surévaluer l'importance des citations des auteurs académiques, car toutes ne se valent pas²²¹⁵. Ainsi, et si prenant un exemple extrême, Lord Rodger souligne qu'il arrive parfois que la décision du juge soit déjà prise et le brouillon de l'opinion rédigée avant que ne soit ajouté a posteriori des références académiques sans que ces dernières n'aient eu un effet réel sur le raisonnement du juge²²¹⁶, la pratique et l'utilisation de la doctrine académique varie grandement selon les juges²²¹⁷. Certains l'utilisent comme outil de définition²²¹⁸ ou pour confirmer une idée formulée en amont par le juge lui-même²²¹⁹. De même parfois le juge ne citera pas directement un auteur académique bien qu'il ait été influencé de manière générale par son travail²²²⁰. Néanmoins, Lord Rodger souligne deux limites à l'utilisation de la doctrine académique par les juges. Tout d'abord, et parce que conscient de l'impact de leurs décisions, les juges manipulent avec précautions les théories académiques, ne se référant à elles que de manière partielle afin de ne pas lier les autres juges à des théories constitutionnelles en cours de construction²²²¹. Enfin, Lord Rodger souligne un infléchissement dans l'intensité et le rythme des citations des auteurs académiques par les juges de la *UKSC*²²²². Ce dernier assimile ce mouvement aux effets du « tournant théorique » dans l'étude du droit britannique et observe que les nouveaux standards de scientificité pour les travaux de la doctrine académique ont eu tendance à éloigner cette dernière du champ d'activité des juges. Ainsi, si dialogue soutenu il y a eu entre universitaire

²²¹⁴ *Lee-Hirons v. Secretary of State for Justice* [2017] AC 52, *Alseran v. Ministry of Defence* [2018] 3 WLR 95

²²¹⁵ Lord Rodger, « Judges and Academics in the United Kingdom », *op. cit.*, p. 31

²²¹⁶ *Idem.*

²²¹⁷ *Ibid.*, p. 30

²²¹⁸ *Ibid.*, p. 31 « (...) *Lady Hale clearly found his analysis of the terminology of possession useful in expounding her thinking about how the law of ejectment might develop. In such case academic work is not critical to the judge's decision, but it has probably helped to confirm the view which the judge would have preferred anyway* ».

²²¹⁹ *Idem.*

²²²⁰ *Idem.*

²²²¹ *Ibid.*, p. 32.

²²²² *Ibid.*, p. 35.

et juge dans les années 90 et 2000, pèserait maintenant le risque de silences au cœur de ces échanges²²²³.

828. Les autres espaces de coopération entre doctrine organique et doctrine académique. Si la citation de la doctrine universitaire par le juge représente l'espace le plus tangible pour évaluer les réseaux d'influence entre ces deux acteurs du discours sur le droit, elle n'en est néanmoins pas le mécanisme exclusif. Ainsi, et comme relevé par Madame Marthe Fatin-Rouge Stefanini, la coopération entre ces deux formes de discours juridique s'effectue aussi par l'influence directe ou indirecte entre ses acteurs²²²⁴. Tout d'abord, des auteurs de la doctrine universitaire peuvent prendre part de manière directe à la vie de la cour et à la formation de sa doctrine en étant nommés comme juge de la *UKSC*. En droit français, si « le mode de nomination des juges de la juridiction constitutionnelle n'inclut pas du tout une participation de la doctrine »²²²⁵, la place des professeurs de droit au Conseil Constitutionnel a cependant pu être analysée et a fait l'objet de recherches visant notamment à mettre à jour l'influence directe de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

829. En l'absence de critères de sélection fondée sur le parcours académique, la présence d'ancien professeur de droit au sein du Conseil Constitutionnel a pu être envisagée comme un facteur renforçant la qualité des décisions. Ainsi :

« Le caractère essentiellement juridique du débat met en valeur les interventions des membres du Conseil, professeur de droit, notamment François Luchaire et Georges Vedel [...]. Si le rôle des professeurs est éminent, il doit cependant être relativisé [...]. Ainsi Georges Vedel est assez souvent mis en minorité, même si ses qualités de juriste et de pédagogue renforcent incontestablement la rigueur du raisonnement juridique »²²²⁶.

830. D'un point de vue quantitatif et depuis la création du Conseil Constitutionnel, onze professeurs de droit ont ainsi été nommés aux fonctions de sage. Par comparaison et depuis sa création, la *UKSC* a connu parmi ses membres sept professeurs ou *fellows* en droit ayant

²²²³ Ibid., p. 36

²²²⁴ M. Fantin-Rouge Stefanini, « Juges constitutionnels et doctrine (rapport français) », *op. cit.*, pp. 17-19.

²²²⁵ Ibid., p. 17.

²²²⁶ B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, Dalloz, 2e éd., 2014, pp. 133-136.

enseigné ou fait de la recherche avant de rejoindre la fonction juridictionnelle : Lady Hale²²²⁷, Lady Black²²²⁸, Lord Burrows²²²⁹, Lord Collins²²³⁰, Lord Leggatt²²³¹, Lord Rodger²²³² et Lord Lloyd-Jones²²³³. Si ce chiffre peut sembler peu élevé, il convient de le réévaluer en élargissant les critères de sélection à une formation universitaire avancée dans le domaine juridique. Ainsi, et parmi les actuels douze *Justices* qui composent la *UKSC*, d'autres membres témoignent de liens poussés avec le monde académique. Lord Reed²²³⁴ a, par exemple, obtenu un doctorat en droit au sein de l'Université d'Oxford. Déployant une autre dimension des liens de coopération se tissant entre doctrine organique et doctrine universitaire, il convient de souligner que Lord Kitchin, Lord Brown et Lord Saville se sont vu tous trois reconnaître des *fellowships* honoraires respectivement attribués par le *Fitzwilliam college* de l'Université de Cambridge, le *Worcester College* de l'Université d'Oxford et le *Brasenose College* de l'Université d'Oxford.

831. Dans un système juridique où la nomination à la Cour suprême repose sur un principe d'excellence professionnelle et appelle à avoir en amont exercé des fonctions de juge, l'importance des nominations académiques peut être soulignée. Certes, et contrairement aux nominations des professeurs de droit français au Conseil Constitutionnel, la nomination de professeurs de droit à la *UKSC* ne peut être motivée par la seule reconnaissance de leur production scientifique, elle traduit cependant une reconnaissance progressive de la doctrine académique. De même, et à l'inverse, l'attribution de *fellowships* ou de doctorat à des juges n'ayant pas suivi une formation académique en droit témoigne de la reconnaissance, par le monde académique de l'apport de certains juges au savoir sur le droit.

832. Cependant et une fois ces données empiriques exposées, qu'en conclure quant à la coopération directe de la doctrine académique une fois intégrée à la doctrine organique ? A la

²²²⁷ Lady Hale a enseigné à l'Université de Manchester de 1966 à 1984. Supreme Court, « Biographies of the Justices », disponible à : <https://www.supremecourt.uk/about/biographies-of-the-justices.html> .

²²²⁸ Lady Black a enseigné le droit à Leeds Polytechnic. Supreme Court, « Biographies of the Justices », *op. cit.*

²²²⁹ Lord Burrows a été professeur à l'Université d'Oxford et membre au *All Souls College*, Supreme Court, « Biographies of the Justices », *op. cit.*

²²³⁰ Supreme Court, « Biographies of the Justices », *op. cit.*, « In 1994 he was awarded the degree of Doctor of Laws by Cambridge University, and in the same year he was elected a Fellow of the British Academy. Since 1989 he has been an elected member of the Institut de droit international. He is an honorary fellow of Downing College, Cambridge».

²²³¹ Ibid., « Lord Leggatt, read Philosophy at King's College, Cambridge, studied at Harvard University as a Harkness Fellow, was a Bigelow Teaching Fellow at the University of Chicago Law School».

²²³² Ibid., « then did a D.Phil at Oxford. He was a junior research fellow of Balliol and then a fellow of New College (1970-1972)».

²²³³ Ibid., « He was a Fellow of Downing College from 1975 to 1991».

²²³⁴ Ibid., « He studied law at Edinburgh University and undertook doctoral research in law at the University of Oxford».

suite de Lord Rodger, il peut tout d'abord être souligné que les membres de la *UKSC* issus du monde académique semblent plus enclins à pratiquer les citations de la doctrine universitaire et donc servent plus facilement d'interface entre la doctrine universitaire et la doctrine première de la *UKSC*²²³⁵. De manière relativement similaire, il peut être souligné que les Justices les plus actifs pour la production d'une doctrine seconde centrée sur le droit constitutionnel sont des juges issus du milieu académique à l'instar de Lady Hale, de Lord Sumption²²³⁶ ou encore Lord Reed. Ces derniers, certainement plus à l'aise avec le style de raisonnement et d'écriture de la doctrine seconde, car ressemblant à celle de la doctrine académique participent de nouveau de la construction d'espace d'échange et d'un dialogue possible entre les deux types de doctrines.

833. Enfin et si le premier espace de coopération envisagé ici était un espace de coopération directe consistant en la *UKSC* elle-même, un second espace de coopération, cette fois-ci officieux, ou du moins indirecte, permet aux deux doctrines de se rencontrer : il s'agit des nombreuses interventions des *Justices* lors d'évènements organisés au sein des facultés de droit britannique. Ces espaces de coopération indirecte ne se limitent d'ailleurs pas à la seule doctrine nationale, et un certain nombre d'interventions auprès d'universités étrangères témoignent de la construction de lien en dehors de la seule communauté doctrinale nationale²²³⁷.

B. Les effets du dialogue entre la doctrine universitaire et la doctrine organique de la *UKSC* sur la discipline droit public au Royaume-Uni

834. D'une doctrine unique à une polyphonie doctrinale, vers une évolution de la structure disciplinaire du droit public au Royaume-Uni sous le développement de la doctrine organique de la *UKSC*. À rebours de la discipline française du droit administratif, dont l'émergence est présentée comme l'œuvre du juge, la doctrine universitaire ayant été décrite par J. Rivero comme « née sur les genoux de la jurisprudence »²²³⁸, la discipline britannique du droit public britannique a été modelée et conditionnée par le discours doctrinal universitaire. A. V. Dicey, en faisant de la constitution britannique un objet juridique, n'a pas seulement construit l'univers discursif de la discipline « droit public » et de la doctrine

²²³⁵ Lord Rodger, « Judges and academics in the United Kingdom », *op. cit.*, pp. 30-31.

²²³⁶ Formation universitaire en Histoire et non en droit

²²³⁷ Voir , *infra*, par. 949 et suiv.

²²³⁸ J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 34, cité par M. Deguergue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », *op. cit.*, p. 42

publiciste, il a aussi donné au juge un vocabulaire et une grammaire pour dire et sanctionner les atteintes à la constitution britannique. Cette origine doctrinale et universitaire, alliée à la frilosité du juge à pleinement se saisir du contentieux constitutionnel ou administratif, ou plutôt, à pleinement identifier son activité comme comportant des procédures relevant du contentieux public, a longtemps fait de la discipline « droit public » l'œuvre d'un auteur unique. Mais, au monologue de la doctrine universitaire, la lente saisie par le juge de la matière constitutionnelle a fait succéder l'émergence d'un dialogue entre les doctrines universitaire et organique.

835. Ce dialogue entre juges et académiques trouve des illustrations particulières dans le cadre de la redéfinition du principe de souveraineté du Parlement. Ainsi, et à titre d'exemple, si l'arrêt *Jakson* rendu par la Chambre des Lords est venu poser la possibilité pour un Parlement de lier les Parlements futurs au Royaume-Uni, cette évolution est le résultat à la fois d'un dialogue entre les cours du *Commonwealth* autour de la doctrine *Manner and Form*²²³⁹, mais aussi avec des écrits académiques structurants et intégrant cette évolution dans le cadre du *Commonwealth*, mais proposant aussi un modèle prescriptif pour le Parlement de *Westminster*. La forme même des décisions de justice britanniques favorise en réalité ce type de dialogue et ce y compris dans la prospection visant à la construction de nouveaux principes. Le dialogue instauré entre les opinions rédigées par le juge JL Laws²²⁴⁰, ses écrits non-juridictionnels²²⁴¹ ainsi que ceux de Sir Stephen Sedley²²⁴² et les travaux du professeur Alison L. Young²²⁴³ autour de la notion de « *bi-polar sovereignty* » constitue un exemple. Cette conception de la souveraineté juridique comme mise en partage entre le Parlement et le Juge est censée offrir un meilleur modèle explicatif pour décrire les rapports normatifs entre les deux institutions et la réalité constitutionnelle, bien que ne s'étant pas substitué au principe de souveraineté du Parlement, elle met en lumière la possibilité d'un dialogue entre juges et auteurs académiques pour la construction de nouveaux principes au cœur du droit public.

²²³⁹ Voir, *supra*, par. 232.

²²⁴⁰ *International Transport Roth GmbH v. Home Secretary* [2003] Q.B. 728, pt. 71, Sir J. Laws, « *the British system may be said to stand at an intermediate stage between parliamentary supremacy and constitutional supremacy* ».

²²⁴¹ Sir J. Laws, « Law and Democracy », *Public Law*, 1995, pp. 72-93

²²⁴² Sir S. Sedley, « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *Public Law*, 1995, pp. 386-400, p. 389, « *no longer of Dicey's supreme parliament to whose will the rule of law must finally bend, but of a bi-polar sovereignty of the Crown in Parliament and the Crown in its courts, to each of which the Crown's ministers are answerable – politically to Parliament, legally to the courts.* » ; Sir S. Sedley, « The Common Law and the Constitution », *In. Lod Nolan and Sir S. Sedley, The Making and Remaking of the British Constitution*, Londres, Sweet and Maxwell, 1997, p. 26, « *in Parliament and the courts, each exercising a discrete though interdependent function of the state, the legislative and the judicial, that the sovereignties of the state reside* ».

²²⁴³ A. L. Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, *op. cit.*

836. Ainsi, le dialogue entre doctrine universitaire et doctrine organique semble devoir prendre deux formes principales : d'une part les théories doctrinales permettraient d'alimenter, comme dans le cas de la doctrine *Manner and Form*, la jurisprudence et les représentations du juge construites dans la doctrine première ; d'autre part il permettrait la co-construction de nouvelle théorie et de nouvelles représentations du droit public britannique. Ce type précis de co-construction se matérialise certes par des références successives ou croisées entre auteurs de la doctrine universitaire et auteurs de la doctrine organique. Il peut cependant aussi se matérialiser de manière plus concrète ou du moins plus tangible à travers la participation d'auteurs de la doctrine organique à la construction d'ouvrages produits par la doctrine universitaire. Deux exemples peuvent illustrer cette matérialisation très précise du dialogue entre les deux doctrines du discours sur le droit public britannique.

837. Le premier, l'ouvrage *Lord Sumption and the Limits of the Law* édité par les professeurs N. W. Barber, R. Ekins et P. Yowell²²⁴⁴, dans une forme qui ferait penser à un observateur français celle des mélanges réservés dans la doctrine française aux auteurs de doctrine ayant marqué par la qualité de leur production doctrinale l'évolution de leur discipline, se propose de faire très directement dialoguer les conférences de Lords Sumption sur les limites du pouvoir juridictionnel et des *scholars* reconnus comme Paul Craig²²⁴⁵, Carol Harlow²²⁴⁶, Martin Loughlin²²⁴⁷, ou encore Aileen Kavanagh²²⁴⁸. La structure de l'ouvrage s'ouvre sur le texte des conférences de Lord Sumption avant de laisser chaque contributeur construire sa réponse aux questions soulevées par la représentation proposée par Lord Sumption pour le droit public britannique. Il se clôture sur un droit de réponse que Lord Sumption utilise face à chaque contribution²²⁴⁹, matérialise ce dialogue entre doctrine universitaire et doctrine organique.

²²⁴⁴ N. W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, *op. cit.*

²²⁴⁵ P. Craig, « Limits of the Law: Reflections from Private and Public Law », In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, *op. cit.*, emplacement 5072-5575.

²²⁴⁶ C. Harlow, « The Human Rights Act and 'Coordinate construction': Toward a 'Parliament Square' Axis for Human Rights? », In. In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, *op. cit.*, emplacement 4418-5056.

²²⁴⁷ M. Loughlin, « Sumption's Assumptions », In. In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, *op. cit.*, emplacement 717 à 1194.

²²⁴⁸ A. Kavanagh, « The Role of Courts in the Joint Enterprise of Governing », In. In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, *op. cit.*, emplacement 3513-4069.

²²⁴⁹ Pourra ainsi être noté que Lord Sumption récusé la lecture de M. Loughlin sur les théories originalistes de Robert Bork et du juge Scalia, mais reconnaît la valeur des observations formulées par P. Craig sur l'impact de ses représentations sur le droit public et le droit privé, voir en ce sens, Lord Sumption, « A response », In. In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, *op. cit.*

838. De même, et de manière peut-être moins poussée, l'ouvrage édité par le professeur Mark Elliott et Kirsty Hughes et dédié à l'étude de la notion de *Common Law Constitutional Rights*²²⁵⁰, s'ouvre sur une préface de Lord Reed plaçant symboliquement la construction académique de la notion sous le patronage du juge de la *UKSC*²²⁵¹. Mais, ce dernier bien qu'à l'origine de la notion prétorienne, acte le dialogue entre les doctrines du droit public en affirmant :

« J'ai utilisé le manuscrit de ce livre alors que j'écrivais certains jugements récents, et peux témoigner de la qualité des analyses qu'il contient. Il sera une aide pour les juges qui sont parfois trop occupés par l'affaire qu'ils doivent trancher pour avoir le temps de prendre du recul et réfléchir de manière plus abstraite (...) Surtout, il s'agit d'une analyse riche et minutieuse de développements récents et importants du droit qui méritent et reçoivent une étude académique brillante »²²⁵².

839. À la lumière de ces deux exemples, il apparaît clairement que la doctrine universitaire, tout comme la doctrine organique, reconnaît l'autre pan de la doctrine publiciste britannique. En intégrant certains juges qu'elle choisit, faisant dès lors exercice d'un pouvoir de sélection sur les personnes pouvant entrer ou non dans le champ du discours scientifique et disciplinaire, la doctrine universitaire fait évoluer la nature de du discours doctrinal. Elle participe ainsi à la construction et à l'émergence de la figure des « juges-académiques ». En effet tant Lord Sumption que Lord Reed, au moment de la publication de ces ouvrages étaient encore en fonction au sein de la *UKSC*, étant dès lors reconnu pour leur apport scientifique par la doctrine universitaire tout en poursuivant leur œuvre au sein de la doctrine organique. Par cette intégration, la doctrine universitaire reconnaît ainsi le passage d'un monologue doctrinal à celui, non seulement d'un dialogue doctrinal, mais, aussi, et au vu du pluralisme nouveau au cœur de la doctrine académique et du pluralisme classique de la doctrine organique, vers une polyphonie doctrinale qui multiplie les croisements de regards et les représentations du droit public britannique. Ainsi, et au-delà de l'impact de ce dialogue sur la nature et la structure du droit public dans le champ du droit positif, la construction de cette polyphonie doctrinale conduit la doctrine universitaire britannique à accepter pour la discipline qu'elle a construite pour le droit public, un partage et une coopération autour du pouvoir discursif

²²⁵⁰ M. Elliott, K. Hughes (eds.), *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020

²²⁵¹ Lord Reed, « Forewords », In. M. Elliot, K. Hughes (eds.), *Common Law Constitutional Rights*, op. cit., emplacement 14-82.

²²⁵² *Ibid.*, emplacement 62.

qu'elle avait longtemps exercé seule. Le processus de détermination de l'identité et la narration de la discipline « droit public » au Royaume-Uni ont ainsi changé de nature.

840. La doctrine organique comme facteur d'organisation et de stabilisation de la discipline droit public au Royaume-Uni. Pour autant, limiter l'impact de cette nouvelle polyphonie doctrinale à l'intégration d'un nouvel auteur au sein du discours doctrinal est largement insuffisant au regard des dynamiques réelles qui se jouent entre la doctrine universitaire et la doctrine organique. En choisissant librement les travaux doctrinaux qu'il souhaite intégrer dans la motivation de ses décisions, le juge exerce un pouvoir sur la doctrine universitaire et sur sa structure. L'autorité normative de la doctrine première de la *UKSC* amène tout auteur de doctrine universitaire qui s'y verrait cité, et ce notamment comme argument d'autorité, à connaître une légitimité que les autres auteurs de la doctrine universitaire ne peuvent construire par eux-mêmes. Appliquant un véritable principe d'élection parmi les auteurs de la doctrine académique, les juges construisent par leur citation une autorité nouvelle et renforcée au sein du champ doctrinal universitaire pour les auteurs qu'ils ont choisi.

841. Cette légitimité externe à la doctrine universitaire vient fonder pour l'auteur cité une autorité doctrinale incontestable et participe en cela de la restructuration de l'identité de la discipline droit public. En effet, l'autorité du modèle orthodoxe s'est construite par le développement d'une épistémologie positiviste qui lui permettait à la fois de répondre à une certaine conception de la scientificité à même de fonder sa légitimité scientifique mais aussi d'obtenir la validation d'une idéologie libérale et conservatrice alors largement dominante. La déconstruction à la fois de la fonction scientifique du modèle, mais aussi de l'idéologie le soutenant a peu à peu vidé le modèle orthodoxe, à la fois garant de l'identité disciplinaire et de l'ordre doctrinal, de toute autorité. En ce sens, le « tournant théorique », parce qu'il conduit au rejet d'une manière unique et dogmatique de penser et représenter le droit public, constitue à la fois un facteur d'égalité entre les programmes doctrinaux dans une démultiplication des potentialités de représenter et comprendre le droit public, mais aussi, et peut-être avant tout, un facteur de dérégulation de la discipline droit public qui ne peut plus fonder ses structures identitaires sur l'autorité d'un programme doctrinal clairement identifié et faisant consensus.

842. Ainsi, si le modèle diceyen puis orthodoxe avait su construire une légitimité interne au champ doctrinal universitaire suffisant pour faire autorité et stabiliser la discipline droit

public, la dérégulation produite par le « *tournant théorique* » et l'incapacité d'un programme doctrinal contemporain à agréger un consensus suffisant pour le voir refonder l'identité de la discipline « droit public », conduit la doctrine organique à jouer un rôle structurant pour la discipline universitaire.

843. Le juge apparaît ainsi comme le facteur d'un pluralisme ordonné au sein de la doctrine universitaire. Sans jamais remettre en cause la validité scientifique de productions doctrinales qui ne sont pourtant pas utiles à son travail juridictionnel²²⁵³, le juge de la *UKSC* endosse un rôle d'arbitre. Par la citation de certains auteurs et de leurs représentations du droit public, mais aussi par l'évolution et la réécriture prétorienne du droit positif, il va venir, et de manière incidente, valider ou invalider certaine construction doctrinale. Dès lors le juge de la *UKSC* représente une autorité externe qui organise la discipline « droit public » entre un noyau identitaire formé par l'ensemble des représentations du droit public reconnues, utilisées, citées, co-écrites par la doctrine organique et la doctrine universitaire dans un dialogue réel, et les périphéries de la discipline. Cet espace est composé de programmes et de discours doctrinaux qui, si traitant d'un objet « droit public britannique », ne se voient pas intégrés dans le dialogue avec la doctrine organique, ou du moins dans un dialogue soutenu et ne permet pas à ces derniers de bénéficier d'une légitimité renforcée, à même de fonder une autorité au cœur de la discipline.

844. En ce sens et après avoir envisagé les modalités et les effets de ce dialogue entre doctrines sur le droit public britannique, il convient d'envisager en quoi l'apport de la doctrine organique de la *UKSC* à l'étude du droit public britannique participe de la réorientation et de la construction d'une nouvelle structure pour la discipline « droit public » au Royaume-Uni.

Section 2. Les apports de la doctrine organique de la *UKSC* à l'étude du droit public britannique

845. Doctrine complexe et plurielle, à l'image de la doctrine universitaire britannique, la doctrine organique de la *UKSC*, en se saisissant pleinement de la matière constitutionnelle, fait de la *UKSC* plus qu'un juge de la conventionnalité des lois et du respect du *HRA*. La construction par cette dernière de la notion de *common law constitutional rights* (§1.) et le

²²⁵³ Lord Rodger, « Judges and academics in the United Kingdom », *op. cit.*, p. 35

développement d'un discours constitutionnaliste par et pour les *justices* (§2.) participe d'une orientation constitutionnelle de l'action de la Cour qui ancre peu à peu cette dernière comme un des acteurs majeurs de la constitution britannique²²⁵⁴ dans une période où le rôle du Parlement semble de plus en plus contraint par l'action de l'Exécutif²²⁵⁵. Ce faisant, la cour construit un discours ordonné et systématisé autour de notions que la doctrine universitaire vient en retour prendre comme objet de son propre discours sur le droit, mais qui participe aussi, et ce faisant, de la validation et l'invalidation de certaines représentations doctrinales proposées par les juristes universitaires pour le droit public britannique. En redéfinissant de manière active les contours et structures du droit public britannique, les juges de la *UKSC* inversent un rapport entre doctrine universitaire et jurisprudence qui, pendant très longtemps et à la suite des travaux d'A. V. Dicey, avaient fait de la construction des représentations du droit public un chant à une seule voix pour entrer pleinement dans une polyphonie doctrinale.

§1. La construction d'une doctrine des common law constitutional rights par les juges de la UKSC

846. En matière de droits et libertés, l'adoption du *Human Rights Act* a, dans un premier temps, semblé devoir invisibiliser les garanties issues de la *common law*²²⁵⁶. Appuyé par la rhétorique d'une juxtaposition parfaite entre le système de protection issu de la Convention *EDH* et celui issu de la *common law* britannique²²⁵⁷, les *common law rights* ne paraissaient pas avoir d'autre destin que celui de s'effacer derrière les *convention rights* dont ils avaient pu être perçus, dans l'attente d'une intégration de la convention, comme la simple réplique dans le droit national²²⁵⁸. Donnant corps à cette approche, Lord Donaldson, relève en 2006, dans l'arrêt *Watkins v. Secretary of State for the Home Department*, que : « la plupart des références aux '*constitutional rights*' se trouvent dans des affaires précédant l'intégration des *convention rights* dans notre droit par le *Human Rights Act*. En utilisant le langage des

²²⁵⁴ A. L. Young, « Public law cases and the Common Law – A unique relationship ? », *op. cit.*

²²⁵⁵ P. Cane, « Executive Primacy, Populism and Public Law », *Washington International Law Journal Association*, vol. 28, 2019, pp. 527-580.

²²⁵⁶ M. Elliott, « Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law », *Legal Studies Research Paper Series*, Cambridge University, n°19/2015, avril 2015, p. 5, « *Once the HRA entered onto the scene, common-law rights quickly found themselves in its shadow* ».

²²⁵⁷ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696, 717, Lord Donaldson, « *you have to look long and hard before you can detect any difference between the English common law and the principles set out in the Convention* ».

²²⁵⁸ *Watkins v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 17, [2006] 2 AC 395,

'constitutional rights', les juges étaient, plus ou moins explicitement, à la recherche d'un moyen pour incorporer avant la lettre, d'utiliser la *common law* pour obtenir les avantages d'une incorporation sans incorporation »²²⁵⁹. Cette dernière réalisée, le constat est sans appel : « maintenant que le *Human Rights Act* est en place, de tels efforts héroïques sont inutiles : les *convention rights* font partie de notre droit et fournissent l'équivalent d'une déclaration de droit, bien que cette dernière n'ait pas été faite sur mesure pour ce pays »²²⁶⁰.

847. Pourtant, et bien malgré cet effacement annoncé, les *common law rights* ont fait depuis le début des années 2010 la démonstration de leur résilience. Remis en lumière par une série de *case laws* qui ont réaffirmé l'existence d'une protection des droits et libertés dans la *common law* britannique (A.) et développé un système de protection distinct de celui offert par le *HRA*, la notion de *common law constitutional rights* apparaît aujourd'hui comme une doctrine propre à la *UKSC* (B.) dont l'impact sur la structure constitutionnelle britannique interroge quant à l'existence d'un « moment *Marbury v. Madison* »²²⁶¹ pour les juges de la Cour suprême du Royaume-Uni.

A. La réaffirmation d'une protection des droits et libertés par la *common law*

848. La redécouverte d'une protection des droits et libertés par la *common law* britannique. L'adoption du *HRA* et les promesses offertes par ce dernier en faveur d'une protection des droits et libertés qui s'était trop souvent montrées insuffisantes et parcellaires lorsque seulement assurée par la *common law*²²⁶², a un temps éclipsé la possibilité même d'une protection des droits fondamentaux par la *common law*²²⁶³. Face à cet outil imparfait, « l'attitude de beaucoup de juristes et de juges au Royaume-Uni (...) n'a pas été bien différente de celle d'un enfant face à un nouveau jouet. Alors qu'[ils] se fasciaient pour le nouveau jouet, l'ancien, la *common law*, était laissé au placard »²²⁶⁴. La formule, proposée par

²²⁵⁹ *Ibid.*, p. 64.

²²⁶⁰ *Idem.*

²²⁶¹ K. Malleon, « The evolving role of the Supreme Court », *Public law*, Octobre 2011, pp. 754-772, p. 763 ; R. Masterman, « Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court », *Public Law*, Octobre 2013, pp. 800-820, pp. 810-812.

²²⁶² Voir, *supra*, par. 204 et suiv.

²²⁶³ R. Masterman, S. Wheatle, « A common law resurgence in rights protection? », *European Human Rights Law Review*, 2015, vol. 1, pp. 57-65, p. 57, « *Reliance on the HRA and, by extension, the ECHR became the norm for both judges and advocates alike, and the common law began to fade into the background* », voir aussi, M. Elliott, K. Hughes, « The Nature and role of the Common Law Constitutional Rights », In. M. Elliott, K. Hughes (eds.), *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020, emplacement 126-637; M. Elliott, « Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law », *op. cit.*

²²⁶⁴ Lord Neuberger, « The role of the judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », *Conférence tenue à la Cour Suprême de Melbourne*, 8 août 2014, disponible en ligne à :

Lord Neuberger en 2014, ne cherche pas à masquer la critique de l'inconstance des juristes britanniques face à l'attrait exercé sur eux par la nouveauté du *HRA*. Cet attrait, qui avait, semble-t-il, rendu les juges britanniques « myopes »²²⁶⁵ aux effets réels de la rencontre entre les deux systèmes de protections des droits et libertés, n'a cependant pas duré et le jouet plus ancien, mais aussi préféré par le juge britannique a-t-il rapidement su retrouver une place de choix auprès du nouveau venu.

849. En effet, à partir de 2013, l'adoption d'une série de trois *case laws*²²⁶⁶ où, pour la première fois, le rapport entretenu entre la protection conventionnelle des droits et libertés et la protection issue de la *common law* britannique a pu être précisé par les juges de la *UKSC*, est venue estomper l'attractivité exercée par les *convention rights* sur le système de protection des droits et libertés du système britannique. Le premier de ces arrêts, *Osborn v The Parole Board*²²⁶⁷, consacre spécifiquement ses points 54 à 64 à la question de l'articulation entre droit interne et *convention rights*. La décision, rendue par Lord Reed et soutenue par Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Kerr et Lord Clarke, résulte de la jonction de trois procédures de *judicial review* distinctes, intentées par des détenus à l'encontre du *Parole Board*. Cet organe, chargé d'évaluer et de statuer sur les libérations anticipées des prisonniers, se voit reprocher par les requérants l'absence d'auditions orales dans la procédure de décision ayant mené au rejet de leurs demandes. Fondée sur le *Human Rights Act* et plus particulièrement son article 5(4), l'argumentation des requérants, si elle fait appel à la notion de procès équitable, est cependant écartée par les juges au motif que ces derniers « ont prêté que peu d'attention au droit administratif », or, « cette approche ne reflète pas correctement la relation entre le droit interne (à l'exception du *Human Rights Act*) et les *Convention rights* »²²⁶⁸. Le temps de l'émerveillement face à cet objet exotique passé, les juges saisissent ici l'occasion de réaffirmer la centralité de la *common law* y compris dans la protection des droits et libertés.

850. Ainsi, et observant que la protection proposée par l'article 5(4) du *HRA* trouve un équivalent au sein de la *common law* britannique au travers du principe de *procedural fairness*, les juges de la *UKSC* rappellent que les droits et libertés garantis par la Convention EDH sont

<http://www.supremecourt.uk/docs/speech-140808.pdf>.

²²⁶⁵ R. Masterman, S. Wheatle, « A common law resurgence in rights protection? », *op. cit.*, p. 57, « *Recently however, members of the senior judiciary have lamented the myopia provoked by the 1998 Act: '[s]ince the passing of the Human Rights Act 1998, there has too often been a tendency to see the law in areas touched by the Convention solely in terms of Convention rights* ».

²²⁶⁶ *Osborn v. Parole Board* [2013] UKSC 61; *Kennedy v. Charity Commissioner* [2014] UKSC 20; *A v. BBC* [2014] UKSC 25.

²²⁶⁷ [2013] UKSC 61, parfois aussi désigné sous le nom *James Clyde Reilly for Judicial Review* [2013] UKSC 61.

²²⁶⁸ *Idem.*, Lord Reed, pt. 54.

« exprimés dans un très haut degré de généralité »²²⁶⁹ et que leur protection est « d’abord assuré par des règles et principes précis qui se trouvent dans les différentes branches du droit interne »²²⁷⁰. À ce titre, et après avoir souligné l’existence de protections au sein de la *common law* antérieures à l’adoption du *HRA* pour le droit à un procès équitable ou encore pour le respect de la vie privée²²⁷¹, les juges posent pour principe que « les valeurs défendues à la fois par la Convention et par notre constitution impliquent que les *convention rights* soient d’abord défendus par le droit national »²²⁷².

851. Le principe d’exclusivité dont avait pu bénéficier le *HRA* dans les années ayant suivi son adoption tombe ici. En matière de droits et libertés, il conviendra désormais de rechercher en premier lieu la protection offerte dans la *common law* avant de se tourner vers le *HRA*. Cette résurgence des *common law rights* amène à un renversement de la hiérarchie instaurée entre les sources, au cœur de la procédure de *judicial review*, des systèmes de protection des droits et libertés. Au regard de l’opinion majoritaire de l’arrêt *Osborn* et plus particulièrement des propos développés par Lord Reed aux points 56 à 58 de la décision, se dessine le rapport suivant : lorsque mis en concurrence avec des *common law constitutional rights*, les *convention rights* semblent ne devoir plus que jouer un rôle secondaire, celui d’un correctif venant pallier aux possibles insuffisances de la *common law* et des *statutes*²²⁷³. Cette position se voit confirmer par l’opinion majoritaire de l’arrêt *Kennedy v. The Charity Commission*²²⁷⁴, autre décision du triptyque affirmant le retour de la protection des droits et libertés assurée depuis la *common law* au sein du système britannique. Rédigé par Lord Mance un an après le rendu de la décision *Osborn*, l’opinion majoritaire soutenue par Lord Neuberger et Lord Clarke souligne que :

852. « Dans certains domaines, la *common law* peut aller plus loin que la Convention, et dans certains contextes elle pourra même être inspirée par les droits et la jurisprudence issus de la Convention (le droit au respect de la vie privée en étant un exemple notable). Au bout d’un certain temps, bien entendu, une synthèse pourra émerger. Mais le point de départ naturel de tout litige est le droit interne et n’est certainement pas de se concentrer exclusivement sur les *Convention Rights* sans sonder la scène plus vaste de la *common law* »²²⁷⁵.

²²⁶⁹ *Ibid.*

²²⁷⁰ *Ibid.*, pt. 55.

²²⁷¹ *Idem.*

²²⁷² *Ibid.*, pt. 56.

²²⁷³ *Ibid.*, pt. 57.

²²⁷⁴ *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20.

²²⁷⁵ *Ibid.*, pt. 46.

853. Les juges de la *UKSC* justifient ce renversement dans la hiérarchie entre les deux systèmes de protections des droits et libertés au travers de précédents ayant déjà pu affirmer l'importance de la *common law* dans la protection de droits et libertés spécifiques sans pour autant acter sa suprématie sur les *convention rights*²²⁷⁶. Ce faisant, ils replacent au cœur de leur propre analyse les droits et libertés reconnus par la *common law* et vont en l'espèce fonder leur raisonnement sur le principe de droit interne de *procedural fairness*²²⁷⁷ et non l'article 5(4) du *HRA*. Les décisions ultérieures, en confirmant ce renversement laissent émerger un second type d'argument en faveur d'une approche faisant primer la protection issue du droit interne sur celle prévue par le droit de la Convention *EDH* : l'argument historique. En effet, en rappelant que « les *Convention rights* représentent une protection plancher, et plus particulièrement considérant la contribution faite par les *common lawyers* pour la création de la Convention, il peut être attendu, au moins généralement si ce n'est toujours, que [les *conventions rights*] reflètent et trouvent leurs pareils dans la *common law* ou le droit écrit interne»²²⁷⁸, font de l'historicité et la préexistence de la *common law* sur les *convention rights* un argument en faveur de la primauté des *common law constitutional rights*.

854. En retenant cette approche, les juges de la *UKSC*, renouent avec une tradition des systèmes de *Common law* qu'avait un temps occulté l'omnipotence attribuée au *HRA*. Ils s'inscrivent à la suite de Lord Cooke of Thorndon dont les propos rédigés dans le cadre de l'arrêt *Daly*²²⁷⁹ rendu en 2001 se voient cités dans l'opinion rédigée par Lord Reed²²⁸⁰ et selon lesquels « *il est capital (...) de reconnaître que la common law est en elle-même une source suffisante pour le droit à la confidentialité de certaines communications (...) la vérité est que (...) certains droits sont fondamentaux et inhérents à une société civique et démocratique. Les conventions, constitutions, déclarations de droit et autres y répondent en les reconnaissant plutôt qu'en les créant.* »²²⁸¹. Posant pour principe que l'existence des droits et libertés préexiste à leur reconnaissance dans le droit écrit, les juges trouvent un argument supplémentaire en faveur de la reconnaissance d'une protection égale entre les *common law constitutional rights* et les *convention rights*. C'est en ce sens que Lord Toulson, par une opinion dissidente soutenue par Lord Neuberger et Clarke, relève dans l'arrêt *Kennedy v. The*

²²⁷⁶ *Daly v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.

²²⁷⁷ *Ibid.*, pt. 64, « *Following the approach I have described, it is necessary to begin by considering the practice followed by the board in the light of domestic principles of procedural fairness* ».

²²⁷⁸ *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20, pt. 46.

²²⁷⁹ *Daly v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.

²²⁸⁰ *Ibid.*, pt. 58.

²²⁸¹ *Idem.*

*Charity Commission*²²⁸², autre décision du triptyque affirmant le retour de la protection des droits et libertés assurée depuis la *common law*, que :

855. « Ce que nous appelons maintenant droits de l'Homme et droit public s'est développé dans notre *common law* pendant une longue période. (...) Le développement de l'État a amené de nouveaux challenges pour les cours auxquels ces dernières ont répondu par un processus d'adaptation et de développement graduel de la *common law* afin de correspondre aux besoins contemporains. Cela a toujours été la manière dont la *common law* a fonctionné et cela n'a pas cessé avec l'adoption du *Human Rights Act* de 1998 (...) »²²⁸³.

856. En d'autres termes et comme affirmé une année plus tôt par le même juge Toulson lors de l'arrêt *R(Guardian News and Media Ltd) v City of Westminster Magistrates' Court*²²⁸⁴ devant la *Court of Appeal*, « le développement de la *common law* n'est pas arrivé à son point final avec l'adoption du *Human Rights Act* de 1998. Cette dernière a une santé vigoureuse et florissante dans la plupart des parties du monde qui partagent une tradition de *common law* »²²⁸⁵.

857. Le travail de revalorisation effectué par le juge de la place et du rôle joué par la *common law* dans la protection des droits et libertés apparaît, cependant, moins intense depuis quelques années²²⁸⁶. Il a néanmoins été de nouveau confirmé par deux *case laws* rendu en 2017²²⁸⁷ et 2019²²⁸⁸. La première de ces deux *case laws*, l'arrêt *Unison*, voit Lord Reed rappeler que « le droit d'accès à la justice n'est pas une idée récemment importée du continent européen, mais est depuis longtemps inscrit dans notre droit constitutionnel »²²⁸⁹, dès lors, l'argumentation qui y est développée doit l'être « premièrement sur le fondement du droit de *common law* d'accès à la justice »²²⁹⁰. De même et de manière peut-être plus diffuse, l'arrêt *Privacy International*, s'il ne concerne pas directement l'affirmation de *common law constitutional rights*, participe pourtant de l'affirmation de ces derniers et de la centralité nouvelle accordée à la *common law* dans les développements contemporains du droit public britannique. En effet, en rejetant l'*ouster clause* contenue à l'article 67(8) du *Regulatory of Investigatory Powers*

²²⁸² *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20.

²²⁸³ *Ibid.*, pt. 133.

²²⁸⁴ [2012] EWCA Civ 420.

²²⁸⁵ *Ibid.*, pt. 88.

²²⁸⁶ M. Elliott, K. Hughes, « The Nature and role of the Common Law Constitutional Rights »; *op. cit.*, emplacement 175.

²²⁸⁷ *R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

²²⁸⁸ *R (on the application of Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal and others* [2019] UKSC 22.

²²⁸⁹ *R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, pt. 64.

²²⁹⁰ *Ibid.*

Act adopté par le Parlement britannique en 2000, l'opinion majoritaire rédigée par Lord Carnwath, vient redéfinir le rapport hiérarchique classiquement instauré entre le principe de la souveraineté du Parlement et la *common law* dans le développement du droit constitutionnel britannique. Le régime des *ouster clauses*, c'est-à-dire d'une clause législative visant à écarter la compétence des cours de justice en matière de *judicial review* pour certains types de décisions administratives, a déjà pu être précisé par l'arrêt *Anisminic*²²⁹¹. Néanmoins, le juge trouve dans ce nouveau litige, l'occasion d'affirmer que « c'est en dernier ressort, aux cours, et non au pouvoir législatif, de déterminer les limites posées par le principe du *Rule of law* au pouvoir de restreindre le champ du *judicial review* »²²⁹², affirmant par la même primauté de l'office du juge sur la seule volonté du Parlement. S'inscrivant ainsi en premier lieu dans une réaffirmation d'une protection interne des droits et libertés assurée par la *common law* face au droit de la Convention *EDH*, la résurgence des *common law constitutional rights* traduit plus largement un tournant dans la compréhension proposée par le juge du rapport entre *common law* et droit public britannique. Ce rapport nouveau qui semble pouvoir laisser envisager l'émergence d'un discours constitutionnaliste spécifique aux juges des cours de *common law*, nourrit la construction d'un régime spécifique et différencié pour le régime de protection des droits fondamentaux issus de la *common law* britannique.

858. Les « *common law constitutional rights* » un régime spécifique et différencié pour les droits et libertés reconnues par la *common law*. La notion de *common law constitutional rights*, sous l'apparente unité qu'elle confère au régime de protection des droits et libertés issu de la *common law* britannique, se révèle trompeuse. En effet, et bien que la majorité des écrits universitaires visant à commenter ou interroger l'émergence de cette nouvelle catégorie du droit constitutionnel britannique, adopte un discours homogénéisant, selon les professeurs Mark Elliott et Kirsty Hughes, une telle approche doit être regardée comme erronée²²⁹³. Contrairement au système de la Convention *EDH* ou aux déclarations de droits nationales qui,

²²⁹¹ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

²²⁹² *R (on the application of Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal and others* [2019] UKSC 22, pt. 131, voir aussi pt 144, « *a strong case for holding that, consistently with the rule of law, binding effect cannot be given to a clause which purports wholly to exclude the supervisory jurisdiction of the High Court to review a decision of an inferior court or tribunal, whether for excess or abuse of jurisdiction, or error of law. In all cases, regardless of the words used, it should remain ultimately a matter for the court to determine the extent to which such a clause should be upheld, having regard to its purpose and statutory context, and the nature and importance of the legal issue in question; and to determine the level of scrutiny required by the rule of law* ».

²²⁹³ M. Elliott, K. Hughes, « The Nature and role of the Common Law Constitutional Rights »; *op. cit.*, emplacement 256-262.

tout en développant au fil des jurisprudences des approches différenciées des droits consacrés par le texte, proposent un système général dans lequel intégrer et articuler ces différents droits ; le développement des *common law constitutional rights* repose quant à lui sur un système de développement par « *clusters* »²²⁹⁴.

859. Cette construction, propre au mécanisme casuistique de la *common law*, conduit les juges britanniques à n'identifier un *common law constitutional right* que dans l'agrégation de *case laws* formant un complexe de droits dont la force normative implique pour le juge la reconnaissance d'une valeur fondamentale²²⁹⁵. Ces complexes normatifs résultent de la récurrence de certains *obiter dictum* développés par le juge de *common law* et visant à la protection de droits spécifiques. Droits qui, cependant, en eux-mêmes, ont un périmètre trop restreint et une force normative trop incertaine pour être reconnus comme ayant une valeur fondamentale ou constitutionnelle. La récurrence n'est donc pas une donnée suffisante pour permettre l'identification d'un *common law constitutional right* et à cette dernière doit en être ajoutée une seconde, celle de la proximité. En effet, et à titre d'exemple c'est dans la proximité des mécanismes de sanctions observés en *Tort law* autour du respect du consentement de l'individu à un traitement médical²²⁹⁶ ou encore dans la sanction du non-respect du principe de liberté de circulation d'un individu sous le régime du tort de *false imprisonment*²²⁹⁷ qu'émerge un complexe normatif que le juge de *common law* désignera sous le terme *common law constitutional rights to bodily integrity*, ou droit au respect de l'intégrité physique²²⁹⁸.

860. Ainsi et contrairement à la logique déductive des déclarations de droits qui consiste à reconnaître et identifier de grandes catégories de droit pour venir au fil de leur application pratique en nuancer l'apparente homogénéité, les *common law constitutional rights* fonctionnent sur un modèle inductif. L'identification du droit en question ne résulte que de la juxtaposition de nuances proches qui depuis une focale resserrée ne semble pas appartenir à un même tout, mais qui, depuis une focale élargie, dessine la forme et la nuance d'un complexe normatif qui sera reconnu comme droit à valeur constitutionnelle. Aussi, c'est dans la démultiplication de *case laws* relevant à la fois du droit administratif, du droit pénal ou de la *Tort law* qu'ont pu se dessiner, par touches successives, les complexes normatifs aujourd'hui

²²⁹⁴ *Ibid.*

²²⁹⁵ *Reynolds v Times Newspapers* [2001] 2 AC 127.

²²⁹⁶ *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11.

²²⁹⁷ *R v. Deputy Governor of Parkhurst prison and others, ex parte Hague* [1992] 1 AC 58.

²²⁹⁸ N. Mavronicola, « The Mythologie and the Reality of Common Law Constitutional Rights to Bodily Integrity », in. M. Elliott, K. Hughes, *Common Law Constitutional Rights*, *op. cit.*, emplacement 656-1363.

désignés par les *common law constitutional rights* de respect de l'intégrité physique²²⁹⁹, de droit d'accès à la justice²³⁰⁰, de droit de propriété²³⁰¹, de liberté d'expression²³⁰², d'association²³⁰³, ou de manifestation. Néanmoins, il résulte de ce processus de cristallisation des *common law constitutional rights* que « tous les droits tombant sous la protection de la common law n'ont pas été développés, utilisés et sécurisés au même degré »²³⁰⁴.

861. Ainsi, si certains droits, comme celui à un procès équitable, trouvent dans la *common law* des complexes normatifs suffisamment développés et denses pour que soit reconnu à ce dernier une valeur constitutionnelle, d'autres, comme le droit de propriété, et de manière surprenante au regard de l'histoire et du développement de la *common law* britannique, ne se voient pas reconnaître de complexe normatif suffisamment dense pour se voir reconnaître une telle valeur fondamentale.

862. Dans ce modèle de développement asymétrique des protections assurées au *common law constitutional rights*, l'apport de cette nouvelle catégorie constitutionnelle ne réside pas directement dans les mécanismes de protection ou de réparation qui vont être mis en jeu, mais dans la reconnaissance pour ces complexes normatifs d'un caractère « fondamental »²³⁰⁵. C'est en effet par cette dernière que le régime des *common law constitutional rights* se distingue de celui des simple *common law rights* préexistant à l'adoption du *HRA*. La notion de « caractère fondamental » est donc d'importance : non seulement elle individualise ce régime de protection des droits et libertés, et ce au cœur même de la *common law*, mais, et de manière plus profonde pour l'identité du système de droit public britannique, elle remet explicitement en cause la suprématie du Parlement²³⁰⁶. En effet, reconnaître un caractère

²²⁹⁹ *Ibid.*

²³⁰⁰ S. S. Wheatle, « Access to Justice: from judicial empowerment to Public Empowerment », in M. Elliott, K. Hughes, *Common law Constitutional rights, op. cit.*, emplacement 1364-1940.

²³⁰¹ T. Allen, « A Constitutional Right to Property? », in M. Elliott, K. Hughes, *Common law Constitutional Rights, op. cit.*, emplacement 1959-2542.

²³⁰² J. Rowbottom, « Freedom of expression and the right to vote: the common law constitution », in M. Elliott, K. Hughes, *Common law Constitutional Rights, op. cit.*, emplacement 3249-3997.

²³⁰³ G. Phillipson, « Searching for a Chimera? Seeking Common Law Rights of Freedom of Assembly and Association », in M. Elliott, K. Hughes, *Common law Constitutional rights, op. cit.*, emplacement 4006-4815; pour une lecture française du développement de la liberté d'association au Royaume-Uni, voir : C. Roynier, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *Jus Politicum*, vol. 17, 2017, pp. 445-466 ; A. Antoine, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, vol. 17, 2017, pp. 473-488.

²³⁰⁴ M. Elliott, K. Hughes, « The Nature and role of the Common Law Constitutional Rights », *op. cit.*, emplacement 229.

²³⁰⁵ M. Elliott, « The fundamentality of Rights at Common law », in M. Elliott, K. Hughes, *Common Law Constitutional Rights, op. cit.*, emplacement 5585-6324, emplacement 5612, « The idea of fundamental, or 'constitutional', common law rights was given a shot in the arm in the 1990s through the extra-curial writings of several prominent judicial figures ».

²³⁰⁶ M. Elliott, « The fundamentality of Rights at Common law », *op. cit.*, emplacement 5589, « In the context of the UK's constitution, that issue is placed in particularly sharp relief by the (at least superficial) tension between

fondamental plein²³⁰⁷ aux *common law constitutional rights* reviendrait à écarter ce dernier principe constitutionnel. Or, et bien que les juges aient pu affirmer la possibilité d'écarter une loi du Parlement contraire aux droits et libertés fondamentaux reconnus et protégés par la *common law*²³⁰⁸, la pratique ne vient pas confirmer l'effet rhétorique. Ainsi et chaque fois que mis face au choix d'écarter une loi du Parlement contraire à des *common law constitutional rights*, le juge utilise son pouvoir d'interprétation des *statute laws* afin de contourner la difficulté et rendre la loi conforme au champ d'application du *common law constitutional rights*²³⁰⁹. Si le juge de la UKSC développe une doctrine propre des *common law constitutional rights* qui semble s'intégrer dans une nouvelle vision du constitutionnalisme britannique, cette dernière ne semble pas réussir à elle seule à redessiner l'équilibre classique de la constitution britannique.

B. La construction d'une doctrine propre à la UKSC

863. L'émergence *common law constitutional rights*, produit d'initiatives individuelles des juges de la UKSC. L'émergence de la notion de *common law constitutional rights* est d'abord le fait d'une doctrine première qui n'étant pas construite par l'organe dans son intégralité se voit d'abord développée par certains juges de la UKSC. C'est en effet au niveau individuel et non de l'organe que se joue en premier lieu la prise de conscience, ou du moins l'intuition, de la nécessaire réaffirmation du rôle et de la place pour la protection des droits fondamentaux au sein de la constitution britannique, et ce, au-delà des seuls *convention rights*. Les propos introductifs proposés par Lord Reed, président de la UKSC depuis le départ de Lady Hale, à l'ouvrage dirigé par le Professeur Mark Elliott et dédié à la question des *common law constitutional rights*, rend particulièrement tangible ce cheminement et trouve à la fois un écho et une trajectoire similaire chez d'autres juges britanniques. Il offre en cela une source intéressante sur la genèse prétorienne de la notion.

864. Dans un dévoilement qui lui permet d'éclairer les liens entretenus à la fois par la doctrine première et seconde de la Cour suprême, mais aussi entre doctrine organique et doctrine universitaire, Lord Reed met à jour les dynamiques qui, au niveau de son positionnement

the very idea of fundamental rights and the notion of a sovereign Parliament that, if it really is sovereign, must be capable of limiting or even abrogating rights, however 'fundamental' they might be ».

²³⁰⁷ Ibid., emplacement 5756.

²³⁰⁸ A. L. Young, « Fundamental Common Law Rights and Legislation », in. M. Elliott, K. Hughes, *Common law Constitutional Rights*, op. cit., emplacement 6327-7074.

²³⁰⁹ Ibid.

individuel, ont amené à la construction d'un discours sur les *common law constitutional rights* alors qu'il n'était encore que juge d'appel en Écosse. Soulignant sa surprise lorsqu'au début des années 2010, dans le cadre d'une procédure criminelle, le seul fondement mis en avant pour interroger le respect des principes du procès équitable avait été ceux offerts par les *convention rights*, Lord Reed s'était alors vu opposer la réponse suivante : « il n'y a pas besoin de recourir au droit interne »²³¹⁰.

865. Cette réponse, qui suivait la jurisprudence dégagée par la Cour Suprême depuis l'adoption du *HRA*, loin de convaincre Lord Reed, conduit ce dernier, lors d'une conférence organisée en mars 2011 par le *Scottish Public Law Group* intitulée « *Human Rights – Reconciling Strasbourg and Supreme Court* », à ouvrir une réflexion sur l'articulation entre le système de protection des droits assuré depuis Strasbourg et celui proposé par le droit interne. Visant à mettre en lumière que « les droits fondamentaux protégés par la Convention sont immanents dans le droit interne et protégé par ce dernier », ainsi que « les manières par lesquelles la Convention pourrait influencer le développement du droit interne »²³¹¹. Cette approche, développée dans le cadre des écrits extrajudiciaires de Lord Reed, est d'autant plus importante qu'elle vient nourrir la doctrine première de ce dernier. En effet, rédacteur de l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Osborn* deux quelques années plus tard, Lord Reed « [regarde] le cours (...) donné à Édimbourg deux années plus tôt, et ce dernier [forme] le fondement pour certaines remarques sur la relation entre les *convention rights* et la *common law* »²³¹².

866. D'une doctrine individuelle à une doctrine de l'institution, la constitution des *common law constitutional rights* comme doctrine de la UKSC. Si cet exemple met à jour la dynamique et l'enlacement naturel entre les écrits d'un même juge pour la doctrine première de la Cour et ses productions au nom d'une doctrine seconde qui lui demeure propre, il constitue aussi le point d'impulsion pour la constitution d'une doctrine organique, spécifique à la *UKSC* autour de la question des *common law constitutional rights*. La récurrence de la position défendue par Lord Reed²³¹³ au fil de décisions comme *R (Sturnham) v Parole*

²³¹⁰ Lord Reed, « Foreword », in M. Elliott, K. Hughes, *Common Law Constitutional Rights*, *op. cit.*, emplacement 14.

²³¹¹ *Idem*.

²³¹² *Ibid.*, emplacement 35.

²³¹³ M. Elliott, « The 'vigour' of common law rights and values: Av BBC [2014] UKSC 25 », *Public law for Everyone blog*, may 2014 disponible à <https://publiclawforeveryone.com/2014/05/09/the-vigour-of-common-law-rights-and-values-a-v-bbc-2014-uksc-25/> : « Lord Reed—who is emerging as a leading exponent of this

*Board*²³¹⁴ ou *A v BBC*²³¹⁵, se voit prolongé dans les motivations adoptées par Lord Mance, Lord Toulson ou encore Lord Neuberger au fil des *case laws* *Osbon v The Parole Board*²³¹⁶, *Kennedy v Charity*²³¹⁷ ou encore *R (Guardian news and Media Ltd) v City of Westminster Magistrate's Court*. Tout comme Lord Reed, ces derniers reconnaissent la primauté à donner, dans les litiges portant sur le respect des droits fondamentaux, à la protection accordée à ces droits par la *common law* et ce au détriment des *convention rights*.

867. Ce basculement au coeur de la doctrine première de la UKSC et sa reprise par les cours inférieures²³¹⁸, s'accompagne d'un large développement de la doctrine seconde produite par ces mêmes juges et visant à valoriser tant le rôle de la *common law* que de son juge²³¹⁹. En effet, la doctrine organique de la UKSC ne peut pas s'appuyer directement sur la doctrine académique pour voir systématiser et théoriser une notion qui semble aller contre l'approche classique du droit constitutionnel et remettre en cause à la fois le principe de suprématie du Parlement et la conception même des droits et libertés telle que classiquement représentée dans la *common law*. Aussi, les juges en faveur du développement des *common law constitutional rights* vont-ils utiliser la doctrine seconde, non pas pour commenter les différentes décisions où se dessine la notion de « *common law constitutional rights* » comme cela aurait pu être le cas dans le système français dans le cadre des commentaires proposés

approach—cautioned that the starting-point for the court should be the common law, not the Convention ».

²³¹⁴ [2013] UKSC 47.

²³¹⁵ [2014] UKSC 25., « *As was made clear in Kennedy, however, the starting point in this context is the domestic principle of open justice, with its qualifications under both common law and statute. Its application should normally meet the requirements of the Convention, given the extent to which the Convention and our domestic law in this area walk in step, and bearing in mind the capacity of the common law to develop as I have explained in para 40. As the case of V v United Kingdom demonstrates, it is however necessary to bear in mind that, although the Convention and our domestic law give expression to common values, the balance between those values, when they conflict, may not always be struck in the same place under the Convention as it might once have been under our domestic law. In that event, effect must be given to the Convention rights in accordance with the Human Rights Act ».*

²³¹⁶ [2013] UKSC 61, pt. 54 à 64.

²³¹⁷ [2014] UKSC, pt. 46.

²³¹⁸ À titre d'exemple, il peut être retenu que l'argumentation offerte par les juges de la *Court of Appeal* lors de l'arrêt Dolan rendu le 1^{er} décembre 2020 et visant à apprécier la légalité des actes du gouvernement ayant établi le confinement du mois de mars à juin dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire de la covid-19 au Royaume-Uni, respecte la hiérarchie instaurée par la doctrine de la UKSC entre *Common law constitutional rights* et *Convention Rights*, voir en ce sens : *The Queen (on the application of (1) Simon Dolan (2) Laure Monks (3) AB) and (1) Secretary of State for Health and Social Care (2) Secretary of State for Education* [2020] EWCA Civ 1605.

²³¹⁹ Lord Mance, « *The Interface between National and European Law* », *Second Lecture in honour of Sir Jeremy Lever QC*, 1st February 2013, disponible à <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130201.pdf> ; Lord Mance, « *The Rule of Law – Common Traditions and Common Issues* », Discours pour les 175 ans de la fondation de la Cour Suprême des Pays-Bas disponible à <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131001.pdf> ; Lord Toulson « *Fundamental Rights and the Common Law* », *Fundamental Rights Conference : A Public Law perspective*, LSE, 10 octobre 2015, disponible à <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-151010.pdf> .

par *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, mais pour construire le cadre théorique permettant de systématiser la notion de *common law constitutional rights*.

868. Loin d'être, à son origine, le produit d'une construction académique, la notion de *common law constitutional rights* apparaît au contraire, et en premier lieu, comme le fruit du discours prétorien. En effet, si la résurgence d'une protection offerte par, et spécifique à, la *common law* pour les droits et libertés au Royaume-Uni a été observée et commentée par divers *scholars*, elle n'a donné lieu, avant 2020, à aucune étude tendant à en systématiser la notion²³²⁰. Ainsi, et contrairement aux principes de souveraineté du Parlement, du *Rule of law*, ou même au cœur de la pratique du *judicial review* de notions comme celle de *proportionality*²³²¹, le travail de construction conceptuelle de la notion de *common law constitutional rights* n'est ni dominée par le discours académique, ni même, dans un premier temps, du moins, le fruit d'un dialogue clairement établi entre la doctrine académique et la doctrine des juges.

869. La construction de la notion de *common law constitutional rights* s'éloigne des schémas orthodoxes du développement du droit public britannique et semble consommer une rupture claire dans la représentation et la compréhension du rôle des juges de *common law* dans le droit public britannique contemporain. Limité dans l'approche orthodoxe des structures constitutionnelles britanniques à un simple rôle de receveur de la volonté du Parlement, le renouveau des équilibres constitutionnels contemporains amène le juge à se reconnaître et se penser comme acteur de la constitution. Dans cette transition et constitution d'une nouvelle identité pour le juge de *common law*, le développement d'une doctrine pour les *common law constitutional rights* apparaît comme un marqueur de cette réassignation dans le regard des *scholars* et des juges eux-mêmes du rôle assumé par ces derniers. Effectivement, et bien qu'inscrite dans le sillage de travaux d'auteurs académiques comme Paul Craig ou Trevor Allan, ou d'écrits extrajudiciaires de juges comme ceux de Sir John Laws ou encore Lord Reed qui, tous, depuis des perspectives différentes, nourrissent et théorisent la revalorisation de la *common law*, l'émergence des *common law constitutional rights* comme notion de droit constitutionnel est d'abord le fait de la doctrine première de la UKSC. Elle s'inscrit dans un cadre plus large ayant amené les juges à reconnaître au fil des *case laws* le principe de « *legality* », la notion de « *constitutional statutes* », ou encore l'élargissement du contrôle exercé par le juge dans la procédure de *judicial review*, mécanismes et concepts juridiques

²³²⁰ M. Elliott, K. Hughes, *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020.

²³²¹ Voir, *supra*, par. 232.

qui, par vagues successives, sont peu à peu venus éroder la représentation pourtant clairement établie par le modèle orthodoxe d'une hiérarchie des organes qui, sous couvert de la protection de la souveraineté du Parlement, avait écarté le juge de tout rôle constitutionnel²³²².

870. La reconnaissance des *common law constitutional rights* par les juges britanniques participe de ces « développements qui rendent difficile de conclure autre chose que le renforcement de l'importance des cours et qui s'accompagne d'un transfert perceptible dans l'équilibre des pouvoirs du Parlement en faveur des cours »²³²³. Son origine, perlée au fil des décisions, a d'abord et principalement été le fait de doctrines individuelles développées par certains juges avant d'être adoptées plus largement par l'institution de la *UKSC*. Cependant, une fois adoptée et intégrée à la doctrine première de cette dernière, il apparaît que le développement des *common law constitutional rights* doit être lu est compris comme venant renforcer un mouvement doctrinal plus large qui tend à dessiner les contours d'un discours constitutionnaliste propre à la doctrine organique de la *UKSC*.

§2. La construction d'une nouvelle lecture du constitutionnalisme britannique par les juges de la UKSC

871. Le développement des *Common law constitutional rights* par la doctrine organique de la *UKSC* apparaît comme l'un des principaux marqueurs du « *common law turn* » amorcé dans les représentations de la constitution britannique construite par les juges. Ce tournant, s'il permet dans un premier temps de penser le rapport entre les juges de la *UKSC* et la Cour de Strasbourg ou celle du Luxembourg et offre aux premiers les moyens de réaffirmer leur indépendance face aux seconds, amène aussi, par la reconnaissance de droits et libertés fondamentaux construits au sein de la *common law*, à réaffirmer la primauté et l'autonomie de la constitution britannique face à la convention *EDH* et au *HRA*. Ce principe de *Judicial preference* pose néanmoins deux problèmes connexes dans son articulation avec le principe de souveraineté du Parlement. Premièrement, il ne semble pas pouvoir s'articuler avec un principe de souveraineté ou de suprématie du Parlement pourtant rappelé par les juges dans

²³²² A. L. Young, « Parliament, The Executive and the Judiciary », In. J. Jowell and C. O'Conneide (dir.), *The Changing Constitution*, Oxford, OUP, 9th ed., 2019, pp. 325-357, p. 329.

²³²³ *Idem.*, p. 335.

leur doctrine première²³²⁴ (A.). De même et deuxièmement, le principe de *Judicial preference* parce qu'il s'inscrit dans le développement plus large d'une forme de contrôle judiciaire sur le Parlement théorisé par une part de la doctrine seconde développée par les juges²³²⁵, semble venir remettre en cause les équilibres du *weak judicial review* britannique²³²⁶. Dès lors, la catégorisation du système britannique comme modèle de justice constitutionnelle du *Commonwealth*²³²⁷ ou comme se rattachant au modèle « faible » de justice constitutionnelle²³²⁸, semble être remis en cause par la pratique et la construction d'un cadre théorique renouvelées par les juges de la UKSC dont les dynamiques appellent à s'interroger sur l'existence d'un moment *Marbury v. Madison* pour les juges de la UKSC (B.).

A. L'encadrement de la souveraineté du Parlement comme marqueur du discours constitutionnaliste des juges de la UKSC

872. Un constitutionnalisme classique fondé sur la souveraineté du parlement.

Classiquement, le Parlement de *Westminster* a constitué l'institution au cœur du constitutionnalisme britannique. Entendu ici non plus pour désigner ou caractériser un certain courant doctrinal issu du monde académique britannique, mais, et de manière générale, comme le discours doctrinal visant à l'encadrement du pouvoir étatique par la constitution, le constitutionnalisme moderne présuppose la liberté comme finalité de la politique²³²⁹. Libéral par essence, cette compréhension du constitutionnalisme née au tournant des révolutions américaines et françaises a fait de la dimension normative et juridique de la constitution le marqueur de la narration constitutionnaliste aujourd'hui dominante²³³⁰. Ce marqueur, exprimé au travers de l'existence d'une constitution écrite²³³¹, de sa rigidité²³³² et de son contrôle par un juge²³³³, compose très largement l'identité de la notion pour le regard contemporain. Il tend parfois à faire oublier, y compris au regard français, qu'à un constitutionnalisme juridique a

²³²⁴ *Miller* [2017] UKSC 5.

²³²⁵ A. L. Young, « Parliament, The Executive and the Judiciary », *op. cit.*, p. 335.

²³²⁶ M. Carpentier, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°120, vol. 4, 2019, pp. 843-864

²³²⁷ *Ibid.*

²³²⁸ *Ibid.*

²³²⁹ M. Tushnet, « Varieties of constitutionalism », *International Journal of constitutional law*, vol. 16, 2014, pp. 1-5.; J.-M. Denquin « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1; M. Barberis, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », in. D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel – Tome I*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 113-141.

²³³⁰ *Ibid.*

²³³¹ M. C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, *op. cit.*, pp. 255-260.

²³³² *Idem.*

²³³³ *Idem.*

préexisté historiquement un constitutionnalisme politique²³³⁴ dont un exemple est à trouver dans la lecture de la séparation des pouvoirs proposée par Montesquieu.

873. En effet, l'encadrement du pouvoir monarchique amorcé par l'adoption de la *Magna Carta* au XIII^e siècle s'enracine définitivement dans l'imagerie constitutionnelle britannique. Il se poursuit et se renforce par la construction des représentations politiques et institutionnelles issues de la Glorieuse Révolution et qui vont faire du Parlement l'institution à même d'exercer un contrôle politique sur les pouvoirs de la Couronne. Cette règle, au cœur des modèles proposés par le courant politiste du droit public britannique, n'a pas constitué jusqu'à l'arrêt *Cherry/Miller* autre chose qu'une convention de la constitution et est donc demeurée dans la part politique de cette dernière. En ce sens, et comme rappelé par Lady Hale en conclusion à la conférence du *Canadian Institute for Advanced Legal Studies* de Cambridge donné le 7 juillet 2017, il convient de relever que :

« Nous avons deux constitutions – la constitution juridique et la constitution politique. La première est représentée, par exemple, par la règle que le Parlement peut faire ou défaire n'importe quelle loi, le contenu des lois de dévolutions, les règles d'interprétation des lois, et les principes gouvernant la procédure de judicial review des actions de l'Exécutif. Ces règles sont des règles concrètes que les cours doivent appliquer et appliquent lorsqu'elles décident des cas concrets. La seconde est représentée par la manière dont les parlementaires agissent, par exemple, en réponse au référendum [de 2016] »²³³⁵.

874. La place centrale donnée au Parlement par la constitution politique dans le contrôle du pouvoir Exécutif accompagne la souveraineté juridique que lui reconnaît la constitution juridique. Cette dernière, en ce qu'elle suppose l'absence de contrôle sur l'action parlementaire, laisse cependant peser sur la seule retenue exercée par l'institution parlementaire le risque de dérives et d'atteintes aux libertés individuelles. Cette tension et ce risque dans l'exercice de la souveraineté juridique du Parlement sont exprimés dès le XVIII^e siècle au cœur de la *common law* où apparaît le principe suivant : le Parlement est réputé

²³³⁴ M. Tushnet, «Varieties of constitutionalism», *op. cit.*; M. Loughlin, *Sword and scales – An examination of the Relationship between Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 161-214 M. Barberis, «Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », in. D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel – Tome I*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 113-141.

²³³⁵ Lady Hale, « The United Kingdom Constitution on the move», Lady Hale, « The United Kingdom Constitution on the move», conférence présentée le 7 juillet 2017 au Canadian Institute for advanced Legal Studies, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170707.pdf>, p. 17.

légiférer en conformité avec les libertés²³³⁶. Pour autant, et comme rappelé par Lord Reid dans l'arrêt *Madzimbamuto v Lardner-Burke*²³³⁷ :

« Il serait inconstitutionnel pour le Parlement britannique de faire certaines choses contre lesquelles les raisons morales, politiques et autre seraient si fortes que la plupart des personnes considéreraient comme hautement inapproprié que le Parlement les fasse. Mais cela ne signifie pas que le Parlement n'ait pas les pouvoirs de faire de telles choses. Si le Parlement décide de le faire, alors les cours ne pourraient pas regarder les lois du Parlement comme invalides »²³³⁸.

875. L'obligation faite au Parlement dans la *common law* de respecter les droits et libertés a ainsi longtemps semblé devoir céder le pas face au principe de souveraineté du Parlement et est restée à la merci de la seule volonté de *Westminster* sans pouvoir lui être opposable devant un juge. C'est dans les apories d'une telle obligation que se dessine l'image de la relation entre cours et Parlement et derrière elle, la structure du constitutionnalisme britannique classique. Ce dernier, ne rend ainsi effectif que le contrôle de l'Exécutif qui, depuis le développement de la procédure de *judicial review*, n'est plus le seul le résultat d'un processus politique, mais est pleinement entré dans le domaine de la constitution juridique²³³⁹. Pour autant, et malgré cette évolution qui marque la seconde moitié du XX^e siècle, le pouvoir exercé par le Parlement ne semblait en miroir ne devoir connaître ni limites ni sanctions de la part des juges afin de préserver le principe de souveraineté du Parlement. Or, dans un contexte de captation du pouvoir du Parlement par le Gouvernement²³⁴⁰, une telle absence de limitation juridique au pouvoir du Parlement apparaît comme la principale aporie du constitutionnalisme britannique classique²³⁴¹.

876. L'émergence d'un contrôle juridictionnel des lois du Parlement britannique. Il convient de relever que le *judicial restraint* jusqu'alors observé par les juges de *common law* au nom du principe de souveraineté du Parlement ne semble plus constituer l'une des caractéristiques majeures du constitutionnalisme britannique contemporain. Ainsi et comme souligné par le professeur A. L. Young, « la relation entre le pouvoir législatif et les cours a

²³³⁶ *Entick v. Carrington* (1765) 19 St Tr 1030.

²³³⁷ [1969] 1 AC 645.

²³³⁸ *Ibid.*, p. 723.

²³³⁹ *Cherry/Miller* [2019] UKSC 41.

²³⁴⁰ A. L. Young, « The relationship between the Parliament, the Executive and the Judiciary », *op. cit.*, p. 347.

²³⁴¹ *Ibid.*, « More worryingly, we can point to recent developments in which legislation is being used to give greater powers to the executive, challenging the justification for the fusion between the legislature and the executive as a means of facilitating the ability of the legislature to control the powers of the executive ».

changé »²³⁴², au point où il semble désormais possible d'affirmer l'existence d'un contrôle grandissant exercé par les juges sur le Parlement²³⁴³. Ce dernier se manifeste à la fois à l'égard du pouvoir juridique du Parlement,²³⁴⁴ mais aussi dans les conditions d'exercice de son contrôle politique sur l'action de l'Exécutif²³⁴⁵.

877. Le point de bascule dans l'équilibre des rapports entre juge et Parlement semble avoir été amorcé dans la doctrine première de la *UKSC* par l'arrêt *Jackson*²³⁴⁶. Lord Steyn y affirme que « dans des conditions exceptionnelles impliquant une tentative d'abolir la procédure de *judicial review* ou le rôle ordinaire des cours, l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords ou la nouvelle *Supreme Court* devront considérer s'il s'agit ou non d'un fondement constitutionnel que même un Parlement souverain agissant à la demande d'une Chambre des Communes complaisantes ne pourrait abolir »²³⁴⁷. Il matérialise ainsi le réveil des « lions sous le trône » jusqu'au cœur de la Chambre des Communes et amorce la redéfinition des rapports entre les deux pouvoirs. De même, Lady Hale souligne que « les cours traiteront avec une suspicion particulière (et rejetteront peut-être même) toute tentative de subvertir le *Rule of law* en soustrayant une action gouvernementale susceptible d'affecter les droits et libertés des individus de tout contrôle du pouvoir judiciaire ».²³⁴⁸ L'affirmation du pouvoir du juge sur celui des organes politiques souhaité et affirmé par Sir Edward Coke en 1610 semble ici trouver un écho et un souffle nouveau.

878. Cette bascule ne reste pas une affirmation isolée et se voit confirmer par les propos de Lord Hope dans l'arrêt *AXA General Insurance v. Lord Advocate*²³⁴⁹. Ce dernier y observe « qu'il n'est pas totalement impensable qu'un gouvernement qui ait ce pouvoir puisse chercher à l'utiliser pour abolir le *judicial review* ou pour diminuer le rôle des cours dans la protection des intérêts des individus (...) le principe du *Rule of law* requiert que les juges limitent ce pouvoir pour insister que les lois ayant ce genre de nature extrême ne sont pas du droit que les cours puissent reconnaître »²³⁵⁰. La position de Lord Hope n'est cependant pas surprenante, ce dernier affirmant dès l'arrêt *Jackson* que « le principe du *Rule of law* appliqué

²³⁴² *Ibid.*, p. 332.

²³⁴³ *Ibid.*, p. 330.

²³⁴⁴ *R (on the application of Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56.

²³⁴⁵ *Cherry/Miller* [2019] UKSC 41.

²³⁴⁶ *R (on the application of Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56.

²³⁴⁷ *Ibid.*, pt. 102.

²³⁴⁸ *Ibid.*, pt. 156.

²³⁴⁹ *AXA General Insurance Limited and others v The Lord Advocate and others* [2011] UKSC 46.

²³⁵⁰ *Ibid.*, pt. 51.

par les cours est l'ultime facteur de contrôle sur lequel repose notre constitution »²³⁵¹. Le pouvoir exercé par le Parlement n'apparaît ainsi plus être pour le discours prétorien un espace sans contrôle ni limites²³⁵². Pour autant, la mise en application et la concrétisation pratique d'un contrôle aussi strict sur le Parlement ne sont pas une voie que la *UKSC* s'est encore pleinement résolue à arpenter. Bien trop conscient des conséquences constitutionnelles d'une telle pratique, l'ultime arme du pouvoir judiciaire sur le pouvoir politique demeure avant tout un outil de dissuasion.

879. Cependant, à cette menace de voir le juge écarter une loi du Parlement qui serait contraire à certaines valeurs fondamentales reconnues par la *common law*, s'ajoute un second mécanisme construit et développé par les juges et dont la pratique rendue commune ces dernières années²³⁵³, vient exercer un encadrement à la fois plus souple, mais aussi plus concret du pouvoir juridique du Parlement : le « principe de légalité »²³⁵⁴. Défini par Lord Hoffman dans l'arrêt *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms*²³⁵⁵ comme signifiant que « le Parlement doit se confronter honnêtement à ce qu'il fait et en accepter le coût politique. Les droits fondamentaux ne peuvent être écartés par des mots vagues ou ambigus », ou, en d'autres termes, « en l'absence de de mots clairs ou de nécessaire implication du contraire, les cours présument donc que même les mots les plus généraux sont compris comme devant être soumis aux droits fondamentaux des individus »²³⁵⁶, le principe de légalité constitue une nouvelle règle d'interprétation des lois qui vient compléter, aux côtés de l'article 3 du *HRA*, les méthodes d'interprétation contemporaines disponibles pour le juge.

880. En effet, et de manière similaire au *HRA*, qui « donne au juge d'importants pouvoirs de contrôle de constitutionnalité, dont le pouvoir de modifier les dispositions législatives afin de les mettre en conformité avec les droits fondamentaux » et ainsi « autorise [les juges] à s'appuyer sur des principes constitutionnels qui complètent les textes de loi et augmentent leur signification »²³⁵⁷, le principe de légalité développé par les juges de la *UKSC* vise à reconnaître que le Parlement ne peut aller à l'encontre des droits et libertés fondamentales des

²³⁵¹ *R (on the application of Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56.

²³⁵² *Ibid.*, pt. 107, « *it is no longer right to say that [Parliament's] freedom to legislate admits of no qualification* ».

²³⁵³ J. N. E. Varuhas, « Conceptualising the Principle(s) of Legality », Melbourne Legal Studies research Paper Series n° 796, 2018, pp. 1-16, disponible à : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3239264.

²³⁵⁴ *Ibid.*

²³⁵⁵ [2000] 2 AC 115.

²³⁵⁶ *Ibid.*

²³⁵⁷ A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, CUP, 2009, 455 p., p. 404

citoyens britanniques tels que compris et définis dans la *common law*²³⁵⁸ que par l'utilisation d'un langage clair et direct, exprimant expressément cette volonté²³⁵⁹. Ce souci de clarté et d'affirmation de la volonté du Parlement afin, pour ce dernier, de pouvoir déplacer les limites constitutionnelles à son action, fait directement écho à l'abolition du principe d'*implied repeal* pour les *constitutional statutes*. Il apparaît dès lors que les critères de clarté et d'affirmation expresse de la volonté du Parlement constituent une nouvelle obligation constitutionnelle reposant sur le Parlement et dont le contrôle constitue une technique constitutionnelle de plus en plus développée par le juge de la *Supreme Court*²³⁶⁰. Les similarités entre les trois objets constitutionnels évoqués ici, face auxquels le Parlement se doit d'exprimer très clairement son intention, articulent de nouvelles limites au pouvoir de ce dernier.

881. Dans le cadre du recours au principe de légalité et de l'article 3 du *HRA*, le pouvoir d'interprétation reconnu au juge ne se décline pas dans la simple alternative d'une déclaration de validité ou d'invalidité de la loi face à la norme de référence. L'échappatoire interprétative trouvé par le juge de la *UKSC* face à l'apparente dichotomie que lui imposait le contrôle de conventionnalité et les exigences du principe de légalité ne va pas sans rappeler la « troisième voie décisionnelle »²³⁶¹ développée par certaines cours constitutionnelles et que le Conseil Constitutionnel français a lui-même adopté²³⁶². Appelée « 'réserve d'interprétation', 'interprétation conforme à la Constitution', 'directive d'interprétation' ou encore 'déclaration de conformité sous réserve' »²³⁶³, cette troisième voie correspond à la possibilité que se reconnaît le juge constitutionnel, face à une loi qu'il pourrait écarter, car inconstitutionnelle, de sauvegarder le texte en le déclarant « conforme sous réserve que soient respectées les interprétations qu'il énonce dans le corps de la décision (...) »²³⁶⁴. Ces décisions de constitutionnalité sous réserve se déclinent autour de trois catégories distinctes identifiées par

²³⁵⁸ S. Philip Sales, « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *Statute Law Society Conference*, Belfast, 2008, disponible à http://www.statutelawsociety.co.uk/wp-content/uploads/2014/01/A_comparison_of_the_principle_of_legality_and_section_3_of_the_Human_Rights_Act_1998_Mr_Justice_Sales.pdf

²³⁵⁹ S. Philip Sales, « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *Statute Law Society Conference*, Belfast, 2008, *op. cit.*

²³⁶⁰ *R. (on the application of Unison) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51; J. N. E. Varuhas, « The principle of legality », *CLJ*, vol. 79, n° 3, 2020 ; pp. 578-61.

²³⁶¹ A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 1999, p.1.

²³⁶² D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Domat Droit Public, 10^e éd., 2013, p. 156, « Très tôt le Conseil Constitutionnel est sorti de l'alternative déclaration de constitutionnalité/ déclaration d'inconstitutionnalité en inventant la déclaration de constitutionnalité sous réserves ».

²³⁶³ A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans ma jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1.

²³⁶⁴ D. Rousseau, *op. cit.*, p. 156.

le Professeur Louis Favoreu²³⁶⁵, reprises et complétées par les travaux de thèses des professeurs T. Di Manno et A. Viala : les décisions de conformité sous réserve d'interprétation constructive, les décisions de conformité sous réserve d'interprétation neutralisante et les décisions de conformité sous réserve d'interprétation directive²³⁶⁶.

882. Les deux premières catégories semblent trouver un écho dans les techniques d'interprétation de *reading down* et *reading in* développées par les juges de la UKSC dans le cadre du contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité. La première de ces deux techniques, celle de « *reading down* » amène le juge britannique à exclure des interprétations possibles à la loi celles qui mettraient cette dernière en contradiction avec les droits et libertés tels qu'incorporés par le HRA dans le cadre de l'application de son article 3²³⁶⁷, ou contraire aux droits fondamentaux tels que définis par la *common law* dans le cadre de l'application du principe de légalité²³⁶⁸. En ce sens, elle semble pouvoir être rapprochée dans ses effets des réserves d'interprétation neutralisante²³⁶⁹. De manière similaire, la seconde technique, celle de « *reading in* », en ce qu'elle conduit les juges britanniques à compléter les mots du Parlement afin de mettre un terme à la contradiction préexistante entre la loi et norme de référence, s'inscrit dans la logique des réserves d'interprétation constructives²³⁷⁰. L'emploi de cette dernière technique reste néanmoins limité à l'interprétation des lois fondée sur l'application de l'article 3 du HRA. En effet et comme précisé par Lord Nicholls dans le cadre de l'arrêt *Ghaidan*²³⁷¹ :

883. « L'article 3 autorise une interprétation restrictive ou extensive du langage. Mais l'article 3 fait plus que cela. Il peut aussi amener les cours à utiliser la technique de '*reading in*' qui modifie le sens de la loi adoptée afin de la rendre compatible avec la Convention EDH. En d'autres termes, l'intention du Parlement en adoptant l'article 3 est de permettre aux cours,

²³⁶⁵ L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 38, n°2, 1986, pp. 611-633, pp. 622-624.

²³⁶⁶ *Ibid.*, p. 622 et suiv.

²³⁶⁷ *R v A (No.2)* [2001] UKHL 25.

²³⁶⁸ *R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

²³⁶⁹ L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 622, « Les décisions de conformité sous réserve d'interprétation neutralisante ont pour effet de donner l'effet nocif de certaines dispositions en affirmant qu'elles n'ont pas la signification qui semble découler du texte ou qu'elles sont dépourvues d'effet juridique. », D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 156.

²³⁷⁰ L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 622, « dans les décisions de conformité sous réserve d'interprétation constructive — qui ressemblent aux sentences additives italiennes — le juge constitutionnel ajoute au texte ce qui lui manque pour être conforme, sous couleur de l'interpréter » D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 157.

²³⁷¹ *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

dans la seule limite de ce qui est ‘possible’, de modifier le sens et par conséquent les effets des *primary* et *secondary legislations* ».

884. Dans ce cas très précis, l’étendu du pouvoir d’interprétation constructive du juge se voit légitimer par la source de ce pouvoir : le *Human Rights Act*, un *constitutional statute* adopté par le Parlement britannique. *A contrario*, la source prétorienne du principe de légalité ne semble pas, *a priori*, permettre une telle extension des pouvoirs du juge lors d’interprétation fondée sur ce principe.

885. Pour autant, conclure de cette seule observation que le contrôle exercé par le juge fondé sur le *Human Rights Act* et donc, supposément, sur la volonté du Parlement, serait plus poussé que celui exercé sur le fondement du principe de légalité et de la seule *common law* comme produit de la volonté des juges, reviendrait à manquer l’étendu et l’importance exercée par ce dernier principe de légalité. En effet, les développements connus par le pouvoir d’interprétation fondé sur le principe de légalité tel que développé par les juges ces dernières années, s’il ne connaît pas d’effets aussi variés que le principe d’interprétation fondé sur l’article 3 du *HRA*, a vu son champ d’application s’étendre et son intensité se renforcer. Ainsi, si « traditionnellement, l’idée que seuls les mots clairs d’une loi peuvent écarter ou limiter les normes issues de la *common law* était appliqué pour protéger des droits, comme spécifiquement, le droit de propriété, la liberté et le respect de l’intégrité physique »²³⁷², la reconnaissance par les juges de la *UKSC* de *common law constitutional rights* plus ou moins clairement identifiés a participé de l’extension du champ d’application du principe de légalité²³⁷³. Le développement au cœur de la *common law* d’un régime contemporain de protections des droits et libertés n’a été rendu possible que par le renforcement et l’extension du principe de légalité assurant aux *common law constitutional rights* à la fois une protection face au *secondary legislations* mais aussi face aux *primary legislations* et donc aux lois adoptées par le Parlement. Si la construction de la notion de *common law constitutional rights* par la doctrine première des juges de la *UKSC* apparaît comme interdépendante au développement du principe de légalité, elle a ainsi participé du renouvellement de la structure du constitutionnalisme proposé par la doctrine première des juges de la *UKSC*.

886. Néanmoins, et bien que les *common law constitutional rights* composent aujourd’hui un point névralgique pour actionner le principe de légalité, les juges n’ont pas limité le champ

²³⁷² J. Varuhas, « The principle of legality », *Cambridge Law Journal*, vol. 79, n°3, 2020, pp. 578-614, p. 580.

²³⁷³ *Idem*, p 584.

d'application de ce dernier principe aux seuls *common law constitutional rights*. Ainsi, les « principes » ou « valeurs constitutionnelles »²³⁷⁴ reconnus par les juges de la UKSC semblent composer un nouvel espace d'application du principe de légalité.

887. A cette extension du champ d'application du principe de légalité s'ajoute, selon le professeur J. Varuhas, une gradation nouvelle dans l'intensité du pouvoir d'interprétation exercée par le juge de *common law* sur le fondement du principe de légalité²³⁷⁵. Ce renforcement du principe de légalité, identifiée autour des évolutions des arrêts *Leech*²³⁷⁶, *Simms*²³⁷⁷, *Daly*²³⁷⁸ et *Unison*²³⁷⁹, implique pour le juge de ne plus se contenter de constater la volonté clairement exprimée du Parlement pour accepter les limitations des droits fondamentaux et principes constitutionnels issus de la *common law*, mais d'exercer en sus de ce contrôle sur la clarté de la volonté du Parlement, un principe de proportionnalité, proche de celui exercé dans le cadre de l'application des *Convention rights* et à même d'étendre le pouvoir d'interprétation des juges sur la volonté du Parlement chaque fois que jugé nécessaire par les cours de *common law*. Ainsi, et par le développement d'un principe dont ils sont les seuls auteurs, les juges de la UKSC sont venus imposer une limite réelle, bien que nuancée dans ces effets, à l'exercice du pouvoir juridique du Parlement.

888. Cette évolution de la représentation des limites juridiques à l'action du Parlement, trouve un relais dans la doctrine seconde de certains juges comme Lord Hope dont les idées en faveur du principe du *rule of law* et de la *common law* font écho aux écrits extrajudiciaires de Sir John Laws²³⁸⁰, ancien juge à la *Court of Appeal*. D'autres juges, comme Lady Hale, tout en posant la question de l'émergence d'un constitutionnalisme britannique entendu comme constitutionnalisme juridique²³⁸¹ et en observant l'évolution du rapport entretenu par le développement du pouvoir des cours et l'émergence de limites au pouvoir juridique du Parlement, font de leur doctrine seconde un espace où tenter de concilier l'idée d'une suprématie du Parlement et la réalité de la construction d'un discours constitutionnaliste

²³⁷⁴ *Idem*, p. 585

²³⁷⁵ Le principe de légalité « classique », ouvrant la possibilité pour le juge britannique d'exercer son pouvoir d'interprétation pour mettre en conformité une loi du Parlement avec les droits fondamentaux reconnus par la *common law*, dès lors qu'une incompatibilité entre la loi et la *common law* apparaît sans que les mots du Parlement ne fassent apparaître une intention claire et expresse se verrait compléter par deux nouvelles formes du principe de légalité : un principe de légalité « augmenté » et un principe de légalité « proactif » .

²³⁷⁶ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech* [1994] Q. B. 198

²³⁷⁷ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [1999] UKHL 33.

²³⁷⁸ *Daly v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.

²³⁷⁹ *R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

²³⁸⁰ J. Laws, « The constitution: morals and rights », *op. cit.*; J. Laws, « Law and democracy », *op. cit.*; J. Laws, *The Common Law Constitution, op. cit.*

²³⁸¹ Lady Hale, «UK Constitutionalism on the March?», *Judicial review*, vol 19, n°4, 2014, pp. 201-210.

juridique pour la constitution britannique. En ce sens, le rappel du principe de souveraineté du Parlement face au développement sur l'évolutions du rôle et des pouvoirs de la Cour Suprême apparaît comme une constante des écrits de Lady Hale. Constante qui s'est d'ailleurs vue rappeler dans l'arrêt Miller où le juge a semble-t-il rappelé la centralité du principe classique de souveraineté du Parlement. Pour autant, il convient de souligner que dans ce cas précis, le recours par les juges de la UKSC à une lecture stricte du principe de souveraineté du Parlement se révèle utilitariste et permet à la fois au juge d'échapper aux difficultés liées à la structure de la constitution territoriale issue de la *Devolution* et de réaffirmer une lecture unioniste, resserrée autour du pouvoir de Westminster au détriment de celui des parlements nationaux.

889. Ainsi, la réaffirmation en 2017 d'un pouvoir juridique plein au Parlement n'efface pas la dynamique de renforcement des pouvoirs des juges de *common law* connue depuis la création de la UKSC. Au contraire, cette dernière trouve une dimension nouvelle dans l'arrêt *Cherry/Miller*, où les juges, en cristallisant dans le droit la convention de la constitution établissant le contrôle politique exercé par le Parlement sur le Gouvernement, on fait de cette dernière un principe de *common law* à même dont le champ et les modalités d'application se retrouvent soumises au pouvoir normatif exercé par le juge. Le Parlement se retrouve dès lors, à la fois au regard de son pouvoir juridique, mais aussi de son pouvoir politique, encadré par la *common law*. Le développement d'un tel contrôle judiciaire du pouvoir législatif au nom de la protection de principes constitutionnels dégagés et définis par le juge peut cependant être regardé comme une tentative par le pouvoir judiciaire d'exercer un contrôle plus poussé et indirect sur l'Exécutif. En effet, l'intensification des pouvoirs de l'Exécutif et l'affaiblissement du contrôle exercé sur lui par le Parlement, l'émergence d'une *Executive primacy*²³⁸² et les interrogations autour d'une « *Prime Ministerial sovereignty* », interrogent la proximité entre les pouvoirs législatif et Exécutif et la soumission du premier au second²³⁸³.

890. C'est dans ce contexte que les juges de la UKSC dessinent au fil des décisions une nouvelle identité pour le *weak judicial review* jusqu'alors reconnue au juge britannique et proposent une lecture renouvelée du constitutionnalisme britannique.

²³⁸² P. Cane, « Executive Primacy, Populism and Public Law », *op. cit.*

²³⁸³ A. Young, « Relationship between the Parliament, the Executive and the Judiciary », *op. cit.*, p. 347, « More worryingly, we can point to recent developments in which legislation is being used to give greater powers to the executive, challenging the justification of the fusion between the legislature and the executive as a means of facilitating the ability of the legislature to control the powers of the executive ».

B. L'émergence d'un nouveau modèle de constitutionnalisme pour le Royaume-Uni

891. Le recours aux modèles du « constitutionnalisme du Commonwealth » ou du « *weak judicial review* » pour penser théoriquement le renouveau du constitutionnalisme britannique. Les réflexions de la doctrine française autour de la validité des critères classiques de catégorisation de la justice constitutionnelle²³⁸⁴ ont fait entrer de nouveaux outils conceptuels dans la pensée constitutionnaliste. Ces nouveaux axes de classification, nés dans les systèmes de *Common Law*, ont permis de rendre compte de types de constitutionnalisme restés jusqu'alors hors du regard français²³⁸⁵, la classification entre modèle américain et européen de justice constitutionnelle ne pouvant les saisir²³⁸⁶.

892. En ce sens, l'identification et la description par des auteurs issus de la tradition de *Common law* comme S. Gardbaum²³⁸⁷, M. Tushnet²³⁸⁸, J. L. Hiebert²³⁸⁹ ou J. Goldsworthy²³⁹⁰, d'un nouveau modèle de constitutionnalisme²³⁹¹, généralement caractérisé par l'adoption de « déclarations de droits qui tout en renforçant le pouvoir des cours dans la protection des droits, (...) autorisent néanmoins les branches élues du gouvernement à exercer un pouvoir plus important sur les droits »²³⁹², offre un cadre inédit aux observateurs français pour penser

²³⁸⁴ M. Carpentier, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 120, vol. 4, 2019, pp. 843-864 ; M. Altwegg-Boussac, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 13, disponible à <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>.

²³⁸⁵ Pour une interrogation historique sur l'originalité du constitutionnalisme britannique et sa résistance aux déclarations de droit, voir la thèse de C. Roynier, *Le Problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, Bibliothèque de la Pensée juridique, 2019

²³⁸⁶ L. Favoreu, « La décision d constitutionnalité », *op. cit.*, p. 622-624

²³⁸⁷ S. Gardbaum, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », *op. cit.*

²³⁸⁸ M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights – Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008

²³⁸⁹ Janet L. Hiebert, « Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model? », *Modern Law Review*, vol. 69, n°1, 2006; Janet L. Hiebert, « New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights? », *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, p.1963 et suiv.

²³⁹⁰ Jeffrey Goldsworthy, « Homogenising Constitutions », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n°3, 2003, pp. 483-505

²³⁹¹ Le terme « constitutionnalisme » n'est pas ici employé dans le sens restreint qui lui a été jusqu'alors donné pour caractériser les différents courants doctrinaux britanniques. Son emploi relève ici d'une théorie générale (globale ?) du droit constitutionnel et renvoie à l'utilisation faite dans les échanges doctrinaux entre académiques tant des systèmes continentaux que de *Common Law*. Ainsi, « Dans son acception courante, le constitutionnalisme désigne un mouvement qui vise à mettre en œuvre un idéal par les moyens propres du droit constitutionnel. Son contenu est donc variable, puisque le but visé est lui-même changeant. Longtemps le constitutionnalisme eut pour objet la mise en œuvre et la préservation de la liberté politique ». (J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n°1, disponible à <http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html>).

²³⁹² A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights*, Cambridge, CUP, 2009, p. 168.

et systématiser le renouveau des équilibres constitutionnels britanniques aux sorties de la période de réformes constitutionnelles qui marque la fin des années quatre-vingt-dix.

893. Ces réformes, qu'elles soient le fruit de lois du Parlement Britannique ou du développement de nouvelles doctrines par le juge de la *UKSC* ; ne permettent plus aujourd'hui de définir le constitutionnalisme britannique sur le seul principe de la souveraineté du Parlement. En cela, l'émergence de ces nouveaux modèles de constitutionnalisme – seront retenus ici plus spécifiquement celui du « constitutionnalisme du *Commonwealth* » développé par Stephen Gardbaum et celui du « contrôle faible de constitutionnalité » proposé par Mark Tushnet – doivent être compris comme empruntant une troisième voie pour l'encadrement du pouvoir de l'État²³⁹³. En cela, ils ouvrent un espace à la doctrine française pour renouveler sa compréhension du lien entre le droit politique britannique et sa compréhension contemporaine du *Rule of law*. Ces modèles se différencient à la fois du constitutionnalisme classique fondé sur une limitation politique et du constitutionnalisme moderne reposant sur un encadrement juridique du pouvoir étatique²³⁹⁴, sans pour autant rejeter tous les apports des deux modèles antérieurs. En effet, gardant pour eux la nécessité d'exercer à la fois un contrôle politique et un contrôle juridique sur le pouvoir de l'État, et ce afin de le tenir au respect des droits fondamentaux, le modèle du *Commonwealth* ou celui du *weak judicial review* écartent le principe d'exclusivité qui sous-tendait dans les modélisations du constitutionnalisme politique, la reconnaissance de la suprématie du pouvoir législatif²³⁹⁵ et dans les modélisations du constitutionnalisme juridique, la reconnaissance de la suprématie du pouvoir judiciaire par la pratique du contrôle de constitutionnalité²³⁹⁶.

894. Procédant d'une modélisation empirique fondée sur l'observation des systèmes constitutionnels canadiens, néozélandais, de certains états australiens, mais aussi du système britannique post-*HRA*, le modèle de constitutionnalisme du *Commonwealth* articule la dimension politique et juridique de la constitution autour de deux nouveaux mécanismes de contrôle de l'action étatique. Le modèle de constitutionnalisme du *Commonwealth* propose ainsi un premier mécanisme de contrôle politique *a priori* de la constitutionnalité des lois qui

²³⁹³ S. Gardbaum, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice », *Jus Politicum*, n° 13, décembre 2014, pp. 1-37, p. 1, « As a recent and ongoing experiment in constitutional design, the new Commonwealth model of constitutionalism may be something new under the sun. It represents a third approach to structuring and institutionalising basic constitutional arrangements that occupies the intermediate ground in between the two traditional and previously mutually exclusive options of legislative and judicial supremacy ».

²³⁹⁴ *Ibid.*

²³⁹⁵ *Ibid.*

²³⁹⁶ *Ibid.*

se voit compléter par l'existence d'un contrôle juridique faible et *a posteriori* de constitutionnalité des lois²³⁹⁷. Afin de décrire le premier de ces deux mécanismes, S. Gardbaum retient comme caractéristiques principales l'exigence pour l'Exécutif et le Législatif « de s'engager dans un contrôle du respect des droits fondamentaux d'une proposition de loi avant et pendant sa discussion devant le Parlement »²³⁹⁸. Dans le cadre britannique, ce processus de contrôle politique *a priori* est prévu à l'article 19 du HRA selon lequel :

« Un ministre de la Couronne en charge d'un projet de loi devant une des chambres du Parlement doit, avant la seconde lecture du projet de loi (a) faire une déclaration précisant que de son point de vue les dispositions du projet de loi sont compatibles avec les Convention rights ('une déclaration de compatibilité'), ou (b) faire une déclaration précisant que bien qu'il ne lui soit pas possible de faire une déclaration de compatibilité, le gouvernement souhaite néanmoins que le Parlement étudie le projet de loi ».

895. Contrairement à un système de souveraineté législative où aucun contrôle de constitutionnalité des lois ne se verrait reconnaître, le premier niveau de contrôle politique, est complété par un contrôle juridique *a posteriori* que le professeur M. Tushnet identifie comme un contrôle de constitutionnalité faible ou « *weak-judicial review* »²³⁹⁹. Ce dernier se distingue du type de contrôle de constitutionnalité pratiqué en Allemagne, aux États-Unis ou en France²⁴⁰⁰ en ce que le juge constitutionnel n'y détient pas, théoriquement, le « dernier

²³⁹⁷ *Ibid.*, p. 5, « *In essence, the new Commonwealth model of constitutionalism consists in the combination of two novel techniques for protecting rights. These are mandatory pre-enactment political rights review and weak-form judicial review* ».

²³⁹⁸ *Ibid.*

²³⁹⁹ M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights – Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, *op. cit.*, p. 24 et suiv.

²⁴⁰⁰ Si l'ensemble de ces systèmes pratiquent un contrôle juridique de la constitutionnalité des lois, chacun d'eux représentent une nuance du constitutionnalisme juridique en ce qu'ils pratiquent une version plus ou moins dure du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, et comme le relève le professeur S. Gardbaum, les différents modèles de justices constitutionnelles ne doivent pas tant être regardés comme des catégories fermées et exclusives l'une de l'autre. Elles composent au contraire deux pôles (idéels ?) entre lesquels se déploie un spectre de pratiques constitutionnelles diverses qui traduisent la complexité et la diversité des cultures constitutionnelles. Voir en ce sens, M. Altwegg-Boussac, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 13, disponible à <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>

mot »²⁴⁰¹ sur le pouvoir politique en matière de définition et détermination du champ d'application des droits et libertés fondamentales²⁴⁰². Le modèle du constitutionnalisme du *Commonwealth* opère ainsi une séparation et découple entre d'un côté le principe de « souveraineté judiciaire » et de l'autre l'existence d'un contrôle de constitutionnalité exercé par le juge. Au Royaume-Uni, cette césure est manifestée par le jeu entre les articles 3 et 4 du *HRA*. Là où le premier assure l'existence d'un contrôle par les juges de la *UKSC* de la conventionnalité des lois adoptées par le Parlement, le second pose une limite au pouvoir judiciaire en lui imposant un principe de *Judicial deference* manifesté par la déclaration d'incompatibilité faite au Gouvernement²⁴⁰³. Ainsi, la reconnaissance d'un contrôle de conventionnalité des lois au Royaume-Uni ne s'accompagne pas, de prime abord, d'une souveraineté judiciaire qui reste le marqueur du constitutionnalisme juridique et d'un contrôle de constitutionnalité des lois « fort ».

896. Les limites des nouveaux modèles de constitutionnalisme pour saisir la réalité du constitutionnalisme britannique développé par les juges de la UKSC. Si cette première lecture du cas britannique semble s'intégrer parfaitement dans le champ des critères proposés par S. Gardbaum pour l'identification du modèle de constitutionnalisme du *Commonwealth*, deux limites doivent néanmoins être mises à jour afin de révéler une image plus nuancée du constitutionnalisme britannique tel que compris et développé par les juges de la *UKSC*. En premier lieu, la catégorie construite par S. Gardbaum doit être regardée à la lumière de certaines de ses apories afin de mieux saisir les nuances et limites de son application au cas britannique. Ainsi, et comme le relève le professeur M. Altwegg-Boussac, « le modèle faible de constitutionnalisme est censé refléter un certain 'langage de la constitution' considéré comme 'structurant', en ce qu'il 'forme et oriente la manière dont est comprise la constitution'. Il est pourtant difficile d'identifier un langage homogène au sein des systèmes juridiques rattachés au nouveau modèle »²⁴⁰⁴. Cette difficulté, soulignée de manière similaire

²⁴⁰¹ M. Carpentier, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°120, vol. 4, 2019, pp. 843-864

²⁴⁰² Le critère de « dernier mot » est cependant relativisé par S. Gardbaum lui-même en ce qu'il observe qu'à la différence du modèle allemand, il existe dans le système américain une forme de dialogue entre la Cour Suprême et le Congrès à travers la répétition par ce dernier de

²⁴⁰³ *Human Right Acts* 1998, section 5

²⁴⁰⁴ M. Altwegg-Boussac, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *op. cit.*

par Sujit Choudry²⁴⁰⁵, implique de penser ce modèle comme une portion déterminée d'un spectre plus large, s'étendant du constitutionnalisme classique et politique au constitutionnalisme moderne et juridique, où les exemples utilisés par S. Gardbaum pour identifier les caractéristiques principales de son nouveau modèle se caractérisent par un haut degré d'hétérogénéité. Au cœur même du modèle de constitutionnalisme du *Commonwealth* la réalité empirique se fait plurielle et dévoile différentes façons de lier déclaration de droits, contrôle politique *a priori* et contrôle juridique faible *a posteriori*. Ainsi, si l'approche canadienne et la possibilité pour la Cour Suprême du Canada d'écarter temporairement certaines lois²⁴⁰⁶ rend l'approche du contrôle juridique plus stricte que dans le cas néo-zélandais où les juges se limitent à l'interprétation conforme des lois avec la déclaration de droits²⁴⁰⁷ et constitue ainsi une lecture plus politique que juridique du modèle construit par Gardbaum, le cas britannique semblait, en matière de *Convention rights* et d'application du *HRA* répondre parfaitement aux critères proposés pour le modèle de constitutionnalisme du Commonwealth.

897. Pour autant, et en deuxième lieu, cette lecture doit être nuancée au regard de deux éléments. Tout d'abord, et dans la pratique, le risque d'une sanction par la Cour EDH du Royaume-Uni dans le cas où le Parlement, suite à une déclaration d'incompatibilité de la *UKSC* refuserait de modifier la loi, conduit le pouvoir Législatif à suivre les recommandations du pouvoir judiciaire et interroge ainsi la réalité d'un « dernier mot » pour le pouvoir politique²⁴⁰⁸. Dans le modèle du constitutionnalisme du *Commonwealth* ou dans le modèle du *weak judicial review*, le fait de réserver au pouvoir politique « le dernier mot » est pensé comme « évitant de donner au juge un veto sur les décisions politiques adoptées démocratiquement, les cours pouvant agir comme un check-point, pratiquant 'une fonction interprétative, d'alerte et d'information' dans un dialogue continu ou un désaccord avec le pouvoir législatif à propos de ce que nécessitent les droits fondamentaux »²⁴⁰⁹. En d'autres termes ces modèles « en combinant le contrôle des cours avec le 'dernier mot' du pouvoir législatif, nous pourrions donner aux cours 'la responsabilité constitutionnelle de vérifier la

²⁴⁰⁵ S. Choudhry, « The commonwealth constitutional model or models? », *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, n°4, Octobre 2013, pp. 1094-1099, p. 1095, « My question is whether there is a single Commonwealth constitutional model, or, in reality, a set of Commonwealth constitutional models which share common features, but also differ in important respects that should matter to Gardbaum and others who want to understand the manner in which bills of rights are enforced in the Commonwealth jurisdictions under study, for both analytical and normative purposes ».

²⁴⁰⁶ *Ibid.*

²⁴⁰⁷ *Ibid.*

²⁴⁰⁸ *Ibid.*

²⁴⁰⁹ A. Kavanagh, « Underuse of the override », NYU Colloquium 2020, Draft Paper, p. 2

conformité des lois avec les droits protégés, tout en préservant l'autorité du pouvoir législatif à avoir le dernier mot »²⁴¹⁰. Mais la réalité de l'application de ces mécanismes tend à montrer que le coût politique du dernier mot est trop important pour que le Parlement ne l'assume²⁴¹¹. Ainsi, et comme le souligne le professeur Matthieu Carpentier en synthétisant la controverse qui a opposé le professeur Aileen Kavanagh²⁴¹² au professeur Stephen Gardbaum quant à la pertinence de l'application du modèle de constitutionnalisme du *Commonwealth* au cas britannique, le critère du « dernier mot » attribué au pouvoir politique comme marqueur identitaire du modèle « faible » de justice constitutionnelle, semble difficilement applicable dans le contexte précis qu'offre l'application de l'article 4 *HRA* au Royaume-Uni²⁴¹³. De même, et en miroir du constat de la faillite dans la pratique britannique, il peut être souligné qu'*a contrario*, le dernier mot attribué dans les systèmes de *strong judicial review* aux cours suprêmes ou aux cours constitutionnelles n'est pas toujours lui-même respecté. En ce sens la France²⁴¹⁴ et les États-Unis²⁴¹⁵ offrent des exemples, certes ponctuels, où les cours ont pu se voir dénier leur pouvoir de « dernier mot ».

898. Ainsi si le Parlement britannique ne fait pas usage de son « dernier mot » à raison du coût politique de ce dernier, qui sinon que le juge de la *UKSC* dans l'architecture constitutionnelle britannique pour faire usage d'un tel pouvoir ? A travers le pouvoir d'interprétation extensif que ce dernier s'est reconnu dans sa doctrine première et ceux à la fois dans le cas de l'application des *Convention rights*, que du principe de légalité ou des *common law constitutional rights*, le juge de la *UKSC* apparaît comme étant en pratique le véritable architecte des droits et libertés, mais aussi de la structure constitutionnelle britannique. En redéfinissant les équilibres des textes législatifs par son pouvoir interprétatif, le juge participe à la réécriture de l'objet droit public au cœur de l'étude académique des discours de la doctrine universitaire britannique. Il participe cependant aussi, et de manière plus fondamentale pour l'univers doctrinal britannique, d'un processus de sélection des modèles et programmes doctrinaux valides pour la discipline droit public. En adoptant une pratique qui, *de facto*, confirme ou infirme certaines représentations construites par les différents discours doctrinaux universitaires, la doctrine première de la *UKSC* vient renforcer

²⁴¹⁰ *Idem.*

²⁴¹¹ *Ibid.* p. 4.

²⁴¹² A. Kavanagh, « What's so weak about the 'weak judicial review'? The case of the UK Human Rights Act 1998 », *International Journal of Constitutional Law*, 2015, vol. 13, n°4, pp. 1008-1009.

²⁴¹³ *Ibid.*

²⁴¹⁴ Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993.

²⁴¹⁵ A. Kavanagh, « What's so weak about the 'weak judicial review'? The case of the UK Human Rights Act 1998 », *op. cit.*, p. 1036.

le pouvoir doctrinal exercé par certains programmes doctrinaux et participe des nouveaux équilibres de la discipline « droit public » au Royaume-Uni.

CONCLUSION CHAPITRE 1

899. Le « tournant théorique » amorcé dans la doctrine universitaire britannique a accéléré l'affaiblissement du pouvoir disciplinaire autrefois exercé par le modèle orthodoxe sur les structures des discours doctrinaux et sur l'identité de la discipline « droit public ». La disparition de ce pouvoir disciplinaire qui assurait l'unité et la stabilité de la discipline « droit public » au Royaume-Uni a laissé place à une démultiplication des programmes doctrinaux et avec eux une diversification des représentations de l'objet « droit public » au Royaume-Uni, mais aussi de la discipline académique faisant l'étude de cet objet. Dans ce nouveau paysage doctrinal aux spectres multiples s'échelonnant à la fois entre discours prescriptif et descriptif, entre approche morale, politique ou juridique de l'objet constitutionnel et du contentieux administratif, les tensions exercées sur l'identité de la discipline se multiplient au point de sembler mettre en danger l'unité de cette dernière. Parallèlement, l'attrait et la valorisation du milieu académique pour la pratique interdisciplinaire semblent étirer les frontières de la discipline jusqu'au risque de dislocation de cette dernière. Tandis que la concurrence entre programmes doctrinaux ne semble pas permettre l'émergence d'un nouveau consensus autour d'un modèle doctrinal et disciplinaire qui permettrait de stabiliser les frontières et l'identité de la discipline « droit public » britannique, l'émergence d'une doctrine organique produite par les juges de la *UKSC* apparaît comme un élément de stabilisation externe à la doctrine universitaire pour la discipline « droit public ».

900. En plaçant la matière constitutionnelle et administrative au cœur de son activité juridictionnelle, la *UKSC* a participé de l'émergence d'une doctrine organique pour le droit public britannique. De nature duale, entre doctrine première ayant une valeur normative et doctrine seconde n'ayant qu'une valeur scientifique, la doctrine organique du droit public, produite par la *UKSC*, se caractérise par le pluralisme des positions individuelles qui la compose. Elle trouve pourtant et ultimement un principe de structuration dans sa doctrine première à travers la production de décisions qui viennent remodeler à la fois l'architecture du droit public britannique, mais aussi les manières de comprendre et représenter ce dernier. En se faisant à la fois autrice du discours du droit public, mais aussi du discours sur le droit public, la doctrine organique de la *UKSC* offre une dimension nouvelle à la doctrine publiciste britannique faisant de cette dernière un discours doctrinal polyphonique. De même et parce qu'ultimement l'autorité des décisions qui composent sa doctrine première offre une réalité juridique auquel confronter, dans un jeu de falsification, les modèles et représentation

proposés par la doctrine universitaire pour le droit public britannique, la doctrine organique offre un principe de validation et d'élection des représentations du droit public. De par le développement de la *common law* et de son autorité dans la constitution britannique, la doctrine organique semble ainsi confirmer les modélisations des *common law constitutionalists*, leur offrant une légitimité nouvelle pour composer le noyau d'une discipline renouvelée du droit public.

901. Pour autant et parce que la doctrine organique n'a pas vocation à développer un modèle fini et dogmatique du droit public britannique, cette dernière est appelée à évoluer et à n'offrir qu'une confirmation transitoire au modèle proposé par les *common law constitutionalists*. En effet, les appels répétés à un *judicial restraint* et le projet de réforme de la procédure de *Judicial review*²⁴¹⁶ porté par le gouvernement Johnson pourraient venir brider la créativité et l'autorité qui caractérise encore les discours doctrinaux produits par la *UKSC*.

²⁴¹⁶ M. Elliott, «Judicial review reform IV: Culture war? Two of the UK Constitution», Public Law for Everyone blog, publié le 28 avril 2021, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2021/04/28/judicial-review-reform-iv-culture-war-two-visions-of-the-uk-constitution/>.

CHAPITRE 2

LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE CONTEMPORAINE, MODELE D'UNE DOCTRINE OUVERTE

902. Le postulat premier de cette recherche est né d'une intuition : l'existence d'une doctrine publiciste au Royaume-Uni. Avec lui, et à sa suite, cette étude a fait émerger l'identification puis l'observation d'un complexe discursif propre au discours sur l'objet « droit public » outre-Manche. Ce complexe, en rattachant à une communauté faiblement structurée d'auteurs un système de justifications et de validations des discours sur le droit public et de leurs représentations, a esquissé les conditions de véridiction du discours sur le droit public britannique et lié, au cœur même des modèles produits par ce discours les fonctions scientifique, idéologique et identitaire qui le conditionne. Ainsi et bien que se déclinant dans des nuances et critères singuliers face à ceux donnés aux représentations françaises de la doctrine juridique, ce complexe discursif britannique est apparu comme participant d'une même fonction : lier un savoir sur un objet précis à un pouvoir plus ou moins institutionnalisé permettant de discipliner l'accès à ce savoir et à sa formation. L'utilité ou la nécessité d'une telle analyse pourrait sembler secondaire face à l'étude des règles de droit positif. Pour autant, et bien que ce lien entre savoir et pouvoir sur le droit ne soit pas aussi médiat que l'examen de nouvelles règles de droit positif au sein du système juridique, il n'en demeure pas moins capital. C'est ce dernier qui, en conditionnant la définition de la matrice cognitive par laquelle se construisent les faits juridiques et les régimes qui leur seront applicables, détermine pour partie la structure profonde du système juridique²⁴¹⁷.

903. Le principe britannique de sélection des représentations du droit public ne connaît ainsi pas le même degré d'institutionnalisation que celui de la doctrine publiciste française qui, de par l'importance et la formalisation des conditions d'accès aux groupes d'auteurs reconnus comme appartenant à la doctrine, matérialise pleinement ce jeu entre savoir et pouvoir et, tout en le rendant tangible à ses observateurs, en discipline les conditions d'exercice. En d'autres termes, là où en France, le rapport entre le savoir sur l'objet « droit public » du discours et le

²⁴¹⁷ M. Van Hoecke, M. Warrington, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol 47, n°3, 1998, pp. 495-536, p. 522, «However, as we have noted in the previous Part a full legal system contains more than statutory law (and/or customary law) and case law. It also encompasses a legal doctrine. Legal doctrine forms an essential part of any full legal system. It allows the development of the conceptual framework of the legal order and its legal methodology. Except for maybe a short time after an all-encompassing codification, as with the Code Napoleon, legal doctrine is needed for structuring case law, statutory law, customary law».

pouvoir du discours sur son objet trouve à être montré, symbolisé, incarné par les caractéristiques mêmes de la doctrine publiciste française, au Royaume-Uni, ce jeu reste diffus, fugace presque invisible, mais pas pour autant absent au regard tourné vers le système juridique britannique. Pour autant, en faisant utilisation de la notion de « doctrine » construite par les auteurs contemporains sur le droit public français comme un outil épistémologique à même de dénouer la diversité des degrés de structuration et d'institutionnalisation des représentations du droit public et de leur influence sur la compréhension de cet objet, ce sont peu à peu les critères identitaires de la doctrine publiciste britannique qui se sont dévoilés.

904. L'identification dans un premier temps d'une matrice disciplinaire appuyée sur un programme doctrinal majoritaire assurant ou ayant assuré la permanence et la stabilité de l'identité de la discipline au-delà de dynamiques et d'évolutions internes, a marqué toute la première partie de cette étude. Elle a permis de mettre à jour comment, dans le jeu de la représentation, le modèle de droit public proposé par le programme doctrinal majoritaire, à la manière du miroir convexe ornant le point de fuite du tableau des époux Arnolfini réalisé par Jan Van Eyck, venait ajouter et soustraire à la réalité de l'objet censé être représenté, créant pour ce dernier un champ nouveau de signification et de réalité. Cette matrice disciplinaire et doctrinale a assuré, jusqu'au tournant des années quatre-vingt-dix, l'*idem* de la discipline droit public et la narration de sa propre identité.

905. Cette narration, si elle a longtemps été critiquée par une tradition de modèles contestataires sans pour autant voir sa légitimité en souffrir, semble devoir être aujourd'hui éclipsée par la démultiplication de nouvelles manières de dire et de représenter le droit public britannique et l'identité de sa discipline. Au cœur de cette dynamique, deux phénomènes distincts se sont dessinés. Tout d'abord, la rencontre de la discipline « droit public » avec des disciplines autres au travers d'une interdisciplinarité renforcée, puis dans un second temps, la rencontre des auteurs britanniques classiques de la discipline droit public - les auteurs académiques - avec une nouvelle catégorie d'auteurs sur le droit public britannique à travers l'émergence d'une doctrine organique. De ces deux dynamiques apparaît une ouverture nouvelle de la discipline "droit public" au Royaume-Uni. Cette ouverture à la fois disciplinaire et organique participe de la recomposition de l'identité de la discipline en modifiant très directement les structures et les auteurs du discours doctrinal.

906. Pour autant, arrêter à l'effet de ces seuls facteurs d'ouverture l'étude de l'identité contemporaine du droit public britannique reviendrait à considérer cette même identité comme un objet statique seulement déterminé par ses caractéristiques internes et la narration de ces derniers. Pourtant, l'identité implique, au-delà de cette première identification, une dialectique

qui permet de dessiner dans le rapport à l'autre, ici le droit autre et la doctrine autre, une identité réflexive et dynamique. Ainsi et au-delà de l'hypothèse et de la confirmation de l'existence d'une doctrine publiciste britannique, l'étude de son identité suppose, certes d'en étudier les caractères propres, leurs narrations, mais aussi la construction des liens entre cette doctrine et d'autres représentations juridiques, situées en dehors de son propre système juridique. Si l'analyse de tels liens supposerait une étude à part entière, sa présentation rapide et nécessairement partielle permet néanmoins de clôturer, ou du moins de cercler, l'étude de la doctrine britannique en allant esquisser jusqu'à ses frontières, les dynamiques identitaires s'y traçant.

907. La prise en compte dans l'étude de l'identité de la discipline "droit public" de cette dialectique entre la doctrine publiciste britannique et des doctrines publicistes autres, implique cependant une double dimension. En effet, et parce que la doctrine lie à la fois un discours ou un savoir aux auteurs de ce discours ou de ce savoir, interroger l'ouverture vers d'autres doctrines implique de manière consubstantielle d'interroger à la fois l'ouverture du discours en lui-même, par le recours notamment à des références de doctrine étrangère, mais aussi la possibilité pour les auteurs eux-mêmes de rencontrer et échanger avec des auteurs d'autres systèmes juridiques. Mais et au-delà de cette possibilité de dialogue entre doctrines nationale et étrangère, cette ouverture vers des doctrines autres implique en retour une réflexion renouvelée sur l'identité de la discipline britannique du droit public. En effet, la dialectique entre le discours autre, que ce dernier soit un autre disciplinaire ou un autre système juridique, et le discours de la doctrine publiciste britannique interroge les frontières de cette dernière et sa perméabilité à de nouvelles façons de penser et de se représenter le droit public. Elle fait aussi ressurgir avec elle une même tension déjà observée dans le recours à l'interdisciplinarité : la rencontre de l'autre est toujours une mise en danger d'une certaine représentation de son identité. C'est en cela que tant l'interdisciplinarité que le droit comparé portent un caractère subversif pour toute logique disciplinaire²⁴¹⁸. Pour autant, ce risque de l'autre doit être pris, car sans lui, un autre risque se dessine : celui d'un entre-soi, d'une

²⁴¹⁸ Pour le caractère subversif de la pratique interdisciplinaire, voir J. M. Balkin, « Interdisciplinarity as Colonization », *Washington and Lee Law Review*, vol. 53, 1996, pp. 956-970, p. 957, « *If disciplinarity is authoritarian, then perhaps interdisciplinarity is rebellious, even romantic. It is a form of intellectual martyrdom, a self-sacrifice against mindless authority; it offers a vision of independence of mind and spirit highly flattering to the average academic's self-conception. Interdisciplinary scholars are romantic rebels: they question authority by transgressing disciplinary boundaries. They are champions in the service of a greater truth that transcends scholastic categories* » ; pour le caractère subversif du droit compare, voir: H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit compare », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 52, n°3, 2000, pp. 503-527

reproduction sclérosante de représentations déjà refermées sur elles-mêmes qui découpent la réalité de son objet sans jamais chercher à en renouveler la perspective.

908. En ce sens, la doctrine publiciste britannique semble se dessiner au travers de deux dynamiques d'ouverture distinctes. Tout d'abord, et de par son appartenance à la tradition de *Common law*, la doctrine britannique trouve dans les doctrines autres de cette même tradition des interlocuteurs privilégiés avec qui entamer un dialogue fondé sur le partage de concepts, de méthodes communes, mais aussi d'une même langue de communication, voire, à un certain degré de culture. De ce lien particulier, né d'une histoire juridique en partage, se dessine les canaux d'un dialogue en apparence privilégié et semblant pouvoir donner corps à des échanges doctrinaux transnationaux (*Section 1*). Mais, le constat de l'existence d'une communauté d'auteurs sur le droit public échangeant dans le cadre de la tradition de *Common law* ne signifie pas l'absence de rencontre avec d'autres systèmes juridiques et doctrinaux se situant au-delà du périmètre de cette tradition juridique. Ainsi et de manière arbitraire, le choix de porter un certain regard français sur les seuls échanges entre doctrines publicistes française et anglaise vise à démontrer ce qui au-delà de l'utilisation des écrits doctrinaux étrangers conditionne la réception de la pensée d'un système juridique autre et le dialogue avec ce dernier. En somme, cet exemple permettra d'interroger les conditions profondes qui marquent l'ouverture ou la clôture des discours doctrinaux afin d'apprécier la réalité de l'ouverture de la doctrine publiciste britannique (*Section 2*).

Section 1. L'intégration de la doctrine britannique dans des dialogues transnationaux

909. De l'Empire britannique à l'Union européenne, l'appartenance passée ou contemporaine du système juridique britannique à diverses structures supranationales a construit pour ce dernier des réseaux d'échanges et d'interactions importantes avec des systèmes juridiques qui lui étaient étrangers. Est-ce pour autant à dire que ces réseaux ont favorisé la construction de dialogues entre la doctrine publiciste britannique et ces systèmes autres ? Si dans le cadre de la doctrine organique, tant la représentation classique du droit public britannique, l'affirmation de la souveraineté du Parlement que la structure verticale de la constitution impériale ont pendant longtemps enfermé les juges britanniques dans un monologue plus ou moins affirmé, le décloisonnement des cours britanniques tant par le processus d'intégration dans les systèmes de l'Union européenne, mais aussi de la Convention *EDH* que plus largement les effets de la globalisation juridique, a inscrit les juges dans un dialogue renouvelé avec leurs

homologues étrangers. Dans ce contexte, la doctrine organique s'inscrit dans une pluralité de réseaux d'échanges transnationaux qui viennent à se matérialiser dans le recours à l'argument de droit étranger dans la doctrine première de la *UKSC* et dans le renforcement des échanges extrajudiciaires entre les juges britanniques et leurs homologues étrangers (§1.). De son côté, si la doctrine académique avait pu trouver dans l'étude et l'enseignement du droit de l'Union européenne et du droit européen des droits de l'Homme des interfaces facilitant la construction d'un dialogue avec les publicistes européens, les effets sur l'enseignement supérieur du *Brexit* et la prise de conscience de l'existence d'un droit public de tradition de *Common law* semblent aujourd'hui favoriser et renforcer les dialogues entre doctrines publicistes issus de systèmes de *Common law*, voire et plus précisément du *Commonwealth* (§2.).

§1. L'intégration de la doctrine organique dans des dialogues transnationaux multiples

910. La construction de l'identité du système juridique britannique s'est forgée dans l'affirmation et la revendication de son originalité, ou plutôt, et pour plus de justesse, dans l'affirmation et la revendication de la singularité, non pas du système dans son ensemble, mais d'un seul de ses sous-ensembles : le système juridique anglais. Cette revendication, ancrée au-delà de la sphère juridique, apparaît plus largement comme un trait culturel propre à la population anglaise et trouve un exemple marquant dans les propos tenus par Emma Warburton Hamlyn, fondatrice du *Hamlyn Trust* et à l'origine des conférences annuelles données, à la fois par des académiques et juges britanniques, autour de thématiques majeures et des évolutions du droit positif britannique, les *Hamlyn lectures*. Cette dernière, comme le rappelle Lord Bingham en introduction de son propre cycle d'*Hamlyn lectures* données en 2010 et dédiées à l'internationalisation du discours des juges britanniques, pense avant tout le droit anglais comme un droit d'exception et demeurant inégalé. Ainsi et si Madame Hamlyn invite à ce que ces conférences soient données aux « citoyens du Royaume-Uni et d'Irlande du Nord » afin, notamment de les instruire au « droit comparé et à l'ethnologie des pays européens principaux dont le Royaume-Uni »²⁴¹⁹ ; ce projet scientifique ne se révèle pas neutre. Il s'inscrit tout au contraire dans le discours de l'affirmation et de la revendication de l'originalité, entendue comme supériorité du droit britannique, et vise en ce sens à ce que « les citoyens du Royaume-Uni puissent réaliser le privilège qui est le leur au regard de leur droit

²⁴¹⁹ T. H. Bingham, *Widening Horizons – The influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, Cambridge, CUP, Hamlyn Lectures Series, 2010, pp. vi-vii

et de leur coutume en comparaison des autres peuples européens et réalisant et appréciant un tel privilège qu'ils puissent reconnaître la responsabilité et les obligations attachées à lui »²⁴²⁰. Il n'y aurait ainsi pas de dialogue possible entre les systèmes juridiques autres et le système juridique anglais, seul un monologue à l'avantage du système britannique. Cette image, construite sur la mythologie de l'Empire britannique et de l'Angleterre coloniale, est aujourd'hui largement dépassée par la réalité des échanges dans lequel la globalisation juridique appelle les juges britanniques à s'intégrer. Ainsi, les juges de la *UKSC* s'insèrent aujourd'hui dans une diversité et multiplicité d'interaction avec des discours autres qui trouvent à s'illustrer à la fois dans la construction de leur doctrine première pour le droit public (A), mais aussi de leur doctrine seconde (B). En ce sens, si le projet de Madame Hamlyn apparaît comme la lointaine évocation d'une époque juridique largement dépassée, elle nous renseigne pourtant sur les tensions inhérentes au sein des discours du système juridique britannique dont la tentation isolationniste a pu être réaffirmée lors du processus du *Brexit*.

A. Le recours aux décisions étrangères, monologue ou dialogue de la doctrine première de la *UKSC*

911. Du monologue au dialogue ou la fin de l'isolationnisme judiciaire britannique.

L'affirmation l'« *englishness* » ou la « *britishness* » du droit britannique et son illustration²⁴²¹, loin d'être anecdotique offre tout au contraire une clef de lecture majeure pour comprendre les rapports construits par le système juridique britannique et plus précisément les juges anglais comme acteurs et auteurs de ce système, à l'égard des cours étrangères. C'est en effet dans ce dernier rapport, rendu tangible au niveau de la doctrine première des juges de la Cour suprême britannique par l'utilisation de décisions étrangères, voire d'écrits académiques étrangers, que peut être mesuré, une première fois, le degré d'ouverture de la doctrine publiciste organique. Or, il convient de relever que classiquement, l'isolationnisme judiciaire britannique a longtemps primé ou du moins été revendiqué²⁴²². Il n'est dès lors pas surprenant que Lord Bingham ouvre sa première *Hamlyn's conference* en résumant les propos de Madame Hamlyn à la formule suivante « ainsi la jurisprudence des principaux pays européens était fermement estampillée 'pas pour importation' »²⁴²³, ajoutant aussitôt « Comme Lord

²⁴²⁰ *Ibid.*, p. vii

²⁴²¹ Il convient néanmoins de rappeler que les propos de Madame Hamlyn sont prononcés en juin 1939 dans le contexte spécifique d'un patriotisme affirmé à la veille de la Seconde Guerre Mondiale, voir en ce sens, T. H. Bingham, *Widening Horizons*, *op. cit.*, p.3.

²⁴²² *Ibid.*, p. 2.

²⁴²³ *Ibid.*, p.1.

Hailsham l'a une fois relevé, 'l'étranger c'est pour les vacances' »²⁴²⁴. Si la formule peut prêter à sourire, elle traduit néanmoins la réalité d'une Angleterre qui « dans toutes les autres branches du savoir communiquant activement avec le reste du monde, devait, seulement dans le droit demeurer isolée du reste du monde, comme coupée de ce dernier par une muraille de Chine »²⁴²⁵. Ce mur de prime abord infranchissable résulte de la certitude inébranlable de la supériorité de la *common law* britannique²⁴²⁶. Certitude qui, même chez un juge aussi ouvert que Lord Denning, peut sembler affleurant lorsque ce dernier affirme :

912. « Aucune personne venant devant les cours [britanniques] pour demander justice ne devrait venir en vain... Le droit de venir ici n'est pas réservé aux Anglais. Il s'étend à tout étranger amical. Il peut chercher l'aide de nos cours s'il le désire. Vous pouvez appeler cela du 'forum-shopping' si vous le souhaitez, mais si ce forum est en Angleterre, c'est un bon endroit pour y faire son shopping à la fois pour la qualité de ses biens et la rapidité de son service »²⁴²⁷.

913. Le discours sur l'« *englishness* » du droit britannique et la croyance qui le sous-tend doivent néanmoins être replacés dans leur contexte historique. Il convient ainsi de souligner qu'une telle représentation de l'exceptionnalisme juridique britannique puise ses racines dans la constitution impériale et dans l'histoire coloniale du Royaume-Uni²⁴²⁸. Depuis ce prisme, le droit anglais se voit et se vit comme un droit d'exportation et se trouve de même contemporain d'une pratique du droit comparé visant la recherche d'un droit commun universel²⁴²⁹ correspondant *de facto* aux modèles juridiques exportés par les systèmes occidentaux²⁴³⁰. En cela, l'image et l'identité du droit anglais comme droit autosuffisant et

²⁴²⁴ *Idem.*

²⁴²⁵ Lord Bingham, « There is a world elsewhere: The changing perspectives of English law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, n°3, pp. 513-529, p. 514.

²⁴²⁶ *Ibid.*, p. 515, « In so far as comparisons were drawn with what went on elsewhere, they were to England's advantage. When I started in practice, it was an almost universal article of faith that English law and legal institutions were without peer in the world, with very little to be usefully learned from others (save, on occasion, the High Court of Australia) ».

²⁴²⁷ *Ibid.*, p. 514.

²⁴²⁸ *Idem.*

²⁴²⁹ A. Peters, H. Schwenke, « Comparative Law beyond Post-Modernism », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n°4, 2000, pp. 800-834, p. 803, « European comparative legal studies began with universalist aspirations search of, so to speak, the lost unity of natural law (...) Comparison of the existing bodies of positive law had primarily idealist, rational, liberal, and enlightened motives. Comparatists tended to believe in the common nature of man as a rational being, they were mostly liberals (in the European sense) who favoured modern parliamentary legislation and studied foreign examples in search of material for codification, including projected constitutions ».

²⁴³⁰ *Idem.*

clos ne diffèrent guère de celle du droit français qui lui est alors contemporain²⁴³¹. Ce discours situé historiquement et idéologiquement trouve une illustration dans l'analyse des échanges entre les juridictions australiennes et britanniques. Cette analyse, notamment menée par le juge australien Michael Kirby²⁴³², membre de la *High Court of Australia*, est l'occasion de rappeler le lien organique entre les deux systèmes juridiques. Ce lien a été assuré par le *Privy Council* jusqu'en 1986, date à laquelle le système juridique australien prend pleinement son indépendance face au système britannique et où les appels depuis la *High Court* australienne vers le *Privy Council* cessent²⁴³³. Or, l'étude Michael Kirby permet de mettre en lumière la déférence des juges australiens à l'égard des *Law Lords* de l'*Appellate Committee* et ce au-delà de 1986. Cette déférence est particulièrement remarquable en ce que l'*Appellate Committee* n'a jamais été intégré aux juridictions australiennes contrairement au *Privy Council*²⁴³⁴. Elle représente en cela un témoin tout particulier de l'influence du Royaume-Uni sur les systèmes juridiques issus de son processus de décolonisation et offre surtout un exemple de son influence sur les cours du *Commonwealth*²⁴³⁵. Elle est enfin le témoin d'une relation asymétrique, l'*Appellate Committee* n'ayant pas, pendant une large partie du XX^e siècle, porté dans le cadre du développement du droit public son regard vers un « ailleurs juridictionnel »²⁴³⁶. Cette position, propre aux cours anglaises n'est cependant pas celle retenue par les juges de la *Court of Session* écossaise et démontre au cœur même du système juridique britannique une asymétrie dans la construction de son rapport à un autre juridictionnel. Cette ouverture écossaise vers l'autre, soulignée par Lord Bingham²⁴³⁷ peut être illustrée par l'arrêt *MacCormick v. Lord Advocate*²⁴³⁸ déjà évoqué. En effet, l'opinion rédigée par le *Lord President* Cooper ne manque pas de faire explicitement référence à la doctrine du *Manner and form* telle que développée par l'*Appellate division* de la Cour suprême sud-

²⁴³¹ Pour une illustration dans le champ du droit administratif, voir A. Neyrat, *Le rapport du droit administratif national aux droits administratifs étrangers : les cas de la France et de l'Espagne*, Thèse de doctorat en Droit sous la direction de F. Mellerey, Université de Bordeaux, 25 novembre 2016, p. 41 et suiv.

²⁴³² M. Kirby, « The Lords, Tom Bingham and Australia », In. M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Tom Bingham and the Transformation of the Law – A liber Amicorum*, Oxford, OUP, 2009, pp. 713-729.

²⁴³³ *Ibid.*, p. 718.

²⁴³⁴ *Ibid.*, p. 719.

²⁴³⁵ *Idem.*

²⁴³⁶ *Ibid.*, p. 717

²⁴³⁷ Lord Bingham, « There is a world elsewhere (...) », *op. cit.*, p. 517

²⁴³⁸ (1953) SC 396

africaine dans sa décision *Harris v. Minister of the Interior (no.2)*²⁴³⁹. Plus largement, il y est aussi fait référence à l'apport des Cours suprêmes américaines et australiennes²⁴⁴⁰.

914. Pour autant, et au-delà de la contextualisation historique, si les juridictions anglaises semblent en effet être caractérisées par leur isolationnisme, cette image construite depuis l'Angleterre afin de valoriser l'identité de son système juridique doit être nuancée à deux niveaux. Tout d'abord, la réalité de la pratique judiciaire de l'*Appellate Committee* de la *House of Lords* semble pouvoir modérer l'affirmation de juges autosuffisants dont le regard ne saurait se porter vers le travail de systèmes juridiques étrangers. Ainsi, et dans le champ du droit privé, il peut être souligné que les juges britanniques ont pu trouver leur inspiration dans le droit civil français ou allemand²⁴⁴¹. L'absence d'un discours juridictionnel encore affirmé sur le droit public britannique ne semble pas pouvoir offrir de prime abord d'exemples aussi marquant de recours à des décisions étrangères dans ce champ spécifique du droit. Néanmoins, ce que permettent de souligner ces exemples est tout d'abord la dynamique habitant l'ouverture ou la fermeture des systèmes juridiques et plus particulièrement le recours des cours nationales aux décisions étrangères. En effet, la question de l'ouverture des cours nationales à un « ailleurs juridique » ne trouve pas une réponse définitive, mais doit être regardée en termes de dynamiques, et est donc appelée à trouver des réponses différenciées en fonction des époques.

915. En ce sens, Lord Bingham souligne que si l'image proposée par Savigny au milieu du XIX^e siècle d'une Angleterre juridique tenue à l'écart du monde par une muraille de chine « n'a jamais été totalement vraie », néanmoins « il y a peut-être eu une période au milieu de ce siècle pour laquelle cette affirmation était plus vraie qu'elle ne l'avait jamais été et qu'elle ne l'a été depuis »²⁴⁴². Cette période apparaît révolue à la fin du XX^e siècle. L'intégration européenne, l'adoption du *Human Rights Acts* et plus largement la construction d'un discours prétorien sur les droits et libertés fondamentales poussent les juges à investir la relation du système juridique britannique avec les autres cours nationales sous de nouvelles formes. Ainsi, « les années quatre-vingt-dix seront commémorées comme la période où l'Angleterre – et j'insiste sur l'Angleterre – cesseront d'être une île juridique, délimitée au nord par le Tweed, et auront rejoint, ou de manière plus précise auront rejoint à nouveau, la tradition juridique

²⁴³⁹ (1952) 4 SA 769

²⁴⁴⁰ *MacCormick v. Lord Advocate* (1953) SC 396, voir l'opinion du Lord President Cooper.

²⁴⁴¹ T. H. Bingham, *Widening horizons*, *op. cit.*, pp. 5-7, 18-19

²⁴⁴² Lord Bingham, « There is a world elsewhere (...) », *op. cit.*, p. 514.

européenne, du moins comme membre associé, une époque où (...) les juristes britanniques auront cessé de regarder l'Europe comme un ailleurs »²⁴⁴³. Les juges britanniques s'ouvrent de nouveau à un dialogue avec les systèmes juridiques étrangers et cette ouverture nouvelle, accompagnant la construction d'un discours des juges pour le droit public, construit pour ce dernier ce qui semble pouvoir être caractérisé de « *new internationalism* »²⁴⁴⁴. Cette dynamique d'ouverture si elle habite les premiers temps de la construction d'un discours prétorien sur les droits et libertés semble pourtant aujourd'hui moins évidente.

916. L'émergence d'un « *new internationalism* » pour le droit public britannique. La dynamique d'ouverture qui marque le discours prétorien britannique à partir des années quatre-vingt-dix ne témoigne pas d'une originalité particulière du système britannique, mais l'intègre tout au contraire dans un mouvement global d'internationalisation des sources prétoriennes²⁴⁴⁵ qui a déjà fait l'objet de multiples d'études²⁴⁴⁶. Ce mouvement, loin d'être un phénomène homogène, témoigne au contraire de différents types et modes de recours à des sources extranationales par les juges nationaux qui trouvent une illustration dans la jurisprudence de la UKSC. Il existe en effet une différence de nature indéniable entre la citation par les membres de la *Supreme Court* de décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans le cadre de l'interprétation du *Human Rights Act* et la référence faite par ces mêmes juges à une décision rendue par une cour suprême étrangère. Dans le premier cas, l'ouverture du juge de la UKSC vers un autre judiciaire se voit encadrée et prévue par un *constitutional statute*, à travers l'article 2 du *Human Rights Act* imposant aux juges britanniques de prendre en compte dans les litiges relatifs aux *convention rights* « les jugements, décisions, déclarations ou avis de la Cour Européenne des Droits de l'Homme »²⁴⁴⁷. En d'autres termes, il s'agit dans cet exemple d'incorporer une nouvelle source

²⁴⁴³ *Ibid.*, p. 515.

²⁴⁴⁴ T. Poole, « Harnessing the Power of the Past: Lord Hoffmann and the Belmarsh Detainees Case », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n°4, 2005, pp. 534-561, p. 537, « Lord Bingham's speech - the leading judgment in the House - was the very model of the 'new internationalism'. That speech contained an extensive survey of European Convention jurisprudence, a substantial number of references to relevant international instruments, resolutions and reports, as well as a more than cursory consideration of United States and Canadian cases ».

²⁴⁴⁵ E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 1 : « The highest national Courts in Europe and North America are faced with important changes under the effects of globalisation. Legal systems and actors within these legal systems are increasingly interconnected. These interconnections have brought an increasing number of cases with international or foreign aspects in courts ».

²⁴⁴⁶ T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013 ; M.-C. Ponthoreau, « Le recours à 'l'argument de droit comparé' par le juge constitutionnel – Quelques problèmes théoriques et techniques », In. F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 167-184.

²⁴⁴⁷ *Human Rights Act* 1998, section 2 (1) (a).

normative d'origine étrangère au cœur du système juridique britannique, en accord avec la volonté du Parlement de *Westminster* et conformément au dualisme de l'ordre juridique britannique. Dans le second cas, la citation et le recours à une décision étrangère ne s'intègrent pas dans un rapport entre systèmes juridiques nationaux et supranationaux. Ils ne se voient pas non plus prévus ou encadrés par un texte à valeur constitutionnelle. Pour autant, tous deux « sont des formes de communication transjudiciaire : des communications entre les cours – qu'elles soient nationales ou supranationales – par-delà les frontières. Ils varient énormément, néanmoins, en forme, en fonction, et en degré d'engagement réciproque »²⁴⁴⁸.

917. De l'étude de ces différences, le professeur Anne-Marie Slaughter dresse une classification des différents types de recours au droit étranger usités par les juges des cours nationales. « La géométrie des communications transjudiciaires var[ia]nt en fonction du statut national ou transnational des cours dialoguant »²⁴⁴⁹, trois catégories principales se dégagent et permettent de distinguer entre les échanges horizontaux, verticaux, et ceux dits mixtes²⁴⁵⁰. Par la première de ces dénominations, le professeur Anne-Marie Slaughter désigne les échanges entre cours d'un même statut, qu'elles soient nationales ou supranationales²⁴⁵¹. Dans le cadre de la *UKSC*, le recours aux échanges horizontaux désigne le dialogue instauré entre cours suprêmes nationales qui se trouve matérialisé, notamment par la citation ou à la référence à des décisions étrangères. Ce type d'échange est facilement illustré par la *common law* de droit privé²⁴⁵² développée par la *UKSC* où des exemples de citation de décisions américaines,

²⁴⁴⁸ A. -M. Slaughter, « A typology of Transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, n°1, pp. 99-137.

²⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 103.

²⁴⁵⁰ *Idem.*

²⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 103, « *Horizontal communication takes place between courts of the same status, whether national or supranational, across national or regional borders. The best developed form of such communication is among the constitutional courts of Europe (...)* ».

²⁴⁵² Pour une analyse de ces échanges dans le seul champ de la Tort law, voir : S Keith, « Comparative Law in the House of Lords and Supreme Court », *Common Law World Review*, vol. 42, n°3, 2013, pp. 269-296, voir plus spécifiquement, p.286, « *The statistics show the widespread use of common law authorities in the cases surveyed. Of the 110 cases surveyed, 73 (66.4 per cent) contain references to the law of other common law jurisdictions. The data also shows that the decisions of a small number of jurisdictions dominate the picture. Australia (used in 53 of 110 cases), the United States (39), Canada (34) and New Zealand (29) dominate. Material from other major common law jurisdictions is rarely used. There are six references to South Africa, five to the Republic of Ireland, two to Hong Kong and a single reference to decisions from India and Singapore* ».

canadiennes²⁴⁵³, australiennes²⁴⁵⁴, néo-zélandaises²⁴⁵⁵, indiennes²⁴⁵⁶ ou encore sud-africaines témoignent des liens persistants et profonds entre les différents systèmes de tradition de *Common law* et plus particulièrement entre les États du *Commonwealth*. Ces références localisées au sein d'une même tradition juridique se voient complétées par des références de plus en plus marquées au droit allemand²⁴⁵⁷ et au droit français²⁴⁵⁸. Ces dernières mettent en lumière à la fois l'intérêt propre de certains juges pour les droits continentaux,²⁴⁵⁹ mais aussi

²⁴⁵³ À titre d'exemple, l'opinion rédigée par Lord Bingham dans la décision *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others* [2002] UKHL 22, relative au contentieux de l'exposition à l'amiante dans le cadre du travail, cite la décision *Snell v. Farell* [1990] 2 SCR 311 en son point 11. De même, Lord Bingham au point 27 de son opinion cite la décision de la Cour Suprême Canadienne *Cook v. Lewis* [1951] SCR 830. Dans la décision de la UKSC, *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11 relatif à la négligence médicale, Lord Kerr et Lord Reed font références à l'arrêt de la Cour Suprême canadienne *Reibl v. Hughes* [1980] 2 SCR aux point 51 et 70 de l'opinion.

²⁴⁵⁴ Ainsi et à titre d'exemple, dans la décision *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council Kleinwort*; rendue par la *House of Lords*, Lord Browne-Wilkinson cite l'affaire *University of Wollongong v. Merwally de la High Court of Australia* (158 CLR 447) et mentionne la législation néozélandaise et australienne en matière de recouvrement de fonds. Dans cette même décision, Lord Goff fait références aux affaires *David Securities Pty Ltd v. Commonwealth Bank of Australia* (1992) 175 CLR 353, *Commissioner of State Revenue v. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994) 182 CLR 51, *Bell Bros. Pty. Ltd. V. Shire of Serpentine – Jarrahdale* [1969] W. A. R. 155, voir en ce sens : *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council Kleinwort*; *Benson Ltd v. Mayor etc of the London Borough of Southwark and Others Kleinwort*; *Benson Ltd v. Birmingham City Council Mayor etc of the London Borough of Kensington and Chelsea and Others* [1998] UKHL 38; De même, dans la décision *Reynolds v. Times Newspapers Ltd and other* [2001] 2 AC 127, Lord Nicholls se réfère et cite l'arrêt australien *Lange v. Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 CLR 520 afin de penser le champ d'application du *qualified privilege* en matière de diffamation. Dans cette même affaire, Lord Cooke cite les arrêts *Theophanous v. Herald and Weekly Times Ltd* (1994) 182 CLR 104 et *Stephens v. West Australian Newspaper Ltd.* (1994) 182 CLR 211. L'affaire *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11 offre un exemple de véritable dialogue entre les juridictions britannique et australienne, Lord Kerr et Lord Reed dans leur opinion conjointe interrogent ainsi le principe de négligence médicale et le test créé par les *Law Lords* dans l'arrêt *Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582 à la lumière de l'interprétation donné à ce dernier par la *High Court of Australia* dans l'arrêt *Rodgers v Whitaker* (1992) 175 CLR 479.

²⁴⁵⁵ À titre d'exemple, dans la décision *Henderson v. Merett Syndicates* [1994] UKHL 5, Lord Goff mentionne l'arrêt de la *Court of Appeal* néozélandaise *McLaren Maycroft and Co. v. Fletcher Development Co. Ltd* [1973] 2 NZLR 100 et cite la décision *Rowlands v. Collow* [1992] 1 NZLR 178 en matière de responsabilité contractuelle. De même, dans la décision rendue par les *Law Lords*, *White v. Jones* [1995] 2 AC 207, Lord Goff propose dans son opinion un panorama de l'état du droit en matière de respect de la volonté du défunt dont le testament ne serait pas clair au sein de divers systèmes de droit de *Common law*. Dans cet usage du droit compare, Lord Goff mentionne l'état de la jurisprudence en Nouvelle-Zélande et mentionne la décision *Gartside v. Sheffield, Young & Ellis* [1983] N.Z.L.R. 37. Dans la décision *Reynolds v. Times Newspaper Ltd and others* [2001] 2 AC 127, Lord Nicholls mentionne la décision *Lange v. Atkinson* [1983] 3 NZLR 424. Dans cette même décision, Lord Cooke fait quant à lui références aux arrêts *Templeton v. Jones* [1984] 1 NZLR 448, *Bradney v. Virtue* (1909) 28 NZLR 828, *Truth (NZ) Ltd v. Holloway* [1960] NZLR 69, *Dunford Publicity Studios ltd. V. News Media Ownership Ltd.* [1971] NZLR 961 et *Brooks v. Muldoon* [1973] 1 NZLR 1.

²⁴⁵⁶ Dans la décision *Reynolds v. Times Newspapers Ltd and others* [2001] 2 AC 127, Lord Nicholls mentionne la décision de la Cour Suprême Indienne *Rajagopal v. State of Tamil Nadu* [1994] 6 S.C.C. 632.

²⁴⁵⁷ Lord Reed, « Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom », Conférence donnée au Centre for Private Law, Université d'Edimbourg, 13 Octobre 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-171013.pdf>, p. 3.

²⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 4

²⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 3 « German law has tended to feature more prominently than most other European systems, partly because we have had a number of judges, such as Lord Goff, Lord Hoffmann, Lord Rodger, and Lord Mance, who have been fluent in German and knowledgeable about German law ».

leurs compétences linguistiques²⁴⁶⁰. En effet, et comme le relève Elaine Mak, « il apparaît que les juges britanniques sont plutôt actifs dans les échanges transnationaux, bien que l'implication des juges dans ces derniers varie grandement. Les échanges avec des cours partageant la tradition de *Common law* sont considérés comme les plus utiles. Néanmoins les juges de la Cour Suprême échangent aussi avec les cours des systèmes juridiques européens »²⁴⁶¹, ces derniers trouvant des exemples d'applications et d'évolution dans le droit interne d'autres états, du droit communautaire et de la Convention *EDH*²⁴⁶².

918. Pour autant, si l'augmentation du recours aux décisions de cours étrangères dans un échange horizontal est clairement marquée dans la *common law* de droit privé, la *common law* de droit public a longtemps été regardée comme ne pouvant, par nature, faire l'objet de tels échanges. En ce sens, Lord Reed souligne que « le droit public est un champ où l'on s'attend généralement à moins de référence au droit comparé. Il est lié à un contexte historique et politique spécifique dans un cadre constitutionnel et culturel particulier »²⁴⁶³. Cependant, la *common law* de droit public connaît elle aussi et depuis la fin des années quatre-vingt-dix un large développement du recours au droit étranger dans les décisions de la *UKSC*. Si ce développement ne touche pas de prime l'ensemble du spectre du droit constitutionnel et du droit administratif britannique, il est particulièrement marqué dans les affaires relatives aux droits fondamentaux. En effet, « les juges britanniques considèrent que la citation de décisions étrangères a principalement lieu dans les décisions relatives aux droits fondamentaux et les décisions relatives au droit privé »²⁴⁶⁴. En ce sens, les décisions *Her Majesty's Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)*²⁴⁶⁵, *Bank Mellat v. Her Majesty's Treasury (No. 2)*²⁴⁶⁶ ou encore *HS2*²⁴⁶⁷, offrent des exemples de référence ou de citation de décisions étrangères dans le cadre de *case laws* de droit public. Néanmoins, l'usage qui y est fait du droit comparé varie à la fois d'une décision à une autre, mais aussi au sein même d'une seule et même décision. Ces variations permettent de mettre à jour une spécificité du recours au droit comparé au sein de la *common law* de droit public face à celui observé en droit privé. En

²⁴⁶⁰ *Idem.*, E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World – A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, *op. cit.*, p. 108.

²⁴⁶¹ E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World – A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, *op. cit.*, p. 85.

²⁴⁶² Lord Reed, « Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom », *op. cit.*, p. 9.

²⁴⁶³ *Ibid.*, p. 5.

²⁴⁶⁴ E. Mak, *Judicial Decision Making in a Globalised World*, *op. cit.*, p. 179.

²⁴⁶⁵ [2010] UKSC 2.

²⁴⁶⁶ [2013] UKSC 39.

²⁴⁶⁷ *HS2 Action Alliance Ltd, R (on the application of) v. The Secretary of State for Transport and Anor* [2014] UKSC 3.

effet, si le droit privé semble marqué par des échanges horizontaux au sein d'une même tradition juridique, l'influence dans le champ du droit public de l'intégration du droit de l'Union, mais aussi du droit de la Convention *EDH* a favorisé le développement d'échanges verticaux et mixtes. Ces derniers étant entendus par Anne-Marie Slaughter comme désignant respectivement « les échanges entre cour nationale et supranationale »²⁴⁶⁸ pour les échanges verticaux et pour les échanges mixtes, soit les situations où les cours supranationales servent de canaux pour des échanges horizontaux²⁴⁶⁹, soit les situations où les cours supranationales permettent la dissémination de principes communs à différents systèmes²⁴⁷⁰.

919. Ainsi si la décision *Her Majesty Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed* s'inscrit dans des échanges verticaux avec la Cour Européenne de Justice²⁴⁷¹, cette dernière est aussi l'occasion pour les juges de pratiquer des échanges mixtes. Les membres de la *UKSC* cherchent dans l'interprétation donnée au Canada²⁴⁷² et en Nouvelle-Zélande²⁴⁷³ aux obligations issues des dispositions de l'article 25 de la Charte des Nations Unies et de la résolution 1373 du Conseil de Sécurité de l'ONU, une clef d'interprétation aux dispositions nationales des *United Nations Act 1946, Terrorism (United Nations Measures) Order 2006* et *Al Quaida and Taliban (United Nations Measures) Order 2006*, concernant les financements du terrorisme. De même, l'arrêt de la *UKSC, Bank Mellat v. Her Majesty's Treasury (No. 2)*, voit Lord Reed dans une opinion dissidente utiliser le droit comparé afin de préciser la notion de proportionnalité en droit anglais. Pour ce faire, ce dernier a recours à des échanges verticaux, faisant ainsi référence aux tests de proportionnalité utilisés en droit de l'Union²⁴⁷⁴ et dans le système de la Convention *EDH*²⁴⁷⁵. Lord Reed porte aussi son regard vers le principe de proportionnalité tel que développé en Allemagne²⁴⁷⁶ et au Canada²⁴⁷⁷, faisant usage dans le premier cas d'un échange mixte et dans le second d'un échange horizontal. Enfin, et pour clore cette série d'exemples, l'arrêt *HS2* est l'occasion pour Lord Reed par une opinion concurrente de faire usage de la

²⁴⁶⁸ A. -M. Slaughter, « A Typology of Transjudicial communication », *op. cit.*, p. 106.

²⁴⁶⁹ *Ibid.* p 111.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 112.

²⁴⁷¹ [2010] UKSC 2, pt 67 à 71.

²⁴⁷² [2010] UKSC 2, pt 69 à 71.

²⁴⁷³ [2010] UKSC 2, pt 50, pt 120 et pt 199-200.

²⁴⁷⁴ [2013] UKSC 39, pt. 69.

²⁴⁷⁵ [2013] UKSC 39, pt. 70.

²⁴⁷⁶ [2013] UKSC 39, pt. 68 et suivant.

²⁴⁷⁷ [2013] UKSC 39, pt. 69.

notion d'origine allemande d'identité constitutionnelle afin d'échapper à un conflit de normes entre disposition européenne et disposition nationale²⁴⁷⁸.

920. Les dynamiques du « *new internationalism* » dans la *common law* de droit public.

À la lumière de ces exemples, il apparaît que l'usage fait par les juges britanniques du droit comparé dans le cadre du développement de la *common law* de droit public s'articule autour de deux dynamiques principales. Tout d'abord, la construction d'échanges verticaux et mixtes dans le cadre de l'intégration européenne, où les juges britanniques parce qu'investissant le champ du droit public depuis moins longtemps que leurs homologues continentaux, trouvent dans le recours aux décisions de systèmes juridiques continentaux, et plus spécifiquement allemand et français, des outils conceptuels pour articuler le développement du discours interne du droit public britannique avec l'intégration européenne. Cette dynamique apparente de convergence semble trouver coup d'arrêt dans le processus du Brexit. Néanmoins, les modalités de ce dernier risquent non pas de mettre un terme définitif aux échanges avec les cours continentales, mais de les diluer. De plus, il convient de souligner que l'actuel président de la *UKSC*, Lord Reed, s'est illustré dans ses décisions par la pratique du droit comparé avec des systèmes continentaux et en particulier le système allemand. Or, et comme relevé par Elaine Mak, les échanges transjudiciaires tiennent très largement aux initiatives individuelles et aux sensibilités à la fois linguistiques et culturelles avec des systèmes juridiques étrangers²⁴⁷⁹. La compétence de Lord Reed en droit allemand pourrait donc à l'avenir non plus s'inscrire dans des échanges mixtes induits par l'intégration européenne, mais directement dans des échanges horizontaux avec la Cour suprême allemande. De même, la seconde dynamique d'échange dans laquelle s'inscrit la *common law* de droit public au Royaume-Uni tend à favoriser les échanges horizontaux ou mixtes avec des cours suprêmes issus de systèmes juridiques possédant une déclaration de droit et ayant développé à l'appui de cette dernière un système de protections et de garanties pour les droits et libertés. C'est dans le cadre de cette dernière dynamique que les juges de la *UKSC* portent à nouveau leur regard vers les systèmes de *Common law* et plus particulièrement vers le système canadien. En effet, ce dernier possédant une déclaration de droit antérieure à celle incorporée au Royaume-Uni avec le

²⁴⁷⁸ [2014] *UKSC* 3, pt. 104 et suiv.

²⁴⁷⁹ E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World*, *op. cit.*, pp. 107-108, « *According to the interviewed judges, the background of individual judges certainly has an influence on their approach to the use of foreign law. This background encompasses both personal beliefs about judicial decision-making, as well as confrontations with foreign law in the earlier lives and careers of judges. Factors found to be important by the interviewed judges concern personal experiences with foreign cultures, which can develop through studying abroad or through family relations, for example, marriage to a foreign partner* ».

Human Rights Act, il offre des clefs de lecture et de développement pour la *common law* britannique dans sa relation à ce texte à valeur constitutionnelle.

921. Ce sont donc ces deux dynamiques principales qui permettent d'identifier au creux de la doctrine première développée par les juges de la *UKSC* pour le droit public britannique les caractéristiques d'un « nouvel internationalisme » marqué par le recours à des décisions de systèmes supranationaux et la comparaison avec des décisions de cours suprêmes étrangères²⁴⁸⁰. Néanmoins, cette ouverture vers un ailleurs judiciaire semble devoir trouver une limite dans le retour à un certain localisme dans la représentation et le développement de la *common law* de droit public. La typographie dressée entre les échanges horizontaux, verticaux et mixtes permet certes de dresser une première analyse de l'ouverture de la doctrine première de la *UKSC* vers un ailleurs juridique dans le cadre spécifique des *case laws* de droit public. Elle permet aussi d'en apprécier l'originalité face à la *common law* de droit privé, notamment dans le recours renforcé aux échanges mixtes. Cependant cette première analyse doit être confrontée à un autre élément typique de la *common law* de droit public contemporaine : le retour d'une lecture nationale de la *common law*. La lecture prétorienne récente de la *common law* de droit public et son *common law revival* se sont exprimés par une contraction des échanges verticaux et mixtes qui ont pourtant été un des moteurs dans le développement du discours des droits et libertés à la suite de l'adoption du *Human Rights Act*. À une lecture internationaliste, telle que développée par Lord Bingham, s'est en effet alors opposé le développement d'un nouveau localisme, préférant à la recherche d'une justification et d'une légitimité dans la pratique de droits étrangers la reconstruction d'une narration historique de la *common law*. Ce mouvement, observé dans la doctrine universitaire, trouve ainsi en miroir un mouvement similaire dans la doctrine organique.

922. En ce sens, le développement des *common law constitutional rights* apparaît comme une limite possible au dialogue judiciaire de la *UKSC* avec les systèmes étrangers et permet de souligner à nouveau que l'ouverture ou la fermeture d'une doctrine à son autre juridique, ne peut être apprécié que dans la prise en compte de ses variations entre rencontre et fermeture aux systèmes juridiques étrangers. Si la doctrine première de la *UKSC* en droit public peut s'apprécier comme étant ouverte vers l'extérieur de son propre système juridique, cette dernière l'est cependant moins qu'elle n'a pu l'être au lendemain de l'adoption du *Human*

²⁴⁸⁰ T. Poole, « Harnessing the Power of the Past: Lord Hoffmann and the Belmarsh Detainees Case », *op. cit.*, p. 537.

Rights Act. Ce premier constat doit néanmoins être précisé. Apprécier le degré d'ouverture de la doctrine organique ne peut se limiter à l'analyse de sa doctrine première dont le caractère plus ou moins fermé peut-être trompeur. En cela une telle analyse gagne à être complétée par l'appréciation des échanges extrajudiciaires instaurés entre juges nationaux et ceux issus de systèmes juridiques étrangers afin d'apprécier au mieux, les dynamiques d'échange et de dialogue existants.

B. Le dialogue extrajudiciaire entre les juges britanniques et les systèmes étrangers, une doctrine seconde tournée vers le monde

923. L'intégration des juges de la UKSC dans des réseaux d'échanges extrajudiciaires internationaux. Le recours au droit étranger dans les décisions de justice n'est pas le seul outil d'échange permettant d'apprécier l'ouverture ou la fermeture du discours prétorien vers d'autres systèmes juridiques. Au contraire, ce dernier semble devoir être regardé comme un élément secondaire et incident, largement indexé sur deux éléments le précédant : un élément institutionnel, assurant la capacité des juges à échanger et apprendre de leurs homologues étrangers ; un élément académique permettant la formation et la préparation des futurs juges à la pratique du droit comparé²⁴⁸¹. En d'autres termes, le recours fait par les juges d'une cour suprême nationale à des arguments issus du droit étranger dans leurs décisions dépendrait en premier lieu de moyens matériels et en deuxième lieu de ressources intellectuelles. Ces deux préconditions à la pratique du droit comparé par les juridictions nationales se trouvent confirmées dans l'exemple du « nouvel internationalisme » de la Cour suprême britannique et par son déploiement au-delà de la seule fonction de jugement des membres de la UKSC.

924. En effet, si l'apport d'une disposition particulière et individuelle de certains juges pour le droit comparé a déjà pu être confirmé au travers de l'exemple des parcours de Lord Bingham, Lord Mance ou encore Lord Reed et souligne l'importance de la formation au droit étranger ou au droit comparé pour la pratique d'un dialogue entre les juges, la question des moyens de l'institution trouve une illustration dans les effets de la réforme du pouvoir judiciaire britannique à la suite de l'adoption du *Constitutional Reform Act* de 2005. Ce dernier, en assurant l'indépendance du pouvoir judiciaire face à l'Exécutif dans la tenue de

²⁴⁸¹ D. S. Law, « Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy », *University of Pennsylvania Law review*, vol. 164, n°4, 2015, pp. 927 – 1036, p. 942.

ses activités internationales a permis l'émergence d'une « *diplomatie judiciaire* »²⁴⁸² autorisant pleinement la *UKSC* et plus largement l'ensemble des juges britanniques à se tourner vers leurs homologues étrangers ou issus des cours supranationales dans le cadre de leurs activités extrajudiciaires. Avant 2005, il revenait ainsi au *Lord Chancellor*, membre du Gouvernement, de déterminer si un juge pouvait ou non représenter le pouvoir judiciaire britannique à l'étranger²⁴⁸³ et de débloquer les fonds nécessaires au déplacement de ce dernier. En d'autres termes, le gouvernement détenait les moyens financiers des échanges extrajudiciaires entre les cours britanniques et les cours étrangères²⁴⁸⁴. Avec l'adoption du *Constitutional Reform Act*, « le Lord Chief Justice of England and Wales », membre du pouvoir judiciaire, « est devenu responsable du déploiement des juges anglais et gallois. Il est alors devenu logique que le Ministère de la Justice transfère au pouvoir judiciaire un petit budget pour les déplacements internationaux des juges »²⁴⁸⁵. En retrouvant le pouvoir sur le financement de leurs déplacements à l'étranger, les juges britanniques ont non seulement gagné en indépendance face à L'Exécutif, mais aussi vu leur pouvoir institutionnel se développer²⁴⁸⁶.

925. Cette évolution s'exprime notamment par la nomination d'un membre de la *High Court* à la fonction de « *Head of International Judicial Relations for England and Wales* »²⁴⁸⁷ chargée de développer les politiques internationales de l'ensemble des juges britanniques. Lady Arden, première membre d'une juridiction nommée à ce poste a défini les objectifs pour les activités extrajudiciaires et internationales des juges britanniques selon les termes suivants :

« Établir des liens avec les autres cours au sein des États membres de l'UE ou du Conseil de l'Europe afin de faciliter la coopération et la compréhension de thématiques d'intérêts communs / participer aux travaux d'associations ou organisations de juges et à des colloques internationaux lorsqu'approprié/ avoir

²⁴⁸² G. Davies, « The rise of judicial diplomacy in the UK: aim and challenges », *Legal Studies*, 2019, pp. 1-18, pp. 1-2.

²⁴⁸³ *Ibid.*, p. 1; Lady Arden, « International Judicial Work – The continuing need for international judicial dialogue as the UK's relationship with Europe Changes », Édimbourg, Faculty of Advocates, 26 octobre 2017, p.3, disponible à <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/11/lj-arden-faculty-of-advocates-speech-20171127-1-1.pdf>.

²⁴⁸⁴ G. Davies, « The rise of judicial diplomacy in the UK », *op. cit.*, p. 1.

²⁴⁸⁵ Lady Arden, « International Judicial Work », *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁸⁶ G. Davies, « The rise of judicial diplomacy in the UK », *op. cit.*, p. 1, « *The Act transferred the leadership and responsibility for much of the governance of the judiciary from the Lord Chancellor to the Lord Chief Justice, resulting in a 'considerable growth of the institutional power of the judiciary* ».

²⁴⁸⁷ *Ibid.*

des échanges bilatéraux avec les juridictions avec lesquelles les juges britanniques ont déjà ou souhaitent des liens renforcés/ Participer aux projets de réforme ou d'administration judiciaire au Royaume-Uni, au sein de l'Union ou ailleurs, ou à des projets permettant la promotion du droit anglais que le Lord Chief Justice trouvera approprié/ offrir un soutien aux juridictions dans les pays en voie de développement ou pour tout objectif autorisé par le Lord Chief Justice »²⁴⁸⁸.

926. Dans le champ du droit public, ces derniers objectifs trouvent une illustration toute particulière dans trois types d'activités transjudiciaires distinctes : les échanges bilatéraux ou multilatéraux avec d'autres cours nationales, la construction d'échanges bilatéraux ou multilatéraux avec des cours supranationales et enfin la présentation de conférence à l'étranger par des juges de la *UKSC*. Concernant la construction du premier type d'échanges, Lord Reed souligne lors d'une conférence donnée à Édimbourg en octobre 2017 que « ces dernières années, nos contacts les plus fréquents et réguliers ont été avec la Cour constitutionnelle allemande, le Conseil d'État français, la Cour Suprême du Canada et la Cour Suprême des États-Unis »²⁴⁸⁹. Cette mise en lumière des échanges judiciaires franco-britannique peut d'ailleurs être complétée. Il convient en effet d'ajouter la volonté partagée du côté français et anglais de construire un échange entre le Conseil Constitutionnel et la *UKSC*. Cette volonté s'est matérialisée par l'accueil, en 2016 et pour la première fois depuis la création de la *UKSC*, du président du Conseil Constitutionnel, M. Laurent Fabius, à Londres par Lord Neuberger, alors président de la *UKSC*, avant que ce dernier, accompagné d'une délégation de six juges de la *Supreme Court*, ne se rende à Paris en 2017 pour un séminaire de travail autour de questions relatives au terrorisme et à la garantie des droits et libertés fondamentaux. Cette même année, la délégation présidée par Lord Neuberger a aussi été reçue par le Conseil d'État, s'inscrivant ici dans la lignée d'échanges plus anciens. Les deux institutions ayant notamment eu l'occasion d'interagir dans le cadre du Comité de franco-britanno-irlandais de coopération judiciaire. L'ensemble de ces activités, si elles ne voient pas le contenu même des échanges être détaillés, sont néanmoins référencées tant sur le site internet que les rapports d'activité du Conseil Constitutionnel, du Conseil d'État et de la *UKSC* au titre des relations internationales de chacune de ces juridictions.

²⁴⁸⁸ Lady Arden, « International Judicial Work », *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁸⁹ Lord Reed, « Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom », *op. cit.*, p. 1.

927. Parmi les autres cours européennes, Lord Reed relève que c'est avec la Cour constitutionnelle allemande que les relations de la *UKSC* sont les plus nombreuses, précisant qu'« il est peut-être important de souligner que nos contacts avec la Cour constitutionnelle allemande sont devenus aussi fréquents et importants que nos contacts avec les cours de *Common law* »²⁴⁹⁰. Néanmoins, les interviews menés par Elaine Mak auprès des juges de la *UKSC* tendent eux à souligner que la Cour suprême britannique « est en contact le plus fréquemment avec la Cour Suprême des États-Unis et avec les cours du *Commonwealth*, ces cours devant traiter des problèmes similaires que la Cour Suprême britannique »²⁴⁹¹. Ce dernier constat rejoint celui dressé par Lord Reed : « Nos liens avec les cours américaines et canadiennes sont anciens : il y a des liens forts entre nos systèmes juridiques, particulièrement dans le cas du Canada, et nous parlons le même langage, du moins jusqu'à un certain point »²⁴⁹². Après avoir évoqué les échanges bilatéraux entretenus par la *UKSC* avec certaines cours suprêmes qu'elles soient issues de tradition de *Common law* ou de droit continental, l'actuel président de la *UKSC* souligne la participation de la Cour Suprême britannique à des rencontres bilatérales entre cours telles que celles organisées lors du séminaire annuel de Droit constitutionnel global se tenant à Yale²⁴⁹³, ou encore la *World Conference on Constitutional Justice* tenue en Afrique du Sud²⁴⁹⁴ à laquelle les membres de la *UKSC* ont participé, ces derniers étant aussi membres de la Commission de Venise²⁴⁹⁵. Ces échanges, le plus souvent organisés sous forme de délégations de membres de la *UKSC*, se voient complétés par les activités individuelles de certains juges qui participent et représentent seuls et au nom de la *UKSC*, la Cour Suprême britannique.

928. Mais, et au-delà de ces échanges horizontaux, la *UKSC* s'inscrit de manière similaire dans un ensemble d'échanges extrajudiciaires avec des cours supranationales²⁴⁹⁶. L'exemple le plus marquant de cette catégorie d'interactions, et ceux malgré les liens construits avec la *CJUE*²⁴⁹⁷, semblant être ceux se dessinant entre les juges de la *Supreme Court* et les juges de

²⁴⁹⁰ Lord Reed, « Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom », *op. cit.*, p. 2.

²⁴⁹¹ E. Mak, *Judicial Decision Making in a Globalised World*, *op. cit.*, p. 84.

²⁴⁹² Lord Reed, « Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom », *op. cit.*, p. 2, pour une illustration voir: *UKSC*, « The Supreme Court Annual Report and Account – 2019-2020 », 17 septembre 2020, disponible à <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2019-20.pdf>, p. 31 et suiv.

²⁴⁹³ Lord Reed, « Comparative law in the Supreme Court of the United Kingdom », *op. cit.*, p. 2.

²⁴⁹⁴ E. Mak, *Judicial Decision- Making in a Globalised World*, *op. cit.*, p. 84.

²⁴⁹⁵ *Idem.*, Pour d'autres illustrations, voir par exemple : *UKSC*, « The Supreme Court Annual Report and Account – 2019-2020 », *op. cit.*, p. 85, « In relation to this aspect of our work: We hosted a bilateral with the Supreme Court of Canada in July 2019 / We hosted a bilateral with Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court) in November 2019 » ; voir aussi Lady Arden, « International Judicial Work », *op. cit.*, pp. 6-9.

²⁴⁹⁶ *Ibid.*

²⁴⁹⁷ *Ibid.*

Cour *EDH*. À partir de 2006 et sur la base d'une rencontre annuelle ou tous les deux ans, les juges de la *UKSC* et ceux de la Cour *EDH* ont pu construire des liens stratégiques et intellectuels autour de tables rondes et sessions de travail communes. Ces échanges, qui ont fait l'objet d'une analyse approfondie dans un article publié en 2019²⁴⁹⁸, permettent une illustration claire de la volonté des juges britanniques de s'inscrire dans la sphère d'influence de la Cour *EDH* dans le contexte d'un système juridique largement dominé par la tradition continentale²⁴⁹⁹.

929. Enfin, l'ensemble de ces échanges et le souci des juges britanniques d'investir pleinement la dimension diplomatique de leur fonction se matérialisent dans la doctrine seconde de ces derniers. En effets, la production de discours sur le droit public britannique à travers des conférences tenues à l'étranger ou intégrant une dimension comparée permettent aux juges à la fois de projeter vers des systèmes juridiques étrangers leurs représentations de questions constitutionnelles ou administratives, telles que celles entourant la notion de *Rule of law*²⁵⁰⁰ ou de droits fondamentaux²⁵⁰¹, mais aussi d'ouvrir un dialogue avec ces derniers qui, le plus souvent apparaissent comme des systèmes issus de la tradition de *Common law* ou des États membres de l'Union européenne. Néanmoins et au-delà de ces États, il peut être noté que les juges britanniques gardent un lien particulier avec les systèmes juridiques des États issus de l'ancien Empire britannique à l'instar de Singapour²⁵⁰², mais cherchent aussi à investir

²⁴⁹⁸ G. Davies, « The rise of judicial diplomacy in the UK: aims and challenges », *Legal Studies*, 2019, pp. 1-18.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 13, « *Maintaining good relations between the courts is connected to a further strategic aim: maximising influence. It was discussed earlier how the UK judges regard themselves as integral to the protection of the domestic constitution and the common law tradition. In this vein, one Justice suggested that it is incumbent upon them to ensure that the supranational courts are 'listening to us, taking into account our concerns and interests' ».*

²⁵⁰⁰ A titre d'exemples, Lord Mance, « The Rule of Law – Common Traditions and Common Issues », Conférence pour le 175 anniversaire de la fondation de la Cour Suprême des Pays Bas, 1^{er} octobre 2013, La Haye, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131001.pdf> ; Lord Neuberger, « Arbitration and the Rule of Law », Chartered Institute of Arbitrators Centenary Celebration, 20 mars 2015, Hong Kong, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-150320.pdf>.

²⁵⁰¹ A titre d'exemples, Lord Carnwath, « The Subsidiary role of the European Court of Human Rights in the UK judicial system », séminaire sur la subsidiarité des juridictions supranationales, 20 septembre 2013, Rome, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130920.pdf>, Lord Neuberger, « The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », conférence donnée à la Cour Suprême de l'État de Victoria, 8 août 2014, Melbourne, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140808.pdf>, Lord Carnwath, « Human Rights and the Environment », Institute of European and International Affairs, 20 juin 2019, Dublin, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190620.pdf>

²⁵⁰² Lord Neuberger, « Has the identity of the English Common Law been eroded by EU law and the European Convention on Human Rights? », Conférence à la National University of Singapore, 18 août 2016, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-160818-01.pdf>; Lord Neuberger, « The Role of the Judge: Umpire in a Contest, Seeker of the Truth or Something in Between? », Conférence donnée au Singapore Panel On Judicial Ethics an Dilemmas on the Bench, 19 août 2018, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-160819-04.pdf>, Lord Neuberger, « Is nothing secret? Confidentiality, Privacy, Freedom of Information and Whistleblowing in the Internet Age », Conférence annuelle de la Singapore Academy of Law, 21 septembre 2015, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-150921.pdf>.

de nouvelles relations stratégiques, notamment avec la Chine²⁵⁰³. Ces quelques exemples permettent d'interroger la fonction assignée à ces échanges extrajudiciaires par les juges britanniques et la nature de la diplomatie judiciaire engagée par ces derniers.

930. Le rôle des échanges entre les juges de la UKSC et les cours étrangères dans la construction de la doctrine organique, vers un renforcement de la diplomatie judiciaire britannique. Si « pour les juges britanniques (...) il y a trois objectifs principaux [à ces échanges]: améliorer la qualité du processus de décision, maintenir de bonnes relations interinstitutionnelles et maximiser l'influence à un niveau supranational »²⁵⁰⁴, les échanges extrajudiciaires engagés par les juges de la UKSC répondent plus largement à une fonction jurisprudentielle et une fonction stratégique²⁵⁰⁵. Sous la première de ces deux appellations, Gregory Davies vise un phénomène précis : l'amélioration des décisions rendues par les juges britanniques. Cette fonction est attestée et rapportée par les juges eux-mêmes. C'est en tous cas en ce sens que Lord Reed relève que « John Keats²⁵⁰⁶ a décrit l'automne comme une saison où les hirondelles se rassemblant pépient dans le ciel. C'est aussi la saison où les juges se rassemblant pépient dans le ciel alors qu'ils se rendent à des colloques, des réunions et des échanges partout dans le monde. L'objectif de cette migration est d'en apprendre plus sur et si possible d'apprendre du droit des autres juridictions »²⁵⁰⁷. De même et peut-être de manière à la fois moins littéraire, mais aussi plus affirmative et précise, Lady Arden souligne que « la participation à une conférence internationale peut-être intéressante pour les juges et leur donne l'opportunité d'apprendre comment d'autres juridictions gèrent des problèmes similaires à ceux auxquels elles font face. Ces problèmes similaires peuvent par exemple apparaître en

²⁵⁰³ Voir en ce sens les conférences données par Lord Hodge à Shanghaï en 2018 : Lord Hodge « The involvement of the public in the criminal process in the United Kingdom », Conférence à la Shanghai Jiao Tong University, 24 octobre 2018, Shanghai, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181024.pdf>, Lord Hodge, « Financial Technology : Opportunities and Challenges to Law and Regulation », Conférence donnée à la East China University of Political Science and Law, 26 octobre 2018, Shanghai, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181026.pdf>; mais voir surtout UKSC, « The Supreme Court Annual Report and Accounts 2016-2017, publié le 29 juin 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2016-17.pdf>, p. 51, « *Developing relations with China has remained a priority* », UKSC, « The Supreme Court Annual Report and Accounts 2017-2018 », publié le 5 juin 2018, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2017-18.pdf>, p. 58 « *We have continued to develop our relations with China* ».

²⁵⁰⁴ G. Davies, « The rise of judicial diplomacy in the UK: aims and challenges », *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁰⁵ *Idem.*

²⁵⁰⁶ (1795-1821), Poète romantique britannique de la période georgienne, auteur des recueils *Endymion* et *Hypérion*.

²⁵⁰⁷ Lord Reed, « Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom », *op. cit.*, p. 1.

droit de l'UE, en droits fondamentaux, droit de la famille, terrorisme, droit de la santé ou droit des réfugiés »²⁵⁰⁸.

931. Néanmoins, au point de contact nécessaire à la comparaison entre systèmes, celui d'une question juridique commune, s'ajoute la réalité structurelle et stratégique permettant aux juges d'investir les canaux de transfert de connaissance d'une cour vers une autre. Ainsi, si les juges apprennent bel et bien des cours étrangères, ils n'apprennent cependant pas de toutes les cours étrangères et peut-être plus précisément, pas de n'importe quelle cour étrangère. En effet, à l'existence d'une problématique commune se superpose la nécessité d'autres points de contacts – la tradition juridique, la langue, l'appartenance à un même système supranational – afin de faciliter les échanges entre les juges et assurer une interface, une *lingua franca* minimale, une justification en somme au recours à la comparaison. Face à ce constat et plus qu'à la seule communauté globale de juges décrites par le professeur Anne-Marie Slaughter²⁵⁰⁹, les juges de la *UKSC* semblent tisser un réseau d'échanges qui inscrit leur appartenance à deux communautés judiciaires transnationales distinctes : celle des cours de tradition de *Common law* d'une part et, d'autre part, celle des cours intégrées non plus aux deux systèmes européens, mais, au moins, à celui de la Convention EDH. C'est au travers de ces deux communautés distinctes, où se tissent des rapports horizontaux ou verticaux, que les juges de la *UKSC* entretiennent, dans le cas des cours de *Common law* ou développent dans le cas des cours continentales nationales ou supranationales, la conscience de ne pas être « seulement les serviteurs et les représentants d'un État en particulier, mais aussi [des] confrères dans une entreprise qui transcende les frontières nationales »²⁵¹⁰. Dans le cadre des échanges extrajudiciaires entre cours de *Common law*, cette conscience collective permet à la fois aux juges britanniques de nourrir leur propre représentation et compréhension de la *common law* anglaise à l'aide des développements connus dans les autres systèmes de *Common law*. Elle participe aussi du sentiment de l'existence et de la construction de la *Common law* comme un système transnational dont l'une des matérialisations est à trouver dans certains discours de la doctrine première sur la nature des *common law constitutional rights*²⁵¹¹. Elle permet aussi une approche dialogique, permettant aux cours nationales de développer une connaissance suffisante du droit autre afin d'éviter pour l'avenir de possible

²⁵⁰⁸ Lady Arden, « International Judicial Work – The continuing need for international judicial dialogue as the UK's relationship with Europe Changes », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁰⁹ A.-M. Slaughter, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n°1, 2003, pp. 191-219.

²⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 193.

²⁵¹¹ Voir *supra* par. 846.

conflit dans des litiges transnationaux. Cette dernière dynamique, produite par l'échange de connaissance propre aux rencontres extrajudiciaires entre juges trouve, au-delà des échanges au sein de la communauté des cours de *common law*, une illustration particulière dans les échanges entre la *UKSC* et la Cour *EDH*. En effet, les rencontres entre les juges de Strasbourg et les juges britanniques permettent à ces derniers de construire une meilleure compréhension de la jurisprudence européenne²⁵¹². Ce point a été d'une importance cruciale dans les années ayant suivi l'adoption du *HRA*. Ce dernier intégrant au système britannique la jurisprudence de la Cour *EDH* il est alors revenu aux juges britanniques de réussir à faire cohabiter la jurisprudence issue de leurs propres *case laws* et celle issue des arrêts de la Cour de Strasbourg et ce, malgré que les décisions rendues par la Cour *EDH* « n'adhèrent pas au même système de précédents juridiques, ni n'expliquent leur raisonnement 'dans le style discursif et analytique de la tradition de *common law*' »²⁵¹³. En ce sens et « à la lumière de ces difficultés, les rencontres entre les juges ont été perçues comme une aide précieuse. D'après un des juges britanniques, les juges de la Cour *EDH* peuvent 'nous donner un peu d'aide quant à la manière dont ils pensent que nous devrions gérer cette articulation' »²⁵¹⁴. Mais les échanges entre les deux cours ne se font pas dans un sens unique qui ne serait que descendant. En effet, il apparaît que les rencontres entre les juges des deux cours sont aussi l'occasion pour les membres de la Cour de Strasbourg d'apprendre de la *UKSC*²⁵¹⁵.

932. Se dessine ici et deuxièmement, la seconde fonction attribuée par les juges britanniques aux rencontres extrajudiciaires avec des cours étrangères. Cette fonction, identifiée par Gegory Davies²⁵¹⁶ et déjà soulignée par Lady Arden²⁵¹⁷ articule peut-être de manière plus claire la notion de « diplomatie judiciaire » en ce qu'elle consacre aux rencontres entre cours un rôle stratégique qui dépasse de loin la seule amélioration des décisions de justice. Ce dernier se déploie sur deux aspects. Premièrement, les différentes rencontres entre les juges britanniques et leurs homologues étrangers permettent d'assurer de bonnes relations entre les cours. La meilleure connaissance de l'autre, la conscience d'une fonction commune permettent de dépasser ou atténuer les conflits qui peuvent émerger entre les jurisprudences des différentes juridictions. Cette réalité qui se concrétise tout particulièrement dans le cas des échanges verticaux entre la *UKSC* et la Cour de Strasbourg permet de « renforcer la volonté

²⁵¹² G. Davies, « The rise of judicial diplomacy in the UK: aims and challenges », *op. cit.*, p.3.

²⁵¹³ *Ibid.*, p. 10.

²⁵¹⁴ *Ibid.*

²⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 11.

²⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 13 et suiv.

²⁵¹⁷ Lady Arden, « International Judicial work », *op. cit.*, p. 5.

de coopération et le sentiment de poursuivre un objectif commun parmi les juges. Cela [est] considéré comme un moyen précieux pour gérer les tensions constitutionnelles inévitables entre les cours nationale et supranationale »²⁵¹⁸. Néanmoins et deuxièmement, ces rencontres ne se limitent pas à favoriser de meilleures relations entre les cours, elles sont aussi l'occasion pour les juges britanniques de développer leur influence auprès des cours étrangères. En ce sens Lady Arden observe que cette influence peut s'exercer au-delà des sessions de travail ou de rencontres spécifiques, par la tenue de conférences ou plus concrètement en apportant de l'aide à certaines cours étrangères dans la résolution de problématiques spécifiques, le but étant alors pour les juges anglais de favoriser le développement du *Rule of law*. Dans le contexte précis des relations entre la UKSC et les juges de la Cour de Strasbourg, les entretiens menés par Gregory Davies auprès de juges de la Cour Suprême britannique tendent à montrer la conscience de la nécessité de bonnes relations afin de garantir un *soft power* des juges britanniques sur leurs homologues. Ce *soft power* semble pouvoir remplir trois fonctions : garantir une meilleure prise en compte du pluralisme des représentations des droits de l'Homme et de leur systématisation dans un espace EDH largement dominé par une compréhension localisée en Europe occidentale et continentale, assurer une meilleure articulation entre le système de droit britannique et celui de la Convention, enfin permettre un rayonnement nouveau pour la *common law* britannique de droit public en Europe continentale. Ce dernier point, en particulier, apparaît comme un enjeu d'autant plus crucial dans le double contexte du Brexit et du risque d'abrogation du *Human Rights Act*.

933. La volonté d'une poursuite des échanges entre juges britanniques et juges européens, marqueur de l'indépendance de la UKSC face au Gouvernement britannique.

Dans son article intitulé « *Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy* », le Professeur David S. Law relève que l'engagement des juges dans des activités extrajudiciaires permettant la construction et la pérennisation de liens avec leurs homologues étrangers, « *constitue des stratégies afin de concurrencer ou coopérer avec certaines cours afin de poursuivre des objectifs politique, économique et diplomatique. Le recours au droit comparé est un élément du répertoire stratégique des juges pour atteindre des objectifs internationaux* »²⁵¹⁹. En d'autres termes, la diplomatie judiciaire tournerait les juges uniquement vers des objectifs extérieurs. Cela est en partie confirmé par le souci des juges britanniques de construire une

²⁵¹⁸ G. Davies, « The rise of judicial diplomacy in the UK: aims and challenges », *op. cit.*, p.13.

²⁵¹⁹ D. S. Law, « Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, n°4, 2015, p. 927-1036, pp. 943-944

image de sérieux et de promotion du *Rule of law* pour les cours étrangères. De même et avant 2017, la volonté de la *UKSC* d'établir et de développer des liens avec les juridictions chinoises tend à illustrer la volonté des juges britanniques de projeter leur influence au-delà des communautés judiciaires qu'ils ont jusqu'alors investies. Ainsi, les rapports d'activité de la *UKSC* pour les années 2016 et 2017 mettent-ils en avant les rencontres entre délégations de la Cour Suprême britannique et la Cour populaire suprême de Chine autour de thématiques aussi diverses que l'accès à la Justice, le droit de l'Environnement ou la coopération judiciaire²⁵²⁰. La construction de tels liens avec la Chine possède un enjeu stratégique indéniable pour le Royaume-Uni qui, de par son histoire coloniale, a conservé des liens favorisés avec d'autres systèmes juridiques asiatiques comme Singapour ou Hong Kong. Pour autant, les mentions régulières de ces échanges bilatéraux et leur mise en avant cessent dès le rapport d'activité de l'année 2018. Ce dernier, dont la structure change met alors en avant l'exemple des relations avec la Cour Suprême du Canada, avant de dresser la liste des engagements extérieurs des juges où figure en premier lieu les échanges avec les systèmes juridiques étrangers dont le *Judicial Committee of the Privy Council* demeure leur plus haute cour, puis dans un second temps les échanges avec les juges de la *CJUE* et ceux de la Cour *EDH*. Ces deux dernières cours sont mentionnées avant les principales cours suprêmes de la tradition de *Common Law*. Cette évolution n'est pas neutre et se voit confirmée par le souci affirmé tant par Lady Arden, Lady Hale ou Lord Reed de voir les relations avec les juges du Luxembourg et de Strasbourg perdurer voir se renforcer, et ce malgré le contexte du *Brexit*.

934. Cette volonté des membres de la *UKSC* qui est rappelée depuis plusieurs années lors des auditions des Law Lords devant le *Constitutional Committee* de la Chambre des Lords, trouve trois niveaux distincts d'articulation et de justification. Tout d'abord et au plan international, la volonté de poursuivre de telles relations vise à maintenir l'image construite ces dernières années par les juges de la *UKSC* à l'égard de leurs homologues européens. En ce sens Lord Reed rappelle « la Cour Suprême continuera aussi de partager avec les cours européennes principales un héritage culturel et certains concepts et principes juridiques importants. L'influence européenne sur le système juridique britannique et inversement n'a pas

²⁵²⁰ *UKSC*, « The Supreme Court Annual Report and Accounts 2016-2017, publié le 29 juin 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2016-17.pdf> , p. 51 et suiv.; *UKSC*, « The Supreme Court Annual Report and Accounts 2017-2018 », publié le 5 juin 2018, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2017-18.pdf>, p. 58 et suiv.

commencé avec l'entrée dans l'Union européenne et ne s'achèvera pas avec notre retrait »²⁵²¹. À cette première dimension qui vise le maintien du *soft power* de la *UKSC*, s'ajoute une seconde commandée par la structure même du *EU (withdrawal) Act* et des conditions de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. En effet, ce dernier visant à conserver au sein du système juridique britannique des normes européennes en les transposant définitivement en droit anglais, implique pour les juges britanniques, du moins dans une première période transitoire de comprendre et articuler au mieux ces normes exogènes avec le système juridique du Royaume-Uni. Lord Neuberger relève que :

« Si nous avons des difficultés avec des normes européennes, qui vont devenir maintenant des normes britanniques [les juges européens] vont prendre des décisions sur la législation au sein de la Cour Européenne de Justice au regard d'objectifs propres à l'UE et nous allons prendre des décisions dans nos juridictions à propos de textes de loi formulés de manière similaire au Royaume-Uni. Il semble raisonnable de maintenir le contact avec eux afin de discuter des questions de commun intérêt pour le bénéfice des citoyens de ce pays et des citoyens de l'Union européenne »²⁵²².

935. Mais, et au-delà de ces deux premières dimensions qui portent toutes deux une visée internationale, s'ajoute, en sus de la fonction attribuée par le professeur Law au recours au droit comparé et à la construction d'une ouverture internationale du pouvoir judiciaire, un objectif purement interne. En effet, les juges de la *UKSC*, en affirmant leur volonté de maintenir leurs liens avec les juges de la *CJUE* mais aussi de renforcer les échanges avec les juges de la Cour *EDH* s'inscrivent dans une dynamique contraire à celle affichée par l'Exécutif et le gouvernement Johnson. Loin de souscrire à la thèse « *Bring Rights Home* » qui au-delà du Brexit menace la pérennité du *Human Rights Act*, les juges de la Supreme Court s'inscrivent au contraire dans une lecture des droits et libertés internationalisée qui attire deux séries de critiques. La première consiste à contester l'indépendance des juges face aux cours européennes, la seconde appelle les juges à désinvestir le champ stratégique et politique de la diplomatie judiciaire pour limiter se limiter à nouveau à la seule fonction de jugement. Ces

²⁵²¹ Lord Reed, « Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom », *op. cit.*, p. 14

²⁵²² Lord Neuberger of Abbotsbury, «The future role and influence of the CJUE», conférence présentée au Annual FBLS Clloquium 2018 le 28 septembre 2018, disponible à : <https://fbls.eu/wp-content/uploads/2018/10/David-Neuberger-2018-The-future-role-and-influence-of-the-CJEU-FBLS-Edinburgh-Brexit-Colloquium.pdf> .

critiques qui appellent toutes deux à repenser le champ et la nature de la fonction des juges de la *UKSC* témoignent néanmoins de l'ouverture de ces derniers vers un ailleurs juridiques. Ouverture qui se construit en parallèle de celle déjà pratiquée par la doctrine publiciste présente dans les universités britanniques.

§2. L'intégration de la doctrine universitaire dans un dialogue transnational renforcé par la tradition de Common law

936. Si l'histoire des juridictions britanniques a longtemps valorisé l'isolationnisme de ses juges comme garant d'un exceptionnalisme célébré, l'histoire académique britannique est au contraire marquée par un degré d'ouverture bien plus important²⁵²³. Cette ouverture apparaît à la fois comme la rencontre de facteurs historiques²⁵²⁴, mais aussi structurels²⁵²⁵ permettant dès lors à « la communauté des juristes universitaires britanniques d'être, en général, réceptive aux idées juridiques cosmopolites », mais surtout d'être « l'une des communautés de juristes universitaires les plus 'internationalisées' au monde »²⁵²⁶.

937. Cette ouverture du monde du droit académique britannique vers son extérieur s'explique par la structuration de ce dernier. Contrairement au système académique français qui s'appuie sur une forte structuration institutionnelle et une imbrication étroite entre recherche et enseignement juridique, le recrutement des chercheurs en droit britannique ne s'accompagne pas nécessairement d'une charge d'enseignement. En effet, là où l'entrée dans le monde de la recherche et de l'enseignement juridique français s'effectue à son plus haut niveau par la participation à un concours d'agrégation demeurant fortement ancré dans une dimension nationale, le recrutement de chercheurs et d'enseignants juristes au sein des universités britanniques, ne s'appuie pas sur la logique d'un concours national qui lie la recherche à

²⁵²³W. Twining, *Globalisation and Legal scholarship*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, Tilburg Law Lectures Series, Montesquieu seminars, vol. 4, 2011, pp. 20-21, « *But in the United Kingdom our legal culture has been more cosmopolitan than that of the United States partly because of membership of the European Union and the Council of Europe, partly because of some relics of the colonial era (...)* ».

²⁵²⁴ *Ibid.*

²⁵²⁵ E. Platsas, D. Marrani, « On the Evolving and Dynamic Nature of UK Legal Education », In. C. Jamin, W. van Caeneghem (eds.), *The Internationalisation of Legal Education*, Suisse, Springer, 2016, pp. 299-309, p. 299, « *The long tradition of British trade, the fact that UK academia still attracts scientists and scholars from all over the world, the English language itself, and the overall cosmopolitan ethos of the British people, have often resulted in the creation of British laws with a cosmopolitan essence and character* » ; W. Twining, *Globalisation and Legal scholarship*, op. cit., p. 21; « (...) and partly because our legal culture has been more detached from the legal practice than in America (...) ».

²⁵²⁶ A. E. Platsas, D. Marrani, « On the Evolving and Dynamic Nature of UK Legal Education », In. C. Jamin, W. van Caeneghem (eds.), *The Internationalisation of Legal Education*, Suisse, Springer, 2016, pp. 299-309, p. 299.

l'enseignement. Le recrutement des chercheurs en droit sur la base de bourse de recherche ou « *fellowships* » explicitement ouverts aux candidats étrangers coexiste parallèlement aux procédures de recrutement locales de *lecturers* ou *professors*, visant alors à répondre aux besoins spécifiques de chaque université. Dans les deux cas, le recrutement, ne dépendant pas de l'obtention d'un concours national, mais de la seule obtention d'un doctorat étranger ou britannique, autorise une plus grande ouverture dans le choix des candidats. Là où le recrutement des enseignants-chercheurs français demeure le plus souvent sur un marché national, le recrutement des enseignants et des chercheurs britanniques est lui tourné vers un marché internationalisé et autorise dès lors une circulation des auteurs académiques à la fois en provenance, mais aussi étrangers au monde universitaire britannique.

938. Dans ce contexte précis d'une structure institutionnelle facilitant les échanges, la doctrine publiciste britannique a investi et construit un dialogue transnational avec ses homologues étrangers qui, s'il n'est pas exclusif aux frontières du *Commonwealth* y trouve une illustration unique à la fois produit d'une histoire juridique commune, mais aussi renforcée par une institutionnalisation grandissante des échanges académiques dans le cadre du droit public britannique (A). Cette ouverture du monde académique et son inscription dans des échanges avec des auteurs provenant de systèmes étrangers si elle est le produit d'une histoire et d'une tradition juridique spécifique doit néanmoins aussi être lue à la lumière d'évolution récente du monde académique qui sont venues forcer un peu plus l'ouverture de la doctrine publiciste britannique vers un ailleurs juridique et académique (B).

A. Un dialogue académique réinvesti dans le cadre du Commonwealth

939. **La tradition de *Common law*, lingua franca pour un dialogue entre doctrines étrangères au sein du *Commonwealth*.** Le terme de « *common law* » porte une polysémie déjà soulignée. Il vise tout à la fois une tradition juridique clairement identifiée, construite dans une opposition marquée à la tradition romano-germanique avec qui elle forme le couple majeur des représentations des systèmes juridiques occidentaux, mais aussi et pour les *common lawyers* eux-mêmes, le terme de « *common law* » tend à désigner une *case law* ou un système de *case laws*. C'est d'ailleurs dans ce dernier sens que le terme a été dans cette étude et jusqu'à présent le plus usité. Cette première précision donnée, il convient de relever que l'identité de la tradition de la *common law* s'est d'abord construite au regard de sa conceptualisation du droit privé. Ainsi, les traits essentiels de cette dernière tradition juridique seront le plus généralement associés aux éléments suivants : « une jurisprudence fondée sur le *judge-made law* comme principale source du droit au lieu de la codification. Les juges plus

que les professeurs de droit sont les figures clefs de la tradition de *Common law* et c'est un des points principaux qui distingue la tradition de *Common law* de la tradition de droit civil »²⁵²⁷. Pour autant, tout au long du 20^e siècle, le développement et le renforcement du droit public au sein des systèmes juridiques appartenant à la tradition de *Common law* ont permis d'y faire émerger les principaux critères d'identification du droit public dans cette tradition.

940. Ce dernier semble ainsi se caractériser par deux éléments principaux. D'une part, la recherche d'un gouvernement limité, ce critère ayant marqué, selon S. G. Calabresi, la tradition de *Common law* depuis le règne d'Édouard le Confesseur, bien avant la Conquête Normande²⁵²⁸. Bien que l'émergence de ce critère soit le plus souvent associée à l'adoption de la *Magna Carta*, l'importance de cette dernière, au-delà même de l'ordre juridique britannique²⁵²⁹, atteste de l'importance de la limitation du gouvernement pour l'ensemble des systèmes juridiques de tradition de *Common law*. D'autre part, et en complément de ce premier critère, l'identité du droit public au sein de la tradition de *Common Law* serait marquée par la centralité et l'importance accordée au *judicial review* entendu au sens large de contrôle de constitutionnalité des lois²⁵³⁰ et non pas dans le sens restreint que lui donne le droit public britannique. L'identification de ce dernier critère comme au cœur de l'identité du droit public de la tradition de *Common law* appelle néanmoins une première remarque. Tel qu'employée par S. G. Calabresi, l'expression doit être entendue en son sens contemporain le plus large et tend à désigner tant le modèle de *strong judicial review* développé aux États-Unis que celui d'un *weak judicial review* décrit par S. Gardbaum²⁵³¹ et qui viserait à désigner les contrôles exercés tant au Canada, en Nouvelle-Zélande qu'au Royaume-Uni²⁵³². Mais, et de manière plus précise, c'est l'origine historique de ce contrôle de constitutionnalité tel qu'identifié par S. G. Calabresi comme marqueur de l'identité du droit public dans la tradition de *Common law* qui permet de tracer l'esquisse d'un commun à l'ensemble des systèmes juridiques rattachés à la tradition de *Common law*. Cette origine trouve ses racines dans l'institution du *Privy Council*²⁵³³ puis du *Judicial Committee of the Privy Council*²⁵³⁴ (ci-après

²⁵²⁷ S. G. Calabresi, J. M. Owens, B. G. Silverman, *The History of Judicial Review – The G-20 Common Law Countries and Israel* Volume 1, Oxford, OUP, 2021, p. 16.

²⁵²⁸ *Ibid.*

²⁵²⁹ *Ibid.*

²⁵³⁰ S. G. Calabresi, J. M. Owens, B. G. Silverman, *The History of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 16.

²⁵³¹ S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Theory and Practice, Cambridge, CUP, 2013, pp. 6-7.

²⁵³² *Ibid.*

²⁵³³ 1605 à 1833.

²⁵³⁴ Créé en 1833.

JCPC). En effet, ces deux dernières institutions, outil de stabilité et d'hégémonie du colonialisme britannique, « ont exercé un pouvoir de *judicial review* vertical au nom de l'Empire britannique sur l'ensemble des possessions britanniques, et ce à une période où un quart du monde appartenait à un empire 'sur lequel le soleil ne se couchait jamais' »²⁵³⁵. Tant le *Privy Council* que le JCPC disposaient d'une compétence leur permettant d'écarter les lois des *Dominions* britanniques jugées comme *ultra vires*, assurant ainsi que les colonies « n'adoptaient pas de lois ou ne prenaient pas de décisions de justice contraires aux lois anglaises et ne pouvant être justifiées par des circonstances spéciales, liées aux colonies »²⁵³⁶. Ce mécanisme, auquel les États-Unis échappent dès la fin du XVIII^e siècle²⁵³⁷, participe de la diffusion et de la reproduction dans les colonies britanniques des structures du droit constitutionnel anglais. Ces dernières participent à la construction d'un univers conceptuel en partage qui, et parce que la *Common law* se caractérise aussi et d'après le professeur H. Patrick Glenn par sa dimension relationnelle²⁵³⁸ assurant l'articulation entre particularismes et commun²⁵³⁹, va survivre à la décolonisation britannique sans faire perdre aux systèmes juridiques issus de ce processus une grammaire du droit commune.

941. Au-delà du droit constitutionnel, cette grammaire commune se dessine aussi dans le droit administratif et vient compléter l'identité du droit public dans la tradition de *Common law*. En effet, le Professeur P. Daly, en prenant pour objet le droit administratif dans les systèmes juridiques de *Common law*²⁵⁴⁰ souligne que le développement de ce dernier en Australie, au Canada, en Angleterre et au Pays de Galles, en Irlande et en Nouvelle-Zélande a fait émerger des dynamiques communes qui servent non seulement de modèle à l'ensemble des autres systèmes de *Common law*²⁵⁴¹ mais se caractériseraient aussi par « quatre valeurs dérivées des *case laws* »²⁵⁴², à savoir : la protection des intérêts individuels²⁵⁴³, le respect d'un principe de bonne administration²⁵⁴⁴, le respect de la légitimité des élus et donc par extension des décisions prises par ces élus au sein du Parlement²⁵⁴⁵, le maintien d'une distinction entre

²⁵³⁵ S. G. Calabresi, J. M. Owens, B. G. Silverman, *The History of Judicial Review*, op. cit., p. 35.

²⁵³⁶ *Ibid.*

²⁵³⁷ *Ibid.*

²⁵³⁸ H. P. Glenn, *On Common Laws*, Oxford, OUP, 2005, p.1.

²⁵³⁹ *Ibid.*, p. 2.

²⁵⁴⁰ P. Daly, *Understanding Administrative Law in the Common Law World*, Oxford, OUP, 2021.

²⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 1.

²⁵⁴² *Ibid.*, p. 14 et suiv.

²⁵⁴³ *Ibid.*

²⁵⁴⁴ *Ibid.*

²⁵⁴⁵ *Ibid.*

la fonction de jugement des cours et la fonction d'administration²⁵⁴⁶. À ces valeurs communes viennent s'ajouter des caractéristiques procédurales communes comme le recours au principe de « *fairness* »²⁵⁴⁷, ou encore le type de *remedies* pouvant être obtenus²⁵⁴⁸.

942. Si tant l'étude du Professeur S. G. Calabresi dans le champ du droit constitutionnel que celle du professeur P. Daly dans le champ du droit administratif font apparaître un objet en apparence nouveau – un droit public propre à la tradition de *Common law* – c'est peut-être davantage sous la plume du professeur Cheryl Saunders que ce dernier trouve sa meilleure expression, mais aussi de son resserrement possible aux seuls systèmes juridiques des États du *Commonwealth*. En effet, dans sa contribution aux actes du colloque *Public law adjudication in Common law systems*, l'autrice relève que « la *Common law* demeure plus cohérente, et ses membres plus interdépendants qu'il n'aurait pu être supposé »²⁵⁴⁹. Cette interdépendance se traduit dans le champ du droit public par le partage de présupposés si « profondément ancré dans la nature des systèmes juridiques de *Common law* qu'ils ne peuvent être clairement perçus que dans la comparaison avec les autres. Ils reposent si profondément [dans les structures cognitives des systèmes] qu'ils modèlent la manière dont les problèmes sont compris et les paramètres avec lesquels les résoudre »²⁵⁵⁰. Du constat de cet entrelacement entre la conception nationale développée dans chaque système juridique pour le droit public et la profondeur de l'emprise et de l'effet de la tradition de *Common law* sur ces conceptions, C. Saunders relève que trois caractéristiques, au moins, semblent tracer les contours de l'identité du droit public de *Common law*. Ce dernier se caractérise ainsi par le peu de distinction formelle entre le droit privé et le droit public et ce bien « qu'il y ait toujours eu des éléments distinctifs du droit public de *Common law* : dans l'origine et l'utilisation des *prerogative writs*, dans l'accès limité aux dommages et intérêts, dans la possibilité de ne pas avoir de justiciabilité, dans les standards effectivement imposés aux acteurs public par opposition aux acteurs privés »²⁵⁵¹. Mais, l'identité du droit public dans les systèmes de *Common law* se retrouve aussi marquée par le recours aux cours de droit commun et l'absence de juridictions spécialisées dans le traitement du contentieux opposant l'État, son

²⁵⁴⁶ *Ibid.*

²⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 20.

²⁵⁴⁸ C. Saunders, « Common Law Public Law: Some Comparative Reflections », in J. Bell, M. Elliott, J. N. E. Varuhas, P. Murray (dir.), *Public Law adjudication in common law systems*, Oxford, Hart Publishing, 2016, emplacement 11965-12342, emplacement 11993.

²⁵⁴⁹ *Ibid.*, emplacement 12001.

²⁵⁵⁰ *Ibid.*

²⁵⁵¹ *Ibid.*

administration et les citoyens²⁵⁵². Enfin et dernièrement, ce droit public de *common law* apparaît comme soucieux de la limitation du pouvoir des juges afin d'éviter la substitution des décisions de ces derniers à celles de l'administration ou du législateur²⁵⁵³.

943. Si le partage de ces traits communs apparaît comme facilitant les échanges entre les systèmes juridiques appartenant à la tradition de *Common law*, la proximité entre ces systèmes juridiques est encore plus importante lorsque resserrée autour des États formant le *Commonwealth* et plus précisément en son sein, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. En effet, « le partage de fondements juridiques préétablis dans la *common law*, des systèmes parlementaires suivant globalement le modèle de Westminster et un niveau de développement économique comparable. L'indépendance du Canada et de l'Australie, qui ont créé les conditions pour la divergence des systèmes juridiques nationaux, sont relativement récentes, laissant place à beaucoup de communs et incluant des habitudes de citations mutuelles »²⁵⁵⁴. Dans cette dynamique, les États-Unis apparaissent à part indépendants du système juridique britannique depuis suffisamment de temps pour avoir développé une pratique différenciée et spécifique de la *Common law*, ils sont parfois regardés comme à la marge de la tradition de *Common Law*²⁵⁵⁵. Ainsi, si la tradition *Common law* offre une conception du droit public jouant le rôle d'une *lingua franca* juridique entre les systèmes la composant, cette dernière trouve sa pleine efficacité dans la construction d'un dialogue resserré aux *Commonwealth*. Ce dialogue se traduit dans la publication d'auteurs canadiens, australiens ou encore néo-zélandais dans des revues de droit britannique, là où, en retour, des auteurs de la doctrine publiciste britannique voient certains de leurs articles publiés dans des revues australiennes, canadiennes ou encore irlandaises. Au-delà même de cet indice éditorial, ce sont les sujets mêmes abordés par des auteurs issus d'autres systèmes de la tradition de *Common law* et du *Commonwealth* qui témoignent de la mise en place d'un dialogue académique autour du droit public de *Common law* mais aussi et du droit public anglais. À ce titre, la publication récente de l'ouvrage de M. D. Walters, professeur de droit public à la *Queen's University* en Ontario, *A. V. Dicey and the Common Law Constitutional Tradition*²⁵⁵⁶, témoigne de la circulation et

²⁵⁵² *Ibid.*

²⁵⁵³ *Ibid.*

²⁵⁵⁴ P. Daly, *Understanding Administrative Law in the Common Law World*, *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁵⁵ H. P. Glenn, *On Common laws*, *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁵⁶ M. D. Walters, *A. V. Dicey and the Common Law Constitutional Tradition*, Cambridge, CUP, 2020.

des discussions encore actuelles entre les doctrines publicistes issues d'États du *Commonwealth* et les représentations doctrinales britanniques du droit public.

944. L'institutionnalisation d'un dialogue renforcé dans le cadre du droit public du *Commonwealth*. L'existence même des travaux académiques précités et l'objet que ces derniers se sont témoignent en eux-mêmes de la construction d'un tel dialogue et de la volonté d'en faire une synthèse ou du moins d'en analyser les dynamiques à l'échelle tant du *Commonwealth* que de l'ensemble des systèmes de *Common law*. Néanmoins, si les liens entre les juridictions du *Commonwealth* et celles du Royaume-Uni s'inscrivent dans une reconnaissance mutuelle et la construction d'un dialogue, une reconnaissance similaire apparaît dans le champ académique et se traduit par l'institutionnalisation des échanges tant par la création d'association, de conférences, de projets de recherche communs permettant la rencontre et les échanges entre membres de doctrines publicistes provenant de différents États du *Commonwealth*. De manière peut-être la plus large, la création de la *Commonwealth Legal Education Association* en 1971 offre un espace dans lequel « *capitaliser sur la diversité des cultures juridiques* » et ce au travers d'initiatives portées par les académiques afin de « développer une méthodologie permettant d'utiliser cet héritage juridique pluriel et atteindre des standards communs tout en reconnaissant et ménageant les différences »²⁵⁵⁷. Constatant l'existence d'une langue en commun²⁵⁵⁸, d'un héritage juridique commun²⁵⁵⁹, de principes constitutionnels communs inscrits dans le modèle de Westminster et dans le dialogue instauré entre les juges en matière constitutionnelle donnant ainsi naissance à « une nouvelle *common law du Commonwealth* », ²⁵⁶⁰ mais aussi de problèmes juridiques communs, la *Commonwealth Legal Education Association* fonde le *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*. Ce dernier, s'il n'offre pas un espace spécifiquement dédié au droit public, offre néanmoins un canal général de discussion dans lequel des réflexions sur la protection judiciaire des droits et libertés au sein du *Commonwealth* dans une perspective comparée avec le HRA²⁵⁶¹ ou encore l'interprétation des *statute laws*²⁵⁶² ont pu être abordées. De même, le *Oxford*

²⁵⁵⁷ S. Goulbourne, « Comparing Commonwealth Laws: The Role of the Commonwealth Legal Education Association in Meeting Some of the Challenges and Opportunities », *Law Teacher*, vol. 40, n°3, pp. 299-312, p. 300.

²⁵⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 301.

²⁵⁶⁰ *Ibid.*

²⁵⁶¹ A. Lester QC, « The judicial protection of Human rights in the Commonwealth », *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, Vol. 1, 2001, pp. 3-12.

²⁵⁶² O. Jones, « Statutory Interpretation : the case for a core subject », *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, Vol. 5, n°2, 2007, pp. 85-96.

University Commonwealth Law Journal ou encore le *Commonwealth Law Journal*, proposent des espaces de publication généralistes qui abordent des questions de droit public permettant des échanges indirects entre doctrines publicistes. Ce dernier interroge ainsi dans son dernier numéro la validité des critères posés par Dicey pour identifier les sources du pouvoir Exécutif et utilisés tant par les auteurs de la doctrine académique que par les juges canadiens face à la réalité contemporaine du droit public au Canada²⁵⁶³. Dans le champ spécifique du droit public, une revue spécialisée comme *Public Law*, ayant toujours intégré une dimension comparée et un espace pour l'étude du droit public des systèmes du *Commonwealth*, permet la construction d'échanges indirects.

945. Ainsi, si l'ensemble de ces revues juridiques offrent des espaces d'échanges indirects entre doctrines publicistes du *Commonwealth*, elles ne représentent pas les seuls espaces institutionnalisés d'échanges entre auteurs de tradition de *Common law*. En effet et en sus de ces espaces indirects, des espaces directs d'échanges comme la constitution de programmes de recherche ou de colloques servent de support et de renforcement aux échanges entre doctrines publicistes académiques. Cela est particulièrement marquant dans le cadre des *Public Law Conferences* organisées depuis septembre 2014 par le *Centre for Public Law* de l'Université de Cambridge. Portée donc par une initiative largement britannique²⁵⁶⁴, cette série de conférences internationales, décrite comme « décou[ant] du fait que les systèmes de common law sont simultanément similaires et différents les uns des autres », se fonde sur l'idée qu' « alors que tous ceux qui viennent de systèmes de common law travaillent avec des cadres de compréhension qui ont suffisamment en commun pour faciliter des échanges fructueux, les différences signifiantes entre ces systèmes ouvrent des opportunités pour de précieux débats et échanges d'idées »²⁵⁶⁵. De manière peut-être plus profonde, les principaux organisateurs de ces conférences bisannuelles qui se sont tenues en 2014, 2016 et 2018²⁵⁶⁶, soulignent que contrairement au droit privé de *Common law* ou encore au droit public relatif au droit de l'Union européenne, le droit public de *Common law* n'a pas connu avant 2014 « de

²⁵⁶³ A. Bolt, P. Lagasse, « Beyond Dicey: Executive Authorities in Canada », *Journal of Commonwealth Law*, 2021, disponible à <https://www.journalofcommonwealthlaw.org/article/23701-beyond-dicey-executive-authorities-in-canada>

²⁵⁶⁴ Bien que le professeur J. Varuhas, enseignant aujourd'hui en Australie et fasse partie des co-fondateurs de ces conférences, l'initiative du projet est largement marquée par la présence des professeurs J. Bell.

²⁵⁶⁵ J. Laws, « Forewords », in J. Bell, M. Elliott, J. N. E. Varuhas, P. Murray (dir.), *Public Law adjudication in common law systems*, *op. cit.*, emplacement 15-60, emplacement 20.

²⁵⁶⁶ Les deux premières conférences s'étant tenues à Cambridge, celle de 2018 à Melbourne. L'édition de 2020 devant se tenir à Ottawa ayant été annulée pour raison sanitaire, la prochaine *Public Law Conference* aura lieu à Dublin en 2022.

forums réguliers pour discuter de thématiques de droit public parmi les common lawyers de différents systèmes »²⁵⁶⁷. En cela, la création des *Public Law conferences* vient combler une lacune et propose un espace de rencontre à la fois pour les publicistes académiques du Royaume-Uni, du Canada, d’Australie, de Nouvelle-Zélande ou encore, de manière moins marquée, des États-Unis, mais aussi pour les juges et praticiens de ces mêmes systèmes. Dans cet espace réservé, Sir John Laws souligne que ce qui compte est que « chaque système de common law est enrichi par les autres »²⁵⁶⁸. Les *Public law conferences* ont ainsi pu offrir aux publicistes britanniques de s’enrichir de la perspective des droits publics des autres systèmes de *Common law*, autour de la question de la résolution des litiges en droit public, l’unité ou encore les frontières du droit public. En 2018, date de la dernière *Public Law Conferences* avant la crise sanitaire de la Covid-19 et l’annulation du colloque prévu pour 2020, les professeurs J. N. Varuhas et S. Wilson Stark, co-organisateur de la manifestation, observent que conformément au projet initial, cette « série de colloques est maintenant établie comme le forum principal et régulier pour les discussions académiques sur le droit public dans le monde de la *Common law* »²⁵⁶⁹. Elle n’est d’ailleurs pas restée un espace de coopération et d’échange isolé et la création d’un projet de recherche, au sein de l’Université de York, conduit par le professeur P. Daly et Joe Tomlinson a vu le jour. Construit autour des méthodes du droit public dans les systèmes de *Common law*, l’existence de ce projet de recherche montre qu’au-delà des questions de l’identification d’objets communs, le dialogue engagé par les universitaires britanniques et leurs homologues issus de la tradition de *Common law* et de systèmes du *Commonwealth* vise à interroger jusqu’aux structures épistémologique et méthodologique du droit public pour mieux dessiner les contours de l’identité de l’objet droit public au sein de la tradition de *Common law*²⁵⁷⁰.

946. Néanmoins, si les interactions indirectes et directes construites par les publicistes britanniques au sein des systèmes de tradition de *Common law* et de manière plus poussée encore entre les systèmes juridiques du *Commonwealth* permettent d’établir un espace d’échanges et de dialogues entre la doctrine publiciste britannique et nombre de ses

²⁵⁶⁷ J. Bell, M. Elliott, J. N. E. Varuhas, P. Murray, «Introduction», in J. Bell, M. Elliott, J. N. E. Varuhas, P. Murray (dir.), *Public Law adjudication in common law systems*, *op. cit.*, emplacement 1354-1554, emplacement 1354.

²⁵⁶⁸ J. Laws, «Forewords», *op. cit.*, emplacement 20.

²⁵⁶⁹ J. N. E. Varuhas, S. Wilson Stark, « Introduction : The Frontiers of Public Law », In. *The Frontiers of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 10-34, p. 11.

²⁵⁷⁰ P. Daly, J. Tomlinson, *Researching Public Law in Common law legal systems*, Londres, Eward Elgar Publishings, 2022.

homologues étrangers, le renforcement de l'internationalisation du corps de la doctrine britannique trouve aussi à s'expliquer dans les évolutions connues par le monde académique britannique depuis ces trente dernières années.

B. Une circulation de la doctrine académique accentuée par les réformes du monde académique britannique

947. Une circulation marquée de la doctrine publiciste entre les systèmes de *Common law*. L'émergence d'études dédiées au droit public sous le seul angle de la tradition de *Common law* tend à démontrer l'existence de structures conceptuelles et symboliques communes facilitant les échanges entre doctrines de cette même tradition. Cette facilité s'illustre dans une ouverture du monde académique britannique rendue d'autant plus possible que l'anglais comme *lingua franca* de la tradition de *Common Law* et de la globalisation permet de faire se superposer, du moins en surface, langue juridique et langue de communication. Si la première est rattachée à un système juridique et amène ainsi plusieurs « anglais » à cohabiter entre les différents systèmes juridiques reconnaissant l'anglais comme langue officielle, la seconde fait de la langue anglaise un simple outil de communication libérée des attaches culturelles d'un système juridique particulier. L'anglais, langue majoritaire au sein des systèmes juridiques de tradition de *Common law* facilite ainsi d'abord la circulation des idées, mais aussi celle des personnes et donc des chercheurs entre ces systèmes. En tant que langue globalisée, elle permet aussi de dépasser la frontière entre traditions juridiques et systèmes juridiques en offrant à des chercheurs formés en dehors des systèmes de *Common law* la possibilité de s'intégrer dans le milieu académique britannique dès lors qu'ils maîtrisent à un degré suffisant l'anglais comme langue de communication.

948. La langue anglaise permet ainsi au système britannique à la fois d'exercer une attractivité à l'égard des chercheurs étrangers et ainsi de se positionner comme importateur ou système d'accueil d'un certain nombre de chercheurs provenant des systèmes de *Common law* ou hors de ces derniers, mais, elle est aussi un passeport permettant aux chercheurs britanniques de s'exporter vers d'autres systèmes de *Common law* ou anglophone ou au sein d'universités provenant d'autres systèmes juridiques et linguistiques, mais proposant des enseignements ou des programmes de recherche menés en anglais. Dès lors, le positionnement des universités britanniques au cœur d'un marché du savoir globalisé dont la langue de

communication est l'anglais, la centralité de la *common law* britannique dans le développement d'une tradition de *Common law* favorisant par essence les échanges entre systèmes juridiques et une forme de transnationalité, les liens historiques et structurels entretenus entre les systèmes du *Commonwealth*, font des universités britanniques des centres d'échanges pour la recherche juridique. Cette situation des universités britanniques favorise pour leurs chercheurs la construction de parcours de recherche internationalisés et cosmopolites.

949. À l'échelle du droit public l'exemple de professeurs comme Peter Cane, formé à Oxford, y ayant enseigné avant d'enseigner en Australie et d'y mener ses recherches, de Paul Daly, professeur à l'Université d'Ottawa ayant été formé à l'Université de Cork en Irlande puis de Pennsylvanie aux États-Unis avant de réaliser son doctorat à Cambridge sous la direction de John Allison, ou encore de Jason Varuhas, chercheur néo-zélandais, formé à UCL, puis à Cambridge avant d'enseigner lui aussi en Australie ; sont des exemples de mobilités des enseignants et des chercheurs en droit. Les liens entre les chercheurs formés au Royaume-Uni et enseignants à l'étranger et leurs universités d'origines sont d'ailleurs entretenus par ces derniers. Ainsi, et pour poursuivre avec les trois exemples proposés, il convient de relever que tant Peter Cane que Paul Daly ou Jason Varuhas ont conservé des liens étroits avec Cambridge. Jason Varuhas, notamment, *research fellows* au sein de *Christ's College*, entretient des liens avec le monde du droit académique britannique par sa participation, l'organisation de colloque sur le droit public²⁵⁷¹ et la rédaction d'ouvrages touchant au droit public britannique, salués à la fois par le monde universitaire britannique, mais aussi par les juridictions du Royaume-Uni. Mais cette mobilité sortante des chercheurs et enseignants britanniques ne doit pas être regardée comme un mouvement unique. Elle s'accompagne en parallèle par d'importantes mobilités entrantes accentuant le caractère cosmopolite de la communauté des chercheurs sur le droit. Les exemples de *lecturers* comme Paul Yowell ou Adam Perry, formés respectivement aux États-Unis et en Australie, et enseignant tous deux le droit constitutionnel à l'Université d'Oxford, apparaissent comme des illustrations d'une mobilité forte et d'un véritable cosmopolitisme au niveau de la recherche et de l'enseignement juridique au Royaume-Uni.

950. Si ces exemples se basent majoritairement sur la circulation de chercheurs appartenant à des systèmes juridiques de tradition de *Common law*, il convient de relever que l'étude et

²⁵⁷¹ Co-organisation notamment des Public Law Conferences de 2016 et 2018

l'enseignement du droit de l'Union, mais aussi du droit européen des droits de l'Homme a longtemps offert une interface ayant permis des échanges entre chercheurs des États membres de l'UE, mais aussi une circulation des académiques en provenance de ces États vers les Universités britanniques. L'organisation et le fonctionnement de l'*Institute of European and Comparative Law* de l'Université d'Oxford en est un exemple. Fonctionnant majoritairement sur l'octroi de *fellowships* limités dans le temps et de partenariat avec des universités ou des institutions européennes, la grande majorité des chercheurs composant l'*IECL* étaient jusqu'avant le Brexit majoritairement originaire de pays de l'Union européenne. Or, et comme relevé lors des workshops régionaux organisés par *Society of Legal Scholars* dans le courant de l'année 2017 et portant sur la thématique *Brexit and the Law Schools*²⁵⁷² :

« Sur le long terme, les effets indirects du Brexit sur le recrutement d'étudiants et de personnels provenant de l'UE et hors UE risquent d'être plus important que ses effets directs. Comment pouvons-nous nous prétendre être des espaces d'enseignement juridique engagés internationalement si les lieux où nous sommes implantés expriment de manière tangible sentiment anti-étranger sous la forme du référendum sur la sortie de l'UE et des réactions générales à l'égard des personnes non britanniques (ou les autres « autres ») au sein de nos communautés locales ? »²⁵⁷³.

951. L'incertitude amenée par le *Brexit* quant à l'ouverture du monde académique vers l'Europe continentale se traduit au-delà même de la circulation des universitaires, dans la crainte de voir l'enseignement du droit de l'Union européenne être écarté de la formation des juristes britanniques²⁵⁷⁴. Elle rappelle ainsi que « les facultés de droit n'existent pas dans un isolement académique »²⁵⁷⁵, les évolutions et réformes marquant le monde académique britannique ont eu et continuent à avoir un impact sur la manière même de construire l'identité du droit public britannique et son ouverture vers d'autres manières de construire le discours sur l'objet « droit public ».

²⁵⁷² Society of Legal Scholars, « Brexit and the Law School seminars », <https://www.legalscholars.ac.uk/brexit-law-school-seminars/>

²⁵⁷³ Society of Legal Scholars, « Brexit and the (Northern) Law School », Liverpool workshop, 14 juin 2017, <https://www.legalscholars.ac.uk/brexit-law-school-seminars/>

²⁵⁷⁴ Contre cette possibilité, voir le plaidoyer pour l'enseignement du droit de l'Union européenne proposé par les Professeurs Catherine Barnard et Paul Craig : C. Barnard et P. Craig, « The future of EU law as a subject in British universities », *Law Teacher*, vol. 53, n°2, 2019, pp. 136-137

²⁵⁷⁵ A. Bradney, « Law as a Parasitic Discipline », *op. cit.*, p. 73.

952. Une ouverture internationale de la doctrine britannique dépendante des évolutions du monde académique. Les échanges observés entre publicistes britanniques et étrangers s'inscrivent dans deux réseaux transnationaux distincts. Celui tissé par la tradition de *Common law* et les liens plus resserrés entretenus entre le système juridique britannique et les systèmes du *Commonwealth* d'une part et, d'autre part le réseau construit par l'intégration européenne. Dans le cas de ce premier réseau d'échange qui atteste de l'ouverture de la doctrine publiciste britannique vers un ailleurs juridique au-delà des frontières de son propre système, un ensemble de facteurs historiques et de liens structurels tendent à expliquer l'attractivité exercée par les facultés de droit britanniques sur les étudiants puis enseignants de systèmes comme le système juridique australien²⁵⁷⁶ ou néo-zélandais²⁵⁷⁷. En effet, et plus particulièrement dans le cas australien, l'histoire de l'enseignement juridique a établi des ponts importants avec les universités britanniques auxquelles les publicistes australiens ne semblent pas avoir échappé. Ainsi, il convient de relever que, suivant le modèle de formation professionnelle historiquement adopté par le Royaume-Uni au travers des systèmes des *Inns of Courts*, l'histoire de la recherche juridique en Australie est une histoire récente. David Barker relève en ce sens que « le concept de recherche ne figure pas dans les premières années de l'enseignement du droit australien. Cela est dû à l'importance initiale accordée à l'enseignement juridique comme n'ayant que pour seul objectif la préparation des étudiants à l'entrée dans la profession juridique »²⁵⁷⁸. Ce n'est qu'après 1946 et la formation de l'*Australian Law Teacher Association*, que la recherche juridique se voit pour la première fois valorisée. Pour autant, il faut attendre 1988 et le rapport du *Pearce Committee*²⁵⁷⁹ pour que la recherche en droit soit reconnue comme l'une des principales composantes du rôle des facultés de droit. Pour autant, l'impact de ce rapport reste limité et ce n'est qu'en 2005 que le Conseil des doyens des facultés de droit australiennes met en place une stratégie coordonnée entre les *Law schools* en faveur du développement de la recherche juridique. Ce n'est qu'à partir de cette période que des programmes de recherches se structurent de manière systémique, que les revues de droit australiennes adoptent le modèle de *peer-review* et que la recherche juridique se trouve des contours et une expression proche de celle déjà connue au Royaume-Uni. Dans ce contexte spécifique, et parce que tant les diplômés de Master que de doctorats

²⁵⁷⁶ D. Barker, *A History of Australian legal education*, these de doctorat soutenue à la Macquarie University de Sydney, Avril 2016; A. J. Chay, « Legal Education in Australia in the 21st century », *Journal of the Indian Law Institute*, Vol. 38, n°4, 1996, pp. 446-450.

²⁵⁷⁷ G. McLay, « Toward a History of New Zealand Education », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 30, 1990, pp. 333-340.

²⁵⁷⁸ D. Barker, *op. cit.*, p. 8.

²⁵⁷⁹ *Ibid.*

des universités australiennes ne sont pas valorisés, là où un diplôme d'Oxford ou Cambridge offre un passeport plus certain vers le monde académique du droit, il n'est pas étonnant de voir de jeunes chercheurs australiens à l'instar d'Adam Perry se former à la recherche juridique ou poursuivre leur carrière de chercheur dans les universités britanniques. De même, il n'apparaît pas surprenant que des publicistes formés au Royaume-Uni comme Peter Cane ou Jason Varuhas trouvent une place dans le système académique australien.

953. Pour autant et si ce facteur historique permet d'expliquer les particularismes de cette dynamique d'échanges relativement bien localisée, deux facteurs indissociables et contemporains permettent de compléter la contextualisation de cette ouverture importante qui caractérisant l'ensemble du champ académique britannique permet aussi de saisir une part de l'identité actuelle de la doctrine publiciste au Royaume-Uni. En effet, et au-delà des liens structurels et historiques entretenus par les facultés de droit britanniques et certaines facultés de droit issues de systèmes du *Commonwealth*, le monde académique dans lequel évolue la doctrine universitaire du droit public britannique se caractérise par son inscription dans la globalisation et la transition des universités vers une « économie du savoir ». C'est dans ces deux dynamiques distinctes, mais interdépendantes que se trouve un second moteur de l'ouverture et de la circulation de la doctrine publiciste britannique.

954. La fin des années quatre-vingt-dix a été marquée par un intense processus de réformes visant à restructurer le milieu académique britannique²⁵⁸⁰. Les facultés de droit, soumises au même titre que les autres départements des universités à ces réorientations, se sont vues imposer de nouvelles manières de conceptualiser leur rôle à la fois au sein de la société, mais aussi au sein du monde universitaire²⁵⁸¹. Le discours académique sur le droit s'est ainsi classiquement développé autour d'une représentation du savoir comme un bien commun n'ayant pas d'autres fins que l'amélioration de la connaissance²⁵⁸².

955. En effet, et bien que la détention d'un savoir au niveau individuel permette la production de bien et la conduite d'une activité économique bénéficiant à la sphère privée, « l'intérêt

²⁵⁸⁰ R. Collier, « 'We're All Socio-Legal Now?' Legal Education, Scholarship and 'the Global Knowledge Economy' - Reflections on the UK Experience », *Sydney Law Review*, vol. 26, 2004, pp. 503-536, p. 504.

²⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 503, « *Within scholarship in the field of higher education there appears to be a general consensus that we are, internationally, living in a 'new era' for universities; a time when traditional understandings of what universities are 'for', and the scope of the academic disciplines themselves, are each being reshaped in some far-reaching ways* ».

²⁵⁸² M. Thornton, « The Demise of Diversity in Legal Education: Globalisation and the New Knowledge Economy », *International Journal of the Legal Profession*, vol. 31, 2001, pp. 37-56, p. 38.

public dans des citoyens éduqués et culturellement éclairés dépassait le bénéfice individuel et privé »²⁵⁸³. Sur la base de ce constat faisant peser davantage de bénéfice pour la sphère publique que la sphère privée, les États anglo-saxons comme le Royaume-Uni, le Canada ou l’Australie ont accepté au XXe siècle d’assumer la charge de l’enseignement supérieur faisant dès lors sortir les universités comme lieu de création du savoir d’une logique de mécénat pour devenir des universités publiques²⁵⁸⁴. De l’entre-deux-guerres à la moitié des années soixante, les universités britanniques bénéficient ainsi d’un statut particulier où, financées par l’État, elles demeurent néanmoins indépendantes, ce dernier ne pratiquant que peu de contrôle²⁵⁸⁵. Cet « âge d’or » des universités britanniques s’il s’assombrit avec l’arrivée de Margaret Thatcher au pouvoir, perdure encore dans les années quatre-vingt, et ce malgré les différentes vagues de privatisations alors connues au Royaume-Uni²⁵⁸⁶. Mais, au motif d’économies nécessaires pour l’État²⁵⁸⁷, ce dernier s’est peu à peu désengagé du financement des universités britanniques au profit d’un modèle hybride mélangeant financement public et privé ou les derniers tendent à prendre de plus en plus d’importance.

956. C’est dans ce contexte particulier que les facultés de droit britanniques se voient peu à peu intégrées dans le paradigme de « l’économie du savoir », paradigme qui, renversant la conception classique du savoir comme bien public fait de ce dernier un bien commercial comme un autre, soudainement exposé et soumis aux lois du marché. Dans ce basculement qui dénationalise et inscrit le travail des facultés de droit et des chercheurs, auteurs du discours universitaire sur le droit, dans une nouvelle concurrence qui ne se soumettant plus aux seules lois permettant de faire émerger un programme doctrinal face à des programmes concurrents doit aussi s’inscrire dans une concurrence économique donnant une place nouvelle à l’attractivité exercée non plus par la qualité scientifique de son discours sur les autres membres de sa communauté doctrinale, mais par le potentiel économique sur de futurs financeurs privés.

957. L’intégration des universités britanniques et de leurs facultés de droit au cœur d’une « économie du savoir » n’est pas seulement réalisée au niveau d’un marché national²⁵⁸⁸. La

²⁵⁸³ M. Thornton, *Privatising the Public University – The Cas of Law*, Abingdon, Routledge, 2012, p. 1.

²⁵⁸⁴ *Ibid.*,

²⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 12, « *Universities were treated with such deference that they were not even subject to audit* ».

²⁵⁸⁶ *Idem.*

²⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 31, moins 34 % de financement étatique entre 2008 et 2009. En 2010, le rapport Browne émet l’hypothèse d’un retrait total des financements de l’État britannique auprès des universités et donc la fin du système hybride au profit de la privatisation.

²⁵⁸⁸ M. Thornton, « *The Demise of Diversity in Legal Education: Globalisation and the Knew Knowledge Economy* », *op. cit.*

compétition instaurée entre les universités ne se limite pas aux seules universités britanniques, mais se joue à un niveau global et amène ces dernières à devoir adapter leurs structures et enseignements pour répondre à la demande d'un marché du savoir qui se trouve dès lors globalisé. Ainsi, à la concurrence interne au système universitaire national où une ligne de démarcation se traçait déjà entre des universités nouvelles jouant dans leurs structures, leurs enseignements et leurs programmes de recherche sur le recours à une interdisciplinarité et des thématiques contemporaines pour attirer étudiants et financements, et des universités anciennes bénéficiant déjà d'une reconnaissance et d'une puissance économique leur donnant à la fois une plus grande liberté d'organisation et la possibilité de financer des projets de recherche et des enseignements autour de disciplines perçues comme économiquement peu intéressantes, s'ajoute « une concurrence universitaire internationale alimentée par le fameux classement de Shanghai »²⁵⁸⁹ où de nouveau, les universités les plus anciennes bénéficient d'une attractivité plus importante et renforcée²⁵⁹⁰.

958. Cette concurrence, qui a, semble-t-il, ou du moins de prime abord, épargné le système français où la structure centralisée et les processus de recrutement tendent à refermer la communauté des auteurs sur une communauté nationale²⁵⁹¹, ne reste pas sans effets sur la clôture ou la fermeture des discours doctrinaux. Ainsi en impactant tant le cadre de formation du discours sur le droit public britannique en venant « globaliser » la communauté de chercheurs qui en est l'autrice qu'en modifiant les processus de financements de recherche, la globalisation renforce le mouvement de diversification et de circulation des chercheurs. Ces derniers, devenus des « travailleurs du savoir » sur un marché hautement concurrentiel et globalisé, ne sont plus limités aux frontières de leurs systèmes nationaux, à la condition de pouvoir s'inscrire dans des réseaux d'échanges et de dialogues transnationaux.

²⁵⁸⁹ M. C. Ponthoreau, « La fin du nationalisme pédagogique. Quels changements pour enseigner le droit, demain ? », In. M. C. Ponthoreau (dir.), *La dénationalisation de l'enseignement juridique – Comparaison des pratiques*, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloque et Essais, 2016, pp. 7-23, p. 10

²⁵⁹⁰ 7 universités britanniques dans les 50 premières universités selon le classement de Shanghai, toutes du Russel Group : University of Cambridge, 3^{ème} ; University of Oxford, 9^{ème} ; University College London 16^{ème} ; Imperial College London, 25^{ème} ; University of Manchester, 36^{ème} ; University of Edinburgh, 42^{ème} ; King's College London, 47^{ème}. La première université hors Russel Group à être classée est l'Université de Bristol, université du groupe *Alliance Universities*, au 64^e rang.

²⁵⁹¹ P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, op cit., p. 205, « L'obstacle de la langue et surtout la très grande diversité des systèmes juridiques empêchent le plus souvent les juristes d'émettre une appréciation autorisée sur ce qu'ont pu écrire leurs collègues étrangers. Dans le domaine du droit, il ne peut donc exister de communauté scientifique que nationale ou plutôt territoriale, car ce qui importe n'est pas la nationalité de l'auteur, mais plutôt l'espace juridique auquel il applique sa réflexion », il pourra être relevé ici que ce constat tiré depuis le point de vu français semble devoir être transcendé par les juristes de systèmes de *Common law* où l'anglais et les logiques propres à cette famille de systèmes juridiques offrent une *lingua franca* suffisante pour permettre les échanges et la circulation des chercheurs.

959. Du côté des publicistes s'inscrivant dans les échanges observés entre la doctrine britannique et les doctrines des systèmes de *Common law*, l'entrée des facultés de droit britannique dans une économie du savoir déjà largement adoptée en Amérique du Nord ne fait que fluidifier les échanges. *A contrario*, du côté des publicistes s'inscrivant dans le réseau d'échanges liés au droit européen, le *Brexit* représente un frein nouveau à la circulation et représente une nouvelle évolution pour le monde académique risquant d'affaiblir la circulation des échanges entre publicistes britanniques et européens alors que dans un même mouvement, les canaux déjà réinvestis du droit public de *Common law* devraient s'intensifier. Est-ce pour autant à dire que l'ouverture de la doctrine publiciste britannique vers les systèmes continentaux va cesser ? Rien n'est moins sûr lorsque la focale utilisée pour envisager jusqu'à présent les structures et dynamiques générales des échanges doctrinaux universitaires se resserre autour d'un cas concret et unique, celui du dialogue entre la doctrine publiciste anglaise et française.

Section 2. Le cas du dialogue entre la doctrine publiciste française et anglaise : entre utilitarisme et découverte de l'autre

960. La tradition de *Common law* offre une *lingua franca* aux auteurs académiques des systèmes juridiques héritiers du droit coutumier britannique. Cette dernière autorise la construction d'une communauté doctrinale transnationale où le dialogue entre communautés d'auteurs nationaux se voit facilité et favorisé. Si, au cœur de cette communauté transnationale, les liens entretenus entre les différentes doctrines nationales peuvent apparaître comme asymétriques, ils s'esquissent avant tout comme dynamiques et sont donc appelées à évoluer dans le temps. Néanmoins, le dialogue instauré entre elles est facilité par une communauté de représentations et de concepts inscrite dans l'essence de cette communauté doctrinale par la *Common law*. C'est parce que cette dernière porte, au-delà des variations nationales, les structures d'une culture juridique commune que le dialogue entre ces concepts et représentations localisées apparaît comme possible.

961. Pour autant, conclure que seul un dialogue entre doctrines nationales issues de la tradition de *Common law*, et peut-être même, de manière plus restrictive, de doctrines nationales issues du *Commonwealth*, est possible serait trompeur. L'ouverture, la recherche, le regard porté par certains juges de la *UKSC* vers le continent européen et plus spécifiquement

la droit allemand et français est déjà un premier indice. La doctrine britannique, de par sa culture et son histoire, est une doctrine qui rencontre un monde. Celui avec lequel elle tient en partage l'héritage de la *Common law*, tout d'abord, mais il existe, à n'en pas douter, pour cette dernière « un monde ailleurs ». Lord Bingham a rouvert une voie en ce sens que les juges de la *UKSC* ont décidé d'arpenter en se saisissant pleinement de la « diplomatie judiciaire ».

962. Néanmoins, la reconnaissance de mondes du droit en dehors de la seule tradition de la *Common law* n'est pas le propre de la seule doctrine organique, qui de par son inclusion dans une « communauté globale de juges » se verrait naturellement portée à dépasser les frontières nationales pour poser son regard vers des droits autres. Au contraire, et dès la formation de la matrice disciplinaire du droit public britannique, le regard comparatiste porté par A. V. Dicey sur, notamment, le droit administratif français, fait de la discipline publiciste britannique une discipline construite en miroir, à défaut peut-être d'un réel dialogue, de certains droits étrangers, ou du moins, d'une certaine représentation de ces derniers. Si la démarche comparative de Dicey peut être critiquée et amène ce dernier à proposer une image faussée du droit administratif et du droit constitutionnel français tels qu'existant à la fin du 19^e siècle, elle met en lumière la centralité du recours à la doctrine du droit autre pour construire la représentation du droit constitutionnel britannique. Elle assigne une fonction spécifique à l'usage du droit étranger et vient sans nul doute au soutien d'un projet théorique qui précède et conditionne la compréhension de l'autre juridique.

963. Dès lors, et cette orientation de la représentation du droit français mise en lumière, une question semble se dessiner : existe-t-il dans le recours à la doctrine autre par une doctrine nationale l'espace pour une connaissance pour elle-même et par elle-même du droit étranger où ce dernier est-il toujours un outil mis au service de la politique doctrinale dans laquelle il s'intègre ? Afin de tenter une première esquisse de réponse, il conviendra d'observer, en miroir, les dynamiques animant d'une part l'utilisation britannique de la doctrine publiciste française (A) et d'autre part l'utilisation française de la doctrine britannique (B). Derrière cette tentative d'illustration de la rencontre entre doctrine publiciste britannique et française se joue aussi l'identification des critères nécessaires à la mise en place d'un dialogue entre doctrines nationales en dehors d'une même culture juridique. Ce dernier, parce qu'il suppose une reconnaissance de l'identité profonde de la discipline droit public étrangère appelle ainsi à identifier les biais et limites qui dans la représentation du droit autre amènent à orienter et instrumentaliser la doctrine du droit étranger.

§1. L'utilisation de la doctrine française par la doctrine anglaise

964. Loin de l'image d'une ouverture affirmée qui s'est esquissée dans l'étude dynamiques des échanges construits par la doctrine organique et la doctrine universitaire avec des systèmes étrangers de droit public, le changement de perspective sur le discours publiciste britannique lorsque resserré à l'exemple de l'utilisation faite par la doctrine anglaise de la doctrine française semble soudainement dessiner un mouvement plus circonscrit, resserré autour d'initiatives individuelles venant astreindre l'utilisation de la doctrine française à un nombre limité d'auteurs britannique (A). Ces derniers, influencés par des contingences extérieures comme le hasard des rencontres et des échanges avec les membres de la doctrine française semblent inscrire l'utilisation de la doctrine française dans des projets de recherche n'ayant pas pour simple finalité la rencontre et la connaissance du droit-autre. Remise au service des questions et dynamiques propres du discours sur le droit public britannique, la doctrine française lorsque utilisée par les auteurs anglais semble ainsi venir justifier des programmes doctrinaux concurrents répondant à des enjeux propres aux tensions internes de la doctrine publiciste britannique (B).

A. Une utilisation circonscrite de la doctrine française par la doctrine britannique

965. Une utilisation de la doctrine française circonscrite à la doctrine individuelle de certains auteurs britanniques. La centralité du modèle diceyen pour la construction du discours sur le droit public britannique et la discipline qui va en conditionner la représentation peut sembler avoir rendu impossible tout lien entre la doctrine française et la doctrine britannique. En effet, l'utilisation faite par Dicey du droit public français et plus particulièrement du droit administratif en fait l'antithèse du modèle britannique et articule une célébration de l'« *Englishness* » de ce dernier au rejet du modèle français²⁵⁹². Dès lors, tout dialogue avec le discours doctrinal français, voire sa reconnaissance même, semble non seulement impossible, mais aussi inutile, voire hors de propos. Pourtant, conclure de ce premier et rapide constat l'absence de recours par les auteurs anglais à la doctrine publiciste

²⁵⁹² N. Gabayet, « Une page d'histoire de la pensée du droit administratif : le 'moment Dicey' », *Jus Politicum*, vol. 20-21, juillet 2018, pp. 415-443, p. 424, « L'objectif assigné à la mise en perspective du droit national par rapport à un modèle étranger est donc ostensiblement annoncé. Néanmoins, la lecture des propos introductifs du chapitre consacré au *rule of law* laisse entrevoir, derrière la démarche du pédagogue, une intention idéologique mâtinée d'ethnocentrisme. L'auteur recourt notamment à la figure du candide, afin de mettre en balance le degré élevé de protection des libertés et des droits individuels que garantit le droit anglais, grâce au *rule of law*, apanage des États « civilisés », avec la situation du système français de justice administrative. Ce procédé lui permet également de justifier le choix du droit administratif français comme pendant négatif du droit anglais ».

française ne peut être satisfaisant. Il suffit en effet de retourner vers les écrits d'Albert Venn Dicey pour saisir que le premier canal de rencontre entre les auteurs sur le droit public anglais et le système de droit public français réside, justement, dans le recours à la doctrine publiciste française.

966. Ainsi, lorsque par opposition au principe de souveraineté du Parlement, Dicey présente en 1885, dans la première édition de *The Law of the Constitution*, le cas français comme exemple d'un pouvoir législatif non souverain, ce dernier s'appuie principalement et à la fois sur les écrits de Tocqueville, de Plouard, de Bard et de Robiquet²⁵⁹³. Tocqueville est de nouveau convoqué, quelques pages plus tard, lorsque Dicey érige le droit administratif français en contre modèle du *Rule of Law* britannique²⁵⁹⁴. Le recours répété à Tocqueville²⁵⁹⁵ se voit alors complété par des références aux *Conférences sur l'administration et le droit administratif*²⁵⁹⁶ de Léon Aucoc. Néanmoins, la récurrence de l'œuvre de Tocqueville dans cette première édition de *The Law of the constitution*, en fait le principal auteur identifié par Dicey comme au cœur de la représentation du droit public français²⁵⁹⁷. À partir de la sixième édition de *The Law of the Constitution*, publiée en 1902, les références de Dicey se diversifient quelque peu et des citations des travaux d'Édouard Laferrière ou de Maurice Hauriou apparaissent²⁵⁹⁸. En 1908, la septième édition du manuel du professeur oxonien propose une bibliographie d'auteurs français plus conséquente²⁵⁹⁹. Berthélemy, Chardon, Duguit, Jèze, Esmein, Jacquelin et Tessier complètent les références précédentes et Dicey reconnaît « je ne peux pas (...) omettre de noter comment le droit administratif français, structuré originellement comme une prérogative de la Couronne sous l'Ancien Régime, a, durant ces dernières années grâce au génie de légistes français, été plus ou moins juridictionnaliser (...) et incorporé au sein du système juridique »²⁶⁰⁰.

967. Cet élargissement des références doctrinales utilisées par Albert Venn Dicey au fil des rééditions de son manuel, trouve un écho dans ses autres écrits. Ainsi, son cours sur le constitutionnalisme français, donné en 1897, trahit-il toujours l'influence majeure de

²⁵⁹³ J. W. F. Allison (ed.) A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, Oxford, OUP, 2013, p. 68, n. 25 et suiv.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 97 et suiv.

²⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 101-102

²⁵⁹⁶ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, faites à l'école des ponts et chaussées, 3^{ème} édition, 1885 cité dans J. W. F. Allison (ed.) A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 101, n. 13, p. 102, n. 15 et suiv.

²⁵⁹⁷ J. W. F. Allison, « Editor's introduction to volume I », In J. W. F. Allison (ed.) A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p xxxv.

²⁵⁹⁸ A. V. Dicey, « Rule of Law Compared with Droit Administratif », In J. W. F. Allison (ed.) A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 368-409.

²⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 368, n. 1.

²⁶⁰⁰ A. V. Dicey, « Rule of Law Compared with Droit Administratif », *op. cit.*, p. 368, n. 1.

Tocqueville²⁶⁰¹, mais laisse aussi et déjà apparaître des références aux travaux de Maurice Hauriou²⁶⁰², avant d'être complété par des références à Laferrière²⁶⁰³ et Rousseau²⁶⁰⁴. Cette incrémentation des références à la doctrine française dans les travaux du professeur oxonien, notamment et particulièrement après certaines critiques émanant du continent et visant son approche parcellaire des auteurs français, souligne une des spécificités de la représentation construite par Dicey pour le droit public français. Contrairement à un Montesquieu dont l'image classique construit, à l'instar des naturalistes du XVIII^e siècle, la connaissance et la compréhension de la constitution britannique dans l'observation du système « en action » ; Dicey ne fait pas l'expérience du système français de droit public. Ce qu'il ne peut dès lors gagner en connaissance par l'observation, Dicey le construit dans les textes et la doctrine. Ce recours à la doctrine du système juridique comparé apparaît comme une forme d'évidence méthodologique en ce que la connaissance du droit étranger précède la comparaison, cette dernière ne pouvant être articulée de manière valide qu'avec un minimum de connaissance du système comparé. Or, et parce que « la doctrine juridique forme une part essentielle de tout système juridique », qu'« elle permet le développement du cadre conceptuel de l'ordre juridique et de la méthodologie juridique »²⁶⁰⁵, que de par sa fonction d'exposition et de systématisation elle permet d'acquérir une connaissance structurée du droit autre, le recours à cette dernière semble au cœur de tout travail de comparaison.

968. Néanmoins, il convient de souligner que l'utilisation faite par Dicey de l'exemple français semble devoir s'arrêter aux écrits de ce dernier et n'entre pas, contrairement à la structure proposée par le professeur oxonien pour le droit anglais, dans la tradition du modèle orthodoxe. Aussi l'utilisation de la doctrine française dans les écrits de droit constitutionnel britannique ne se poursuit pas dans les écrits ultérieurs des auteurs s'intégrant dans la tradition orthodoxe et la plupart des manuels contemporains de droit constitutionnel ne proposent pas d'éclairage de droit comparé et ce contrairement aux manuels de droit constitutionnel français. La comparaison avec le droit français et plus largement le recours au droit étranger ne fait donc pas partie des héritages diceyens, comme si une fois l'identité du droit public britannique construite et fixée dans son opposition avec celle du droit public français, le recours à une

²⁶⁰¹ A. V. Dicey, « French Constitutionalism », In. J. W. F. Allison (ed.), A. V. Dicey, *Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2013, pp. 89-104.

²⁶⁰² *Ibid.*, p. 91, n.1; p. 98, n. 13.

²⁶⁰³ A. V. Dicey, « Note 17 – Conclusions as to French Droit administrative », In. J. W. F. Allison (ed.), A. V. Dicey, *Comparative Constitutionalism*, *op. cit.*, pp. 307-319, p. 310, n. 10 et suiv.

²⁶⁰⁴ A. V. Dicey, « Appendix VII – Why Universal suffrage suits France », In. J. W. F. Allison (ed.), A. V. Dicey, *Comparative Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 315-319, p. 318.

²⁶⁰⁵ M. Van Hoecke, M. Warrington, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law », *op. cit.*, p. 522.

quelconque comparaison avec le droit français et les sources permettant d'en comprendre le cadre conceptuel n'était plus nécessaire. L'exceptionnalisme britannique ayant été affirmé et sécurisé par la matrice doctrinale et disciplinaire du discours orthodoxe, le recours à la doctrine française ne sera dès lors plus que sporadique et le fait d'auteurs britanniques individuels.

969. En ce sens, une résurgence du recours à la doctrine française apparaît avec les écrits du fonctionnaliste Harold Laski qui, sans développer un catalogue doctrinal aussi élargi que celui proposé par Dicey, concentre son étude autour des écrits de Léon Duguit²⁶⁰⁶. Ainsi, Harold Laski fait-il à plusieurs reprises référence aux travaux du professeur bordelais dans son ouvrage *Authority in the Modern State* publié en 1919²⁶⁰⁷. Mais, une distinction majeure se dessine ici entre l'usage fait par Laski des travaux de Duguit et celui fait par Dicey des écrits des publicistes français. Il ne s'agit pas en effet pour Laski d'utiliser les travaux de Duguit comme un point d'entrée et une clef de lecture du système français dans un souci de comparaison entre systèmes juridiques. Au contraire, ce que Laski trouve dans la lecture de Duguit est avant tout une construction théorique et une modélisation d'un système normatif qui vient au soutien de ses propres représentations du droit public²⁶⁰⁸. Plus qu'un recours comparatif, c'est ici un recours théorique ou de *jurisprudence* qui se construit et informe dès lors sur les deux utilisations principales qui sont faites par les auteurs britanniques de la doctrine française. À l'argument comparé, s'ajoute l'argument théorique.

970. Cette distinction tend à perdurer et ce jusque dans la multiplication des écrits britanniques sur le droit français dans la seconde moitié du 20^e siècle. En effet, là où le recours à la doctrine française avait permis de clôturer le système de représentation du droit public britannique sur son propre exceptionnalisme, l'intégration européenne appelle ce dernier et ses auteurs à se confronter à nouveau à un monde en dehors des frontières du modèle orthodoxe pour le droit public britannique. Avec l'intégration européenne sonne ainsi le retour à la fois du droit comparé dans le champ de la doctrine publiciste, mais aussi et plus spécifiquement de l'interrogation du système publiciste français. Ainsi, tant les écrits du Professeur John Bell en droit constitutionnel²⁶⁰⁹ et droit administratif français²⁶¹⁰ que ceux de

²⁶⁰⁶ H. Laski, *Authority in the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 1927; H. Laski, « A Note on M. Duguit », *Harvard Law review*, Vol. 31, N°1, 1917, pp. 186-192.

²⁶⁰⁷ H. Laski, *Authority in the Modern State*, *op. cit.*

²⁶⁰⁸ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, OUP, 1992, p. 171, « *The influence on Laski's political and legal thought are many and various. His ideas on sovereignty and social organization seem to have been influenced by sociological positivism and by Duguit in particular* ».

²⁶⁰⁹ J. Bell, *French Constitutional Law*, Oxford, OUP, 1992 ; J. Bell, *French Legal Cultures*, Cambridge, CUP, Law in Context, 2001.

²⁶¹⁰ J. Bell, L. Neville Brown, *French Administrative Law*, Oxford, OUP, 1998.

Madame Sophie Boyron, *lecturer* à l'Université de Birmingham²⁶¹¹ proposent des études visant à présenter le système de droit public français, là où le travail de John Allison vise, par le recours au droit comparé, à apprécier les racines françaises de certaines notions importées au Royaume-Uni par l'eupéanisation²⁶¹². Si, comme avec Dicey, l'usage de la doctrine française sert ici la présentation du droit étranger, voire la comparaison, elle relève aussi de l'initiative d'auteurs individuels et reste donc circonscrite aux discours de certains membres de la doctrine publiciste britannique clairement identifiés et spécialisés. Pour autant, et si ce type d'usage de la doctrine française comme support à la connaissance du droit français comme droit étranger semble devoir disperser l'usage de cette dernière dans les écrits des publicistes britanniques, il convient de souligner qu'*a contrario*, la doctrine contestataire développée à la *LSE* semble offrir un cadre favorisant le recours par ses auteurs à la doctrine publiciste française.

971. La *LSE*, exemple unique d'un espace structuré d'utilisation de la doctrine française par des auteurs britanniques. En effet, si Harold Laski introduit dans le champ théorique de sa pensée les écrits de Léon Duguit, le recours à cet auteur spécifique de la doctrine publiciste française ne s'éteint pas avec sa mort. En se fondant et se référant aux travaux de Duguit²⁶¹³, en faisant traduire l'ouvrage du professeur bordelais par son épouse Frida Laski²⁶¹⁴, en rédigeant la préface de ce dernier²⁶¹⁵, en créant finalement une multitude de ponts entre l'auteur français et lui-même, Harold Laski fait entrer le système théorique et épistémologique construit par Duguit dans l'univers de la *jurisprudence* partagé par l'ensemble des auteurs fonctionnalistes. Laski donne à Duguit une visibilité et une longévité que ne connaissent pas les auteurs français utilisés et cités par Dicey, éclipsés par la dimension négative portée par la présentation du droit français comme anti-modèle du système de droit public britannique. Harold Laski, passeur entre deux systèmes de doctrines juridiques, ne se contente pas de présenter un système de droit étranger, il fait de la pensée de Duguit une des

²⁶¹¹ S. Boyron, *The Constitution of France – a contextual analysis*, Oxford, Hart Publishing, Constitutional systems of the world, 2012.

²⁶¹² J. W. F. Allison, *A continental distinction in the common law – A historical and comparative perspective on English Public Law*, Oxford, OUP, 1996.

²⁶¹³ C. Harlow, « The influence of Léon Duguit on Anglo American legal thought », In. F. Mellere (dir.), *Autour de Léon Duguit – Colloque commémoratif du 150e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit Bordeaux 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 227-254, p. 247, « In addition to his translation of Law in the Modern State, Laski published a substantial body of work on the state, all indicative of Duguit's influence ».

²⁶¹⁴ L. Duguit, *Law in the Modern state*, New York, Hebsch, H. Laski (eds.), F. Laski (trad.), 1919.

²⁶¹⁵ *Ibid.*, p. xliv et suiv.

pensées fondatrices de la tradition contestataire du droit public britannique. Il l'intègre ainsi dans la tradition de pensée du courant fonctionnaliste.

972. En ce sens, le professeur J. A. G. Griffith souligne, en 1979 :

« notre ligne a été basée sur Comte, ce qui nous a amené à Durkheim et, pour ma part à Léon Duguit. M. Duguit étant un Français et un constitutionnaliste, il me semblait être la représentation la plus proche d'un fondement solide, positiviste, rationnel, pour la jurisprudence analytique. Je l'ai lu avidement »²⁶¹⁶.

De même, les professeurs C. Harlow et R. Rawlings relèvent que :

« Les travaux du juriste français Léon Duguit ont offert une influence supplémentaire en fournissant un nouveau modèle par lequel les théories 'green light' du droit administratif pouvaient fleurir. La théorie de Duguit présupposait un État socialiste dans lequel un gouvernement fort était nécessaire et dont les activités s'étendaient largement au-delà du champ traditionnel du droit, de l'ordre, de la justice et de la sécurité. Il croyait dans un État collectiviste dont la fonction était de sécuriser l'accès aux services publics »²⁶¹⁷.

973. L'approche sociale de Duguit, en ce qu'elle correspond et s'accorde aux théories politiques sous-tendant le développement du courant fonctionnaliste, offre aux auteurs de la *LSE* une clef d'articulation entre le monde de la philosophie politique et celui du droit²⁶¹⁸. Le recours à la pensée duguiste devient alors un héritage poursuivi par des auteurs comme J.A.G. Griffith²⁶¹⁹, M. Loughlin²⁶²⁰, C. Harlow²⁶²¹, R. Rawlings²⁶²², et symbolisé par l'intervention du Professeur C. Harlow au colloque bordelais tenu en 2009 en commémoration du 150^e anniversaire de la naissance de Léon Duguit, sous le titre de « *The influence of Léon Duguit on anglo-american legal thought* »²⁶²³. Elle pose alors la question suivante : « Quels sont alors les éléments des travaux de Duguit qui ont le plus attiré l'attention de ces juristes radicaux et

²⁶¹⁶ J. A. G. Griffith, « The Political Constitution », *The Modern Law Review*, vol. 41, 1979, p. 6.

²⁶¹⁷ C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge, CUP, Law in Context, 3e ed., p. 34.

²⁶¹⁸ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op.cit.*

²⁶¹⁹ J. A. G. Griffiths, « The Political Constitution », *op. cit.*, p. 6.

²⁶²⁰ M. Loughlin, *Public law*, *op. cit.*, pp. 101-111.

²⁶²¹ C. Harlow, « Léon Duguit on anglo-american legal thought », *op. cit.*; C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*

²⁶²² C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, *op. cit.*

²⁶²³ C. Harlow, « Léon Duguit on anglo-american legal thought », *op. cit.*

politistes au début du 20^e siècle ? (...) sa méthode sociologique et fonctionnaliste ; son concept de solidarité sociale ; ses perspectives sur la souveraineté, et sa compréhension du service public comme le fondement du droit administratif »²⁶²⁴.

974. Mais, et si l'influence de Léon Duguit apparaît comme majeure sur la pensée des auteurs fonctionnalistes, cette dernière ne se limite pas pour autant au seul apport du professeur bordelais en matière de doctrine publiciste française. L'héritage duguiste participe certainement d'une forme de familiarité, ou du moins, et pour certaines notions relatives au droit public français, d'une forme d'interface facilitant l'utilisation par les auteurs de la *London School of Economics* de la doctrine publiciste française. En ce sens, il peut être noté qu'aux côtés des références à Léon Duguit, d'abord unique auteur de la doctrine française utilisé dans ses travaux²⁶²⁵, le Professeur Martin Loughlin élargit peu à peu le champ des auteurs français qu'il utilise et intègre à sa réflexion. Jean Bodin, Montesquieu, Hauriou côtoient bientôt les professeurs Olivier Beaud et Michel Troper dans les écrits du professeur londonien. Le processus est incrémental et s'observe au gré des publications de Martin Loughlin. Ainsi, si en 1992, *Public law and Political Theory* ne mentionne que Duguit, en 2000, *Sword and Scales* intègre déjà des références aux travaux de Montesquieu²⁶²⁶ et Jean Bodin²⁶²⁷. Le mouvement continue avec la publication en 2010 de *Foundations of Public Law* dans lequel Martin Loughlin utilise les travaux de Bodin, Bosanquet, Boutmy, Carré de Malberg, Duverger, Esmein, Paul Marie Gaudemet, Hauriou, Olivier Jouanjan, Michoud, Rousseau, Sieyès, Michel Troper ou encore Michel Villey²⁶²⁸. *Political jurisprudence*, enfin, voit s'ajouter à cette liste la mention des travaux du professeur Olivier Beaud²⁶²⁹.

975. Cet élargissement des sources françaises utilisées ne sert pas les mêmes fins que l'élargissement des sources françaises observé dans l'œuvre d'Albert Venn Dicey. S'inscrivant dans l'héritage de Laski et contrairement au professeur oxonien, Martin Loughlin ne démultiplie pas les références aux auteurs français afin d'affiner sa représentation du droit public français dans une perspective de comparaison. Le pluralisme des auteurs français s'inscrit ici dans la construction théorique du modèle de droit public proposé par Loughlin. L'originalité des sources et notamment la présence importante de sources françaises au regard des sources classiques du discours doctrinal britannique fait de cette dernière représentation

²⁶²⁴ *Ibid.*, p. 243

²⁶²⁵ M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*

²⁶²⁶ M. Loughlin, *Sword and Scales – An examination on the Relationship Between Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 198 et suiv.

²⁶²⁷ *Ibid.*, p. 125 et suiv.

²⁶²⁸ M. Loughlin, *Foundation of Public Law*, Oxford, OUP, 2010

²⁶²⁹ M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford, OUP, 2018

un modèle original et unique au sein du champ pluriel de la doctrine britannique, dont la cohérence a parfois pu être interrogée²⁶³⁰.

976. Néanmoins, et malgré cette différence dans l'utilisation des sources doctrinales françaises par les publicistes britanniques, une constante semble se dessiner chez les auteurs britanniques « découvreurs » d'auteurs français : le caractère personnel et interindividuel de ces découvertes. C'est en effet, à la suite de rencontres, d'échanges avec des membres de la doctrine française que Martin Loughlin intègre de nouveaux auteurs français à son étude. Cet élément qui est commun aux développements des références doctrinales françaises observés chez Dicey, Laski et Loughlin amène à interroger les facteurs guidant la sélection, par les auteurs de la doctrine britannique, des auteurs français dont les écrits et constructions théoriques seront intégrés dans les travaux de la doctrine publiciste britannique.

977. La sélection des auteurs, autre facteur de circonscription dans l'utilisation de la doctrine publiciste française. La question de la sélection des auteurs de doctrine française utilisés et intégrés dans les travaux de la doctrine publiciste britannique n'est pas anecdotique. En effet, et si comme le rappelle Mark Van Hoecke, la doctrine académique représente à la fois le point d'entrée nécessaire à toute comparaison dans les schémas conceptuels du droit autre, mais, aussi, un objet de comparaison en lui-même²⁶³¹, la question de l'identification des membres de cette même doctrine emporte un enjeu majeur dans la compréhension du système autre et sa représentation. Cette première observation faite, elle ne peut cependant être regardée comme valide sans l'adjonction d'une seconde, plus spécifique au cas étudié. Il convient en effet de rappeler qu'une doctrine nationale n'est pas nécessairement homogène. En ce sens, la doctrine publiciste française doit être regardée comme plurielle. Plurielle tout d'abord, car, et comme analysé par le professeur Renaud Baumert, il existe différents niveaux dans sa structuration. Aux doctrines individuelles se surimposent les doctrines des courants, des écoles et enfin une matrice doctrinale globale qui assure l'identité disciplinaire. Cette complexité, qui existe aussi au cœur de la doctrine anglaise, fait ainsi cohabiter une pluralité de modèles théoriques et explicatifs pour le droit public français sous la même dénomination de « doctrine ». Dès lors la sélection d'un auteur rattaché à une certaine école doctrinale, plutôt qu'une autre, n'est pas neutre et préconditionne nécessairement la compréhension que l'auteur britannique construira, au travers des écrits doctrinaux de cet auteur spécifique, du droit public

²⁶³⁰ M. A. Wilkinson, M. W. Dowdle, *Questioning the Foundations of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018

²⁶³¹ M. Van Hoecke, M. Warrington, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law », *op. cit.*, p. 522.

français. La localisation doctrinale de l'auteur étranger sélectionné importe donc pour la construction de la représentation de ce droit autre et rappelle l'importance qu'emporte, aux côtés de la fonction scientifique de tout discours doctrinal, les fonctions idéologiques et identitaires. C'est en effet dans le champ de ces dernières que se joue la diversité des discours doctrinaux cohabitant dans l'espace des représentations conceptuelles d'un droit spécifique à un moment donné.

978. À cette complexité liée à la pluralité des objets désignés sous l'utilisation du terme « doctrine », s'ajoute celle du caractère dynamique de cette dernière. La doctrine, si elle n'est pas monolithique, n'est pas plus figée dans le temps et est donc appelée à évoluer en fonction des rapports de pouvoir internes à la discipline et se jouant entre différentes représentations doctrinales concurrentes. Ainsi, au pluralisme des doctrines concurrentes caractérisant à un moment donné l'identité d'une discipline juridique s'ajoute l'histoire de ces dernières et de leurs rapports. Dès lors et face au constat de cette complexité, l'utilisation consciente et réflexive d'auteurs étrangers, tant pour construire une comparaison entre systèmes de droit positif que pour nourrir un apport théorique, supposerait de prendre en compte cette pluralité de facteurs lors de la sélection. Si la compréhension du droit positif étranger suppose sa contextualisation, il en va ainsi de même pour le recours à sa doctrine. Pour autant et une fois ces remarques liminaires faites, il convient de relever que la démarche réflexive que supposerait le recours à la doctrine étrangère est le plus souvent effacée par l'existence de facteurs bien plus pragmatiques venant conditionner la sélection des auteurs étrangers par la doctrine britannique.

979. Le premier de ces facteurs est tout simplement la maîtrise de la langue du système autre et en l'espèce du français. La remarque a tout du lieu commun tant il semble aujourd'hui acquis que « la maîtrise de la langue de l'ordre juridique ciblé est un prérequis pour le droit comparé »²⁶³². Pour autant, et aussi triviale soit-elle, cette remarque permet de rappeler l'une des premières causes de l'utilisation limitée de la doctrine française à des auteurs britanniques précis, capables de maîtriser la langue qui porte et conditionne le discours doctrinal français. En ce sens, le choix fait tant par Dicey que par Laski de faire traduire respectivement Émile

²⁶³² V. Grosswald Curran, « Comparative Law and Language », In. M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 676-714, p. 678.

Boutmy²⁶³³ et Léon Duguit²⁶³⁴ en anglais²⁶³⁵ afin de les rendre accessibles aux juristes britanniques met en lumière un mécanisme favorisant le dialogue entre doctrines nationales et par extension le droit autre. Si ce processus semble largement abandonné²⁶³⁶, l'exemple de la traduction de certains auteurs français prend racine dans une volonté commune, exprimée notamment et très clairement par Dicey dans sa préface à l'édition anglaise de l'ouvrage d'Émile Boutmy, de rendre accessible des auteurs français aux étudiants britanniques²⁶³⁷, la qualité principale de leur travail étant de « regarder des faits familiers depuis un nouveau point de vue »²⁶³⁸ et donc par le procédé classique du jeu des altérités, donner une lecture renouvelée à ce qui semblait familier.

980. Néanmoins, et si la maîtrise de la langue représente un premier facteur de sélection des auteurs français et de limitation du recours à ces derniers par les auteurs britanniques, un second facteur est à trouver dans le caractère personnel que sous-tend le choix d'un auteur de doctrine étrangère, que ce recours soit pour construire une comparaison juridique, un système théorique ou tout simplement traduire ce dernier et le rendre accessible aux juristes britanniques. Ce caractère personnel implique deux éléments distincts. Tout d'abord, un facteur interne à l'auteur exportateur. En effet, la socialisation préalable de l'auteur britannique au système juridique français, mais aussi à son propre système juridique préconditionne la sélection des auteurs de doctrine qu'il jugera pertinents pour son étude. Ainsi et en l'absence d'échanges, de contacts avec la doctrine étrangère, le risque est une sélection anachronique ou encore une survalorisation de l'importance de l'auteur sélectionné. L'utilisation centrale et répétée de Tocqueville pour la présentation du système de droit public français dans la première édition de *The Law of the Constitution* offre un exemple précis de ce risque. En effet, l'utilisation à titre principal de Tocqueville traduit dans le regard de Dicey

²⁶³³ E. Boutmy, *Studies in Constitutional Law – France, England, United States*, New York, MacMillan and Co., E. M. Dicey (trad.), A. V. Dicey (eds.), 1891.

²⁶³⁴ F. Laski, H. Laski (eds.), L. Duguit, *Law in the Modern State*, op. cit.

²⁶³⁵ Il est intéressant de souligner que dans chacun de ces deux cas, la traduction n'a pas été faite directement par les deux professeurs, mais par leurs épouses respectives, Eleonor Dicey et Frida Laski, Dicey et Laski rédigeant néanmoins les préfaces de chacune des traductions.

²⁶³⁶ Si les grands classiques de la jurisprudence anglosaxonne britannique comme Hart ou Dworkin se trouvent bien traduits, les auteurs publicistes britanniques restent largement non-traduits en France et ne sont dès lors accessibles qu'aux juristes maîtrisant suffisamment l'anglais juridique.

²⁶³⁷ A. V. Dicey, « Introduction », In. E. M. Dicey, A. V. Dicey (eds.), E. Boutmy, *Studies in Constitutional Law – France, England, United States*, op. cit., p.v.

²⁶³⁸ *Ibid.*, « The work was originally composed for Frenchmen; hence the author occasionally insists upon features in the English Constitution which to Englishmen may appear to be too well known to require notice or explanation. But the fact that the essay is written by a foreigner for foreigners, though it may seem at first sight to limit the utility of the book for English students, is in reality one of its great recommendations. We all forget to note matters with which we are familiar. Hence the best descriptions of a country's institutions have been often, not to say generally, composed by foreign observers (...) ».

à la fois un anachronisme entre la réalité des auteurs publicistes français qui composent la doctrine à la fin du 19^e siècle, mais aussi une survalorisation d'un auteur dont les écrits ne composent pas, depuis le regard français et la construction de l'identité de la doctrine publiciste française, le cœur du programme doctrinal majoritaire.

981. *A contrario*, l'inscription profonde de Martin Loughlin dans la tradition fonctionnaliste et sa socialisation au programme doctrinal contestataire ont pu, dans un premier temps, essentialiser le recours dans ses écrits à la doctrine de Léon Duguit. En somme, la sélection d'un auteur sans une méthode réflexive ne serait que la rencontre de l'auteur importateur avec lui-même : une image des présupposés méthodologiques et théoriques de l'auteur imposée à la réalité de la doctrine étrangère. C'est en ce sens que perçoit la nécessité, pour une compréhension approfondie du droit autre de saisir la doctrine étrangère dans son ensemble comme objet d'étude et de comparaison et ce afin de pouvoir apprécier la localisation et la temporalité des auteurs étrangers utilisés, leur place dans la structuration du discours sur le droit et les effets de leurs représentations du droit public sur la réalité de ce dernier. Sans cela, le miroir offert par la doctrine britannique à la doctrine française porte nécessairement des effets de distorsion créant une narration nouvelle pour l'identité de cette dernière.

982. Mais, et à ce premier facteur interne, s'ajoute un second facteur externe, cette fois, à l'auteur importateur, risquant à nouveau de survaloriser ou déformer la perception du rôle et de l'importance des doctrines individuelles de certains auteurs pour la doctrine publiciste française. Ce second facteur réside dans la contingence l'auteur importateur des rencontres avec des membres de la doctrine française et du caractère interindividuel des échanges se tissant alors. La relation intellectuelle, mais aussi profondément humaine alors construire porte pour elle le risque d'agir comme une loupe grossissante ou un éclairage à la fois trop puissant et trop précis sur un auteur spécifique et ce au détriment de l'image globale de la doctrine publiciste française. Cela se confirme certainement dans les recours tant de Laski et Loughlin à des auteurs très précis avec lesquels tant l'un que l'autre ont pu construire des liens personnels et privilégiés.

983. Ainsi, si le recours à la doctrine publiciste française par la doctrine anglaise semble avant tout circonscrite à la doctrine individuelle de certains auteurs, elle est doublement limitée par le processus même de sélection de ces auteurs qui risque, lorsqu'il ne s'inscrit pas dans une démarche réflexive et contextualisée, d'être préconditionnée par des contingences internes et externes propres à l'auteur « emprunteur ». En d'autres termes, le risque est celui d'un « cherry-picking » d'auteurs construisant à la fois une fausse image de la doctrine

publiciste française, mais aussi une image faussée du droit positif français. À cette difficulté dans le recours même aux auteurs français et la circonscription de leur utilisation aux doctrines individuelles de certains auteurs britanniques, s'ajoute celui de l'orientation du recours aux auteurs français. En effet, cette dernière si elle diffère selon les auteurs britanniques révèle aussi un intérêt stratégique pour ces derniers qu'il convient dès à présent d'analyser.

B. Un choix stratégique dans l'utilisation de la doctrine française par la doctrine britannique

984. Dicey et le recours biaisé à la doctrine française, exemple historique d'une représentation instrumentale du droit français. *The Law of the Constitution* constitue le premier et principal lieu d'utilisation de la doctrine française dans l'œuvre diceyenne²⁶³⁹. La raison d'être de ce travail académique trouve ses racines dans un projet précis que Dicey formule en introduction de son manuel, et ce dès sa première édition en 1887 :

« Ce livre est (comme son titre l'indique) une introduction à l'étude du droit de la constitution ; il ne prétend pas être un résumé ni être une présentation complète du droit constitutionnel. Il n'aborde que deux ou trois principes fondamentaux de la constitution moderne de l'Angleterre. Mon objet en publiant ce travail est de proposer aux étudiants un manuel qui puisse imprimer dans leurs esprits ces principes principaux et ainsi leur rendre possible l'étude efficace des Commentaires de Blackstone et d'autres traités de la même nature sur des questions juridiques qui mis bout à bout composent le droit constitutionnel britannique »²⁶⁴⁰.

985. Ce projet pédagogique, rappelé en préface à l'édition française de *The Law of the Constitution*²⁶⁴¹, découle du processus même de construction du manuel, ce dernier étant le résultat des cours donnés par Dicey à l'Université d'Oxford²⁶⁴². Dans le souci de clarté et de simplicité qu'emporte son projet pédagogique, « Dicey expliqu[e] par le recours à de nombreux contrastes »²⁶⁴³, que ces derniers soient internes au système britannique lui-même

²⁶³⁹ J. W. F. Allison, « Editor's introduction to volume I », In. J. W. F. Allison (ed.), A.V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. xxxv.

²⁶⁴⁰ J. W. F. Allison (ed.), A.V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 5.

²⁶⁴¹ G. Jèze, A. Batut (eds.), A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, V. Giard et E. Brière, Bibliothèque internationale de droit public, 1902, pp. xxix-xxxii.

²⁶⁴² J. W. F. Allison, « Editor's introduction to volume I », *op. cit.*, p. xxv.

²⁶⁴³ *Ibid.*, p. xxxii.

ou construits à l'aide d'exemples tirés du droit étranger. Ainsi et au cœur de ces explications, le recours aux droits étrangers et à la comparaison vient remplir une fonction pédagogique²⁶⁴⁴ largement connue et utilisée dans les cours de droit constitutionnel français contemporain et rappelé par le professeur Elizabeth Zoller dans son article « *Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ?* »²⁶⁴⁵.

986. Dicey précise les modalités d'utilisation de cet outil pédagogique en introduction de son manuel ; le recours au droit étranger visant à « illustrer, principalement par voie de comparaison, le fonctionnement des deux principes dominants qui sont à la base du système du Gouvernement anglais »²⁶⁴⁶. Ce dernier est en effet conscient de la valeur réflexive du recours au droit étranger pour éclairer son propre système, comme il est conscient de l'intérêt de voir porter sur son propre droit un regard étranger²⁶⁴⁷. Dicey va jusqu'à préciser dans l'introduction à l'édition française de son ouvrage : « Je n'ai pas à en rechercher les mérites ni les défauts. Dire par exemple que les institutions d'un pays étranger diffèrent essentiellement de celles de l'Angleterre et montrer en quoi cette différence consiste, c'est simplement appeler l'attention sur un fait qui peut accroître notre connaissance du Droit Constitutionnel anglais ; mais c'est là tout autre chose qu'affirmer, sur le point en question, la supériorité des institutions anglaises sur celles des autres pays »²⁶⁴⁸. Pour autant et malgré ce vœu pieux, Dicey ne respecte pas son propre cadre méthodologique lorsque ce dernier le met en application dans la comparaison et la présentation du système français.

987. En effet, si la fonction pédagogique du droit constitutionnel comparé tel qu'utilisé actuellement en France permet de placer des balises conceptuelles afin d'aider les étudiants à naviguer la pluralité des systèmes constitutionnels et ce en amont de leur exploration du droit constitutionnel français²⁶⁴⁹, tel n'est pas le cas dans *The Law of the Constitution*. Comme pour l'usage de l'épistémologie positiviste ou de la méthode historique, la démarche comparative de Dicey n'est ni neutre ni objective. La présentation du droit français par l'intermédiaire d'écrits d'auteurs identifiés par Dicey comme membre de la doctrine publiciste française sert au contraire le discours idéologique et identitaire que Dicey construit pour le droit public

²⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. xxiv.

²⁶⁴⁵ Elisabeth Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 121-134, plus spécifiquement pp. 121-125.

²⁶⁴⁶ A. V. Dicey, « Préface à l'édition française », In. G. Jèze, A. Batut (eds.), A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. xxx.

²⁶⁴⁷ A. V. Dicey, « Introduction », In. E. M. Dicey, A. V. Dicey (eds.), E. Boutmy, *Studies in Constitutional Law – France, England, United States*, *op. cit.*, p.v.

²⁶⁴⁸ A. V. Dicey, « Préface à l'édition française », *op. cit.*, p. xxx.

²⁶⁴⁹ E. Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 122.

britannique. En d'autres termes, le recours diceyen à la doctrine française est à la fois téléologique et instrumental.

988. Dicey souhaite en effet affirmer à la fois l'identité du droit public anglais, mais aussi valoriser ce dernier face aux discours publicistes étrangers et choisit pour cela de recourir très largement au discours à la fois critique, mais surtout anachronique de Tocqueville. En somme, l'usage fait par Dicey du droit français n'est pas tant une découverte de l'autre comme simple acte de connaissance, ni l'utilisation de cette connaissance pour mieux articuler les notions clefs du droit public britannique, que la création d'une image faussée du droit public français afin de mieux renforcer l'identité de son propre système. La démarche est celle d'une narration, et ici d'une narration valorisante, construite dans la rencontre de l'altérité d'un droit autre représenté comme un faire-valoir. En effet, il convient de rappeler que *The Law of the Constitution*, premier manuel pleinement dédié à l'étude juridique de la constitution britannique a pour principal objectif de construire l'identité de la discipline « droit constitutionnel » au Royaume-Uni. Or, et pour ce faire Dicey a d'abord autonomisé le discours juridique sur la constitution britannique de la science politique et de l'histoire en adoptant un certain cadre épistémologique et méthodologique. Mais, assurer l'étanchéité des frontières disciplinaires dans le champ de la connaissance nationale n'est pas suffisant et il convient aussi d'assurer l'émergence d'un discours juridique sur la constitution autonome des discours juridiques étrangers visant à dire et représenter le droit public. Cette identité, d'abord construite dans l'identification de principes fondamentaux et d'une structure propre à la seule constitution anglaise, se construit aussi, et au-delà de ses composants essentiels, dans la création d'un narratif permettant son individualisation face au droit autre. Cette démarche d'ipséité permet d'assurer la clôture et la stabilité de l'identité disciplinaire face à d'autres manières de dire et représenter le droit public. Mais, et au-delà de ces enjeux d'identité disciplinaire, l'instrumentalisation de la doctrine publiciste française sert aussi ses opinions politiques. Le jugement de valeur porté sur le droit public français et le recours principal aux écrits de Tocqueville permettent à Dicey de mettre à distance la possibilité même d'un État interventionniste en le décrédibilisant. Il s'agit de la sorte, de s'assurer l'articulation entre d'une part un modèle de droit public autonome et hors influence étrangère et d'autre part les convictions libérales et conservatrices de Dicey.

989. Cette orientation et instrumentalisation de la doctrine française se confirme dans la succession des éditions de *The Law of the Constitution* et leur articulation avec son édition française. En effet, en 1902 Dicey voit son principal ouvrage être traduit en Français par Batut

et Jèze. Certes, ce n'est pas le premier contact du professeur oxonien avec des membres de la doctrine française puisque Dicey avait déjà pu échanger avec Émile Boutmy, mais leurs échanges n'avaient pas conduit Dicey à revoir fondamentalement son approche sur le droit administratif français²⁶⁵⁰. Or, et avec les lectures de Batut et Jèze, émergent des critiques qui vont cette fois amener Dicey à modifier sa représentation du droit public français. Ce dernier va, les années suivantes, s'attacher à lire et développer sa connaissance de la doctrine française, amenant dès lors à une utilisation d'auteurs publicistes français plus nombreux et surtout pertinents pour son propos et sa comparaison. Pour autant, ce tournant ne conduit pas Dicey à réviser sa thèse principale concernant le droit public français. Tocqueville reste un élément de justification de la position de Dicey et finalement, le recours à la doctrine publiciste française de la fin du 19^e siècle ne sert qu'à corriger la représentation du droit public français donnée dans *The Law of the Constitution* sans que l'évolution de cette représentation ne réoriente l'utilisation faite par Dicey de sa représentation du droit français. Cette dernière si elle devient plus fidèle à la réalité doctrinale du droit public français de l'époque, demeure utilisée dans un contraste fort avec le système britannique. En somme qu'importe l'étendue et la pertinence de la connaissance du droit étranger acquis par Dicey, le résultat de la comparaison est déjà décidé en amont : le droit public britannique dans sa représentation diceyenne est supérieur au droit public français, car assurant la protection du système libéral voulu et reproduit par Dicey dans son modèle de droit public.

990. En ce sens, l'exemple du recours par A. V. Dicey à la doctrine française offre une première image d'une instrumentalisation du discours doctrinal français pour servir les fins d'un discours doctrinal britannique et les enjeux internes, liés à la constitution de l'identité de la discipline droit public au Royaume-Uni.

991. *Political jurisprudence* et droit politique, exemple contemporain de l'utilisation d'un discours doctrinal français comme fondement théorique d'une représentation anglaise renouvelée du droit public. Le constitutionnalisme politique, déjà largement évoqué au cours de cette étude, apparaît comme un courant doctrinal durablement ancré dans le paysage doctrinal britannique contemporain. Il est l'un des principaux concurrents au courant légaliste et, s'il ne peut être regardé comme homogène, regroupe un certain nombre d'auteurs dont le postulat principal est celui d'un réinvestissement du lien entre politique et droit. Parmi les différentes doctrines individuelles qui composent ce courant, le programme

²⁶⁵⁰ J. W. F. Allison, « Editor's Introduction to Volume I », *op. cit.*, p. xxxv.

doctrinal construit et défendu par le professeur Martin Loughlin a peu à peu amené à l'émergence de la notion de *Political Jurisprudence*²⁶⁵¹. Si la question de l'articulation entre droit et politique marque l'ensemble de travaux du professeur Loughlin. Sa première étude *Public Law and Political Theory* vise avant tout le dévoilement du lien instauré dans les principaux courants doctrinaux ayant marqué le développement du droit public britannique - soit la doctrine orthodoxe et le courant fonctionnaliste - entre les présupposés de théorie politique et les modèles de droit public adoptés par les publicistes britanniques. Cette approche, en faisant une généalogie des principaux discours *sur* le droit public britannique, permettait de montrer l'enracinement de ces derniers dans le champ de la théorie politique sans pour autant venir analyser directement les effets de l'articulation entre politique et discours *du* droit. Le seul auteur publiciste français alors cité était sans surprise Léon Duguit, les travaux de ce dernier faisant partie intégrante du cadre conceptuel des auteurs de la *LSE*.

992. L'espace séparant l'analyse des rapports entre politique et métadiscours juridique de l'étude des rapports entre politique et discours du droit public est franchi quelques années plus tard avec *Sword and Scales – An Examination of the Relationship Between Law and Politics*. Martin Loughlin y expose, en s'appuyant sur le cadre théorique fondé par Montesquieu²⁶⁵², le lien consubstantiel entre droit et politique. Ainsi, la politique moderne serait caractérisée par le fait que « l'épée du pouvoir (...) ne devrait être brandie qu'en accord avec la balance de la justice »²⁶⁵³. En d'autres termes, loin de la conception médiévale du pouvoir pouvant s'exprimer sans contrainte, le pouvoir moderne se caractériserait par son acceptation et la soumission de son expression aux formes juridiques. Cette articulation entre droit et politique, classique, identifiée par Martin Loughlin comme au cœur du « droit politique », semble pourtant, et selon le professeur londonien, s'être dissoute ou du moins mise à mal dans le droit contemporain. En favorisant une lecture positiviste du droit et une vision hyperspécialisée de la politique, l'interconnexion au cœur de la théorie de Montesquieu serait, *a minima*, perdue de vue, voire, *a maxima*, disparue. Ainsi, l'articulation entre droit et politique ne verrait pas la victoire de l'un sur l'autre²⁶⁵⁴. Le droit ne ferait pas disparaître le monde politique, mais, et à la place, les évolutions tant de la nature de la politique que du droit auraient brisé leur articulation, mettant dès lors à mal les fondements mêmes de l'État moderne.

²⁶⁵¹ M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, *op. cit.*, M. Loughlin, « Political Jurisprudence », *Jus Politicum*, Vol. 16, juillet 2016, pp. 15-32

²⁶⁵² M. Loughlin, *Sword and scales*, *op. cit.*, p. 197.

²⁶⁵³ *Ibid.*, p. 231.

²⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 230.

993. Se dégage finalement dans ce constat la question de recherche qui se trouve au cœur des travaux du professeur Martin Loughlin les années suivantes : comment repenser, ou du moins rendre à nouveau visible ce lien entre politique et droit ? La construction de la réponse du professeur de la *LSE* se décline en trois temps. La publication de *The Idea of Public Law*²⁶⁵⁵ marque la première étape de cette réponse. Il s'agit alors pour le professeur londonien d'exposer les principaux concepts servant d'interface et de point de contact entre droit et politique. Puis, avec *Foundations of Public Law*, le professeur Loughlin se livre à une étude généalogique de ces concepts. C'est dans le cadre de cette dernière recherche que Martin Loughlin ancre plus profondément sa démarche théorique à celle du droit politique français classique. La pensée de Rousseau occupe dans cet ouvrage une place particulière et sert de base à deux chapitres dédiés à la notion de « *Political Right* »²⁶⁵⁶. Cette dernière est comprise par Loughlin comme visant à désigner l'ensemble des normes « qui établissent le droit de gouverner »²⁶⁵⁷, et ce par opposition « aux règles qui sont des commandements »²⁶⁵⁸. Là où les premières constitueraient l'espace de rencontre en droit et politique, les secondes ne seraient que l'ensemble de ces normes juridiques auxquelles se limitent les études positivistes. Ce point de contact identifié et la nature de son objet établie, Martin Loughlin passe alors à la troisième et dernière étape de sa réponse en proposant la construction d'un cadre théorique et méthodologique permettant d'analyser ce « *political right* » et de replacer ce dernier au cœur de l'analyse juridique. Ce cadre méthodologique et théorique, désigné par le terme de « *Political jurisprudence* » s'appuie et s'adosse sur la notion française classique de « droit politique »²⁶⁵⁹ que Martin Loughlin dégage de l'étude des écrits de Bodin, Montesquieu et Rousseau.

994. Parallèlement à cette démarche, le professeur de la *LSE* va peu à peu construire et investir des liens avec les constitutionnalistes français rattachés à la doctrine contemporaine du droit politique. Cette dernière, composée en réaction au tournant contentieux observé dans

²⁶⁵⁵ M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford, OUP, 2008.

²⁶⁵⁶ M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, p. 108.

²⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 112.

²⁶⁵⁸ *Idem.*

²⁶⁵⁹ Par opposition à la notion contemporaine, en ce sens voir la thèse d'Elsa Kohlhauer, E. Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle – Proposition de systématisation*, thèse sous la direction du professeur A. Viala, soutenue le 12 décembre 2019, p. 31, « Empruntant beaucoup de conclusions à la pensée « classique » du droit constitutionnel, le droit politique ne s'inscrit pas moins dans une perspective éminemment contemporaine, et ce, d'abord parce que, en tant que doctrine et en tant qu'école, il ne se comprend que dans le contexte, relativement récent, de son avènement. C'est en effet par réaction que le droit politique apparaît revêtu d'une certaine unité doctrinale ; il repose sur un discours visant à combattre une conception exclusivement normative de la Constitution, elle-même fondée sur la juridictionnalisation de la matière ».

la doctrine constitutionnaliste française²⁶⁶⁰, vise, selon le professeur Divellec, « une entreprise de la science juridique, cherchant à renouer avec la dimension politique qui lui est consubstantielle »²⁶⁶¹. La similitude des projets anglais et français construit un pont naturel entre Londres et Paris et implique rapidement des échanges concrets entre les deux côtés de la Manche. En effet, les échanges entre le professeur Loughlin et ses homologues français ne se font pas que de manière indirecte par citation ou références, et dès 2007 M. Loughlin échange plus spécifiquement avec les professeurs Olivier Beaud, Denis Baranger ou Stéphane Rials²⁶⁶². En 2016, une nouvelle phase d'échange s'ouvre alors que le professeur de la *LSE* est reçu à l'Université Panthéon-Assas. Ce dernier donne pendant ce séjour des cours dont va naître un premier article publié la même année dans la revue *Jus Politicum*²⁶⁶³ avant d'être intégré sous la forme d'un chapitre à son ouvrage *Political Jurisprudence*²⁶⁶⁴. La spécificité de cet article et de ce chapitre est de proposer, depuis un point de vue britannique, une étude historique de la doctrine de droit politique en France. L'objet n'est donc pas un panorama complet de la doctrine publiciste française et le professeur Loughlin écarte rapidement les approches positivistes, ces dernières ne pouvant saisir l'objet de son étude²⁶⁶⁵. Pour autant, la présentation d'auteurs français se rattachant à la notion de « droit politique » permet à la fois au professeur de la *LSE* de démontrer les apports, mais surtout la nécessité de cette vision française du droit public et par là de servir de base à la construction théorique qu'il propose en droit britannique. L'article est aussi l'occasion, pour son auteur, de souligner ce qui, en France, a fait perdre au droit politique la place centrale qu'il occupait, parmi les programmes doctrinaux du droit public avant l'hégémonie positiviste pour finir par ne devenir qu'un courant doctrinal minoritaire, concurrent du courant positiviste majoritaire. Observant les effets du positivisme et du tournant contentieux dans le droit constitutionnel français, Loughlin identifie un déplacement des questions au centre du droit politique vers le champ de la seule théorie politique²⁶⁶⁶, et plus particulièrement les écrits de Foucault²⁶⁶⁷, Althusser²⁶⁶⁸,

²⁶⁶⁰ *Idem.*

²⁶⁶¹ A. Le Divellec, « Jus politicum : le droit ressaisi par la politique ? », nonfiction, janvier 2011, disponible à : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm

²⁶⁶² Issu d'un entretien tenu en mars 2021 avec le professeur Loughlin

²⁶⁶³ M. Loughlin, « Droit politique », *Jus politicum*, Vol. 17, n°1, 2017, pp. 295-335.

²⁶⁶⁴ M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 75-108.

²⁶⁶⁵ M. Loughlin, « Droit politique », *op. cit.*, p. 296.

²⁶⁶⁶ *Ibid.*, p.326, « *Droit politique was therefore in danger of disappearing from French thought. But during the last 50 years it has been revived, though this came from an unusual source. Droit politique has been rejuvenated by political theorists working in a Marxist, or post-Marxist, tradition* ».

²⁶⁶⁷ *Ibid.*, pp. 326-327, « *Droit politique, Foucault suggests, is the anachronistic leftover from an earlier metaphysical period, and with the extension of what he calls « bio-power », involving the regulation of population, has now been (mostly) overcome* ».

²⁶⁶⁸ *Ibid.*, pp. 327-328.

ou encore Badiou²⁶⁶⁹. De ce dévoilement tout à fait original au regard français et qui place les philosophes précités en héritiers de la tradition du droit politique français, mais aussi d'auteurs comme Duguit ou Hauriou²⁶⁷⁰, se joue plus que la question de la validité de cette filiation de pensée. En effet, il nous informe d'abord, et à titre principal, sur ce qui a pu échapper au champ du droit public français contemporain dans l'abandon du droit politique et le choix d'une son approche centrée sur le contentieux.

995. Cependant, et peut-être de manière plus saisissante pour la construction de liens entre doctrines publicistes française et anglaise, ce que donne à voir le projet de recherche de M. Loughlin est qu'en déracinant les questions de droit public de leur contexte national et en les universalisant autour de questions générales sur l'articulation entre droit et politique, ce dernier se tourne tout d'abord vers des auteurs français et une tradition de pensée française partageant cette même approche universelle et les utilise comme support théorique. Ils deviennent alors une justification à sa propre construction théorique. Ce faisant, il trouve non seulement un objet commun avec les représentants du droit politique français contemporain, mais aussi un langage commun dans le partage de références théoriques similaires, issues du droit politique classique. La construction d'un lien entre un auteur plutôt isolé de la doctrine britannique et un groupe d'auteur davantage plus constitué de la doctrine française, bien que hautement hétérogène, qui est celui du groupe droit politique, est rendu possible par cette interface et laisse entrevoir des échanges entre doctrines nationales.

996. Cette réception anglaise d'une certaine doctrine française est peut-être l'exemple le plus typique de l'utilisation des auteurs français par la doctrine publiciste anglaise. Travail de reconstruction du paysage doctrinal, elle ne donne finalement qu'à voir une partie infime de la doctrine publiciste française et apparaît en cela à la fois limitée, localisée, mais aussi orientée. En effet, si le processus de sélection des auteurs à l'origine de cette représentation s'explique par le projet même de M. Loughlin, elle appelle aussi, et en miroir de ce qui vient d'être fait, à interroger le rapport et l'utilisation faite, par la doctrine française de la doctrine britannique.

²⁶⁶⁹ *Ibid.*, p.329.

²⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 328.

§2. *L'utilisation de la doctrine anglaise par la doctrine française*

997. Du côté britannique, l'utilisation de la doctrine française apparaît comme un processus localisé et limité. Localisée, car apparaissant comme rattachée à la doctrine individuelle de certains auteurs, elle amène le plus souvent au dévoilement d'une image parcellaire de la doctrine française, les auteurs y étant mis en avant ne l'étant qu'à raison de la valeur argumentative ou d'illustration que leurs constructions théoriques emportent dans l'utilisation faite par les auteurs britanniques. La doctrine française est ainsi mise au service du projet doctrinal des auteurs anglais et n'offre qu'à de rares exceptions l'exemple d'un usage réflexif permettant aux auteurs britanniques de (re)penser leur propre système doctrinal. À l'exception des écrits de M. Loughlin, le système doctrinal britannique n'est pas rendu plus tangible au regard anglais par l'utilisation de la doctrine française et demeure un impensé au cœur des modes de construction et d'articulation du discours *sur le droit public* et *du droit public* britannique. La dimension réflexive de la comparaison ne semble jouer son plein en matière doctrinale, cette dernière n'étant perçue que comme un outil de représentation au service d'une démonstration interne.

998. Ce constat dressé, qu'en est-il si le regard français se retourne vers lui-même et interroge l'usage fait par ce dernier de la doctrine anglaise ? Existe-t-il un espace de connaissance du droit autre que faisant de la doctrine un objet de comparaison vise une représentation qui, à défaut d'être objective, ne soumettrait pas la doctrine britannique à des enjeux doctrinaux internes ? Existe-t-il en somme des espaces dans le savoir français sur le droit public britannique où la rencontre et le dialogue entre les deux doctrines nationales sont rendus possibles ? S'il existe des espaces « classiques » de construction d'une représentation française du droit public britannique et plus particulièrement de son droit constitutionnel, ces derniers ne semblent pas permettre une réelle rencontre entre doctrines. Néanmoins, l'intérêt renouvelé dans la constitution britannique à la suite de ce que John Bell désigne sous le terme de « Révolution constitutionnelle » semble pouvoir offrir une multiplication des points de contacts et de rencontre entre les deux doctrines (A). Cependant, et si les rencontres entre les deux doctrines se multiplient du côté français, les différentes utilisations faites de la doctrine publiciste anglaise par les publicistes français rendent difficile l'émergence d'un dialogue prenant en compte la pluralité théorique du paysage doctrinal britannique (B).

A. Une utilisation circonscrite de la doctrine britannique par la doctrine française

999. L'utilisation classique d'une représentation française du droit public britannique.

Il a déjà été souligné préalablement, et par opposition au cas britannique, que la tradition française du droit constitutionnel, et plus spécialement son enseignement, a fait une place particulière au droit comparé, ou du moins à la présentation de modèles étrangers²⁶⁷¹. Le modèle constitutionnel britannique y tient, le plus souvent²⁶⁷², aux côtés du modèle allemand et du modèle américain, une place particulière et de premier plan. Une place qui s'articule pourtant autour d'un paradoxe soulevé par le professeur Denis Baranger : alors que la constitution britannique est souvent réputée ne pas exister, elle constitue « une des bases de notre culture constitutionnelle et politique »²⁶⁷³. Néanmoins, bien que le recours à la présentation du modèle constitutionnel et politique britannique apparaisse comme ancré dans les usages de l'enseignement du droit constitutionnel français²⁶⁷⁴ signifie-t-il pour autant la création d'espaces de rencontres privilégiés entre la doctrine française et la doctrine anglaise ? Lorsque le regard se tourne à nouveau vers la présentation faite par les auteurs français du droit constitutionnel britannique, rien n'apparaît moins sûr.

1000. En effet, si les deux présupposés exposés plus tôt dans ce même chapitre, à savoir que la doctrine du droit étranger est une clef d'entrée nécessaire à la compréhension et la représentation de ce dernier et que donc, par conséquent, l'étude de cette même doctrine précède par essence le recours à la comparaison, les exemples de certains manuels français semblent venir effacer le rôle de la doctrine étrangère. Ainsi, la présentation du régime parlementaire britannique s'effectue-t-elle parfois sans aucune référence directe à la doctrine britannique, soit que les auteurs fassent de cette présentation une forme de connaissance commune et partagée sans qu'aucun auteur français ou anglais ne soit cité dans le corps du texte²⁶⁷⁵, soit qu'ils se fondent en premier lieu et à titre quasi exclusif sur des sources françaises

²⁶⁷¹ E. Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *op. cit.*, p. 121, « Parmi les matières enseignées dans les facultés de droit françaises, le droit constitutionnel est l'une de celles où l'étude des droits étrangers occupe une place considérable jusqu'à absorber le tiers, voire la moitié d'un cours magistral annuel. Il n'y a pas de disciplines où l'on fasse plus grand cas des systèmes juridiques étrangers ».

²⁶⁷² Il conviendra de noter qu'à titre d'exception, le manuel de droit constitutionnel des Professeurs Louis Favoreu ne propose pas de présentation de la constitution britannique. Voir en ce sens, L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestren O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 22^e éd., 2020.

²⁶⁷³ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite – Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, Léviathan, 2008, p. 3.

²⁶⁷⁴ E. Zoller, *op. cit.*, p. 123, « Les références à l'étranger, si fréquentes dans nos études juridiques font partie des joyaux de nos traditions universitaires ».

²⁶⁷⁵ F. Mélin-Soucramanien, P. Pactet, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 35^e éd., 2017, pp. 155-185 ; S. Pierré-Caps, *Droits constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, Quadrige Manuels, 2^e éd., 2015, pp. 15-30

ayant déjà pour elles-mêmes effectué le travail de représentation du système britannique²⁶⁷⁶. *A contrario*, d'autres auteurs se réfèrent directement aux écrits de publicistes britanniques. C'est ainsi le cas des professeurs Francis Hamon et Michel Troper, qui dans leur manuel de droit constitutionnel font référence à des publicistes britanniques contemporains comme les professeurs N. W. Barber, J. Bell, V. Bogdanor, M. Elliott, J. Jowell, D. Oliver, tout comme aux écrits plus classiques d'A. V. Dicey ou I. Jennings²⁶⁷⁷. Ces références cohabitent avec celles faites aux écrits de professeurs français, reconnus pour leur expertise en matière de droit constitutionnel britannique, tels que Denis Baranger, ou Guy Scoffini²⁶⁷⁸. Si dans ce cas précis la rencontre ou du moins le contact entre doctrines publicistes française et britannique semble acté et se manifeste dans l'utilisation d'écrits de publicistes britanniques, tend néanmoins à s'y dessiner une nouvelle difficulté.

1001. La représentation qui y est faite du droit constitutionnel britannique ne se décline pas autour des concepts et structures qui fondent l'identité discursive et cognitive de la doctrine britannique entendue dans son acception la plus large. Ainsi, il n'y a pas de présentation faite du régime britannique en termes de souveraineté du Parlement ou de respect du principe du *Rule of Law*. Le travail effectué par les auteurs français ne consiste pas à faire une place dans la langue du droit constitutionnel français à une traduction de la représentation construite par la doctrine publiciste anglaise pour son propre droit. Cette dernière n'est pas l'objet d'étude des auteurs français lorsqu'ils se livrent à la construction pédagogique d'un manuel. À la place, la doctrine britannique est utilisée comme une matière première, au même titre que l'est le droit positif étranger, permettant de construire une représentation française du droit public britannique dont la fonction n'est pas tant la connaissance du droit autre qu'une meilleure connaissance de son droit propre²⁶⁷⁹.

1002. Cette représentation, qui s'exprime en termes de régime parlementaire, de séparation des pouvoirs, de Couronne, ne vise ainsi pas tant à faire une représentation du droit britannique conforme à celle par laquelle la doctrine anglaise se comprend elle-même, qu'à investir les concepts, catégories et structures usuelles en droit constitutionnel français afin d'en donner

²⁶⁷⁶ J. Gicquel, J. -E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Domat Droit public, Montchrestien, Lextenso éditions, 25^e éd., 2011, pp. 221-255, les notes de bas de pages ne laissent pas entrevoir beaucoup de références britanniques, la bibliographie propose en revanche une série de travaux en anglais aux titres desquels se trouvent des références à A. V. Dicey, V. Bogdanor, I. Jennings ou A. Tomkins.

²⁶⁷⁷ F. Hamon, M. Troper, *Droit Constitutionnel*, Paris, LGDJ, Manuels, 30^e éd., 2007.

²⁶⁷⁸ *Idem*.

²⁶⁷⁹ E. Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé », *op. cit.*

des illustrations permettant de les utiliser comme des outils pédagogiques utiles à la connaissance du droit français. Cette représentation du droit anglais est ainsi rendue utile à la doctrine française, car permettant à la fois de traduire l'objet étranger dans les modes de représentations françaises et d'en faire usage dans une visée de comparaison pédagogique. Dans cette démarche, ce n'est pas le droit constitutionnel britannique qui est expliqué et contextualisé pour le rendre intelligible au droit français, mais c'est le regard français qui s'impose au vécu du droit constitutionnel britannique. Le vocabulaire et la grammaire de la représentation anglaise et de la représentation française diffèrent, tout comme l'histoire qu'elles racontent. Le fossé qui se creuse ici est similaire à celui qui sépare la lecture d'un texte dans sa langue originelle de sa traduction. Du passage de l'un à l'autre, de la langue autre à la langue propre se joue plus que la mise d'un mot dans un autre. Parce qu'une langue enferme et modèle les représentations de la culture qui la possède et qu'elle possède en retour, passer d'une langue à l'autre implique toujours une perte et le deuil d'une part de ces représentations que la structure de la langue de traduction ne porte pas. De même, le passage de la langue de la doctrine anglaise, de son vocabulaire centré sur la souveraineté du Parlement et le principe du *Rule of law* vers la langue de la doctrine française et de son vocabulaire centré sur la séparation des pouvoirs ou la forme de la constitution, implique nécessairement la perte de signifié et ne peut dès lors faire de la représentation ainsi construite par les auteurs français qu'une image française du droit britannique et de sa doctrine qui ne doit pas être confondue avec la réalité différente et autonome de la représentation anglaise du droit britannique. L'un ne peut se confondre en l'autre, tous deux étant deux objets distincts.

1003. Finalement, et à la manière du tableau des *Ménines* de Vélasquez dont le titre, trompeur, n'est pourtant pas le sujet de la représentation²⁶⁸⁰, la fonction pédagogique assignée dans les manuels à la représentation française du droit public britannique ne semble pas offrir un espace de rencontre avec la doctrine anglaise, mais plutôt de rencontre de la doctrine française avec elle-même. Pour autant s'arrêter sans nuancer ce constat, viendrait à manquer la diversité des représentations françaises faites du droit anglais dans le cadre de cette fonction pédagogique assignée à la comparaison. Ainsi, les nuances apparaissent lorsque le regard se porte vers des ouvrages comme ceux, et à titre d'exemple, des professeurs Elisabeth Zoller ou Marie-Claire Ponthoreau. En effet, dans son ouvrage *Introduction au Droit Public*²⁶⁸¹, le professeur Elisabeth Zoller propose une présentation du droit public britannique faisant à la

²⁶⁸⁰ Foucault, *Les mots et les choses – Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966, pp. 28-31.

²⁶⁸¹ E. Zoller, *Introduction au Droit Public*, Paris, Dalloz, Précis – Droit Public Science politique, 2^e ed., 2013.

fois place à une présentation historique du principe de Souveraineté du Parlement²⁶⁸² et du principe du *Rule of law*,²⁶⁸³ mais aussi une présentation doctrinale de ces concepts, s'arrête plus spécifiquement sur le modèle proposé par Dicey²⁶⁸⁴. Mettant en dialogue la doctrine diceyenne et le droit positif, le professeur Zoller propose une contextualisation permettant au regard français de faire sens de la représentation anglaise orthodoxe du droit public britannique, mais aussi des évolutions du droit positif britannique²⁶⁸⁵. Des références à des auteurs contemporains comme les professeurs M. Taggart²⁶⁸⁶, D. Oliver²⁶⁸⁷ ou encore P. Craig²⁶⁸⁸ complètent le tableau, le professeur français présentant par leur intermédiaire les dynamiques principales du « nouveau droit public britannique »²⁶⁸⁹. Face à cet exemple, l'utilisation de la doctrine anglaise faite par le professeur Marie-Claire Ponthoreau dans son ouvrage *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*²⁶⁹⁰ diffère. En effet, les références et citations des travaux de John Allison²⁶⁹¹, John Bell²⁶⁹², Vernon Bogdanor²⁶⁹³, Roger Cotterell²⁶⁹⁴, Neil Duxbury²⁶⁹⁵, John Griffiths²⁶⁹⁶ ou encore Martin Loughlin²⁶⁹⁷, ne visent cette fois pas à la représentation du système britannique de droit public, mais davantage à venir porter un éclairage renouvelé sur un certain nombre de concepts ou de méthodes utilisées en droit constitutionnel français. Dans ce cas précis, les publicistes britanniques sont convoqués pour construire une analyse réflexive de l'univers conceptuel du droit constitutionnel français, mais aussi de la méthode française du droit constitutionnel comparé.

1004. Il pourrait être relevé que l'objet de ce dernier ouvrage ne peut être confondu avec celui de la plupart des manuels de droit constitutionnel français cité précédemment, ni d'ailleurs être compris comme assumant la même fonction pédagogique. La remarque serait juste, et il convient en effet de relever que dans ce changement soudain d'utilisation de la doctrine britannique, c'est une frontière conceptuelle, à défaut peut-être d'être disciplinaire, qui est

²⁶⁸² *Ibid.*, pp. 83-98.

²⁶⁸³ *Ibid.*, p.99 et suiv.

²⁶⁸⁴ *Ibid.*, pp. 93-98.

²⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 110 et suiv.

²⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 113.

²⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 112, n. 2.

²⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 118, n. 1.

²⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 118.

²⁶⁹⁰ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, *op. cit.*

²⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 146, p. 150, p. 240.

²⁶⁹² *Ibid.*, p. 40 et suiv., pp. 146-147, pp. 150-151, p. 170, p. 326.

²⁶⁹³ *Ibid.*, p. 239.

²⁶⁹⁴ *Ibid.*, pp. 119-123, p. 272.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 227, p. 234.

²⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 201.

²⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 315.

franchie dans le champ du droit français. La sphère du droit constitutionnel est ainsi quittée pour celle du droit constitutionnel comparé, et ce faisant le royaume du droit propre pour l'espace incertain d'une rencontre potentielle entre droit propre et droit autre. L'amorce de cette dérive conceptuelle, déjà annoncée par les références à l'ouvrage du Professeur Elizabeth Zoller, elle-même comparatiste, permet le dévoilement d'un second espace de représentation classique du droit britannique dans le champ de la connaissance juridique française, celui, évident de prime abord, des études de droit public étranger et de droit comparé. Si, au cœur de ce dernier, les évolutions récentes du droit public britannique ont renouvelé l'intérêt pour le droit public britannique, la multiplication des études françaises sur le droit public britannique signifie-t-il pour autant la multiplication des espaces de rencontre entre publicistes français et anglais ?

1005. La « nouvelle constitution » britannique, facteur d'un intérêt renouvelé dans les écrits de la doctrine britannique ? Dans cette réflexion sur la place accordée à une potentielle rencontre entre doctrines publicistes française et anglaise, le point de départ adopté est celui d'une apparente familiarité, pour le regard français, du droit constitutionnel britannique. Cet autre-droit apparaît en effet comme un voisin singulier, dont les longues années de compagnonnage auraient rendu l'étrangeté familière. Cette familiarité, qui s'explique dans la présence quasi systématique de la représentation de la constitution du Royaume-Uni dans les manuels de droit constitutionnel français, amène un étudiant socialisé au droit français à nécessairement voir présenté, lors de sa première année au moins, le système constitutionnel anglais. Du système de droit administratif britannique, ce dernier n'entendra rien, ou si peu, qu'il ne pourra être dit que l'étudiant en question aura été socialisé à une quelconque vision française du droit administratif britannique. Comment pourrait-il en être autrement alors que la représentation française du droit administratif britannique semble doucement se dessiner dans la saisie nouvelle de ce dernier comme objet possible du droit administratif comparé ?²⁶⁹⁸ Si cette socialisation au droit public britannique est donc partielle, elle passe par la répétition et la reproduction d'un certain nombre de croyances et mythes au cœur de la représentation française du droit public britannique. Ces croyances et mythes ne servent pas tant à rencontrer l'autre qu'à se retrouver dans l'autre. À défaut de la création d'un espace de rencontre, d'échange et peut-être de dialogue entre doctrine anglaise et française, la représentation française classique du droit constitutionnel britannique procède d'un

²⁶⁹⁸ K. Abderrmane, A. Claeys, E. Langelier, Y. Marique, T. Perroud, *Manuel de droit comparé des administrations européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2019.

phénomène de re-connaissance par lequel la connaissance qui est formulée comme nouvelle n'est jamais qu'une reformulation, une redécouverte de ce qui est connu. Ce principe de reconnaissance a ainsi et jusqu'à la fin du 20^e siècle, tout à la fois masqué au regard français les évolutions du droit positif britannique tout en projetant sur ce dernier une image trompeuse. En effet, « si les mouvements de la constitution d'Angleterre nous échappent, c'est bien souvent parce que nous la soumettons à une ontologie qui ne lui convient pas »²⁶⁹⁹.

1006. Cette ontologie s'est pourtant vue ébranlée par deux phénomènes distincts qui ont tous deux éclairé la distance existante entre la représentation française du droit public britannique, la réalité du droit public positif britannique et les structures conceptuelles le soutenant. Le premier de ces deux phénomènes, est interne à la doctrine publiciste française et se trouve dans la réaction du champ du droit comparé et du droit étranger face à l'approche majoritaire et essentialisante du normativisme français lorsqu'appliqué à l'objet « constitution ». Illustrée par la comparaison proposée par le professeur Pierre Avril autour de la notion de convention de la constitution²⁷⁰⁰, mais aussi, et de manière plus directe encore, par la recherche construite par le professeur D. Baranger depuis le concept de droit politique²⁷⁰¹ sur l'histoire de la constitution britannique, ce déplacement du regard français offre la possibilité de saisir à nouveau toute l'altérité du droit constitutionnel britannique sans sacrifier ce dernier aux présupposés du regard français. Il permet aussi et de manière réflexive de réinterroger la nature et la frontière que la tradition française a entendu donner à l'objet « droit constitutionnel ». Sans surprise et dans son sillage, c'est une réouverture du champ de la recherche sur le droit public britannique qui a été amorcé depuis le monde académique du droit public français. En ce sens, la multiplication des thèses portant sur le droit public britannique, mouvement dans lequel s'inscrit ce travail de recherche, offre un premier indice de l'intérêt renouvelé pour l'objet « droit public anglais ». Ainsi, tant les thèses des professeurs Aurélie Duffy-Meunier²⁷⁰², Vanessa Barbé²⁷⁰³, Cécile Guérin-Bargues²⁷⁰⁴, Cécile Roynier²⁷⁰⁵, Thibault

²⁶⁹⁹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite – Une introduction au droit politique britannique*, op. cit., p. 5.

²⁷⁰⁰ P. Avril, *Les conventions de la constitution – Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997.

²⁷⁰¹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite*, op. cit.

²⁷⁰² A. Duffy-Meunier, *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*, thèse sous la direction de Guy Scoffoni, Université d'Aix-Marseille-3, 2006.

²⁷⁰³ V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, sous la direction d'Otto Pfersmann, Université Paris 1, 2007.

²⁷⁰⁴ C. Guérin-Bargues, *Immunités parlementaires et régimes représentatif : l'apport du droit constitutionnel comparé (France, Angleterre, Etats-Unis)*, sous la direction d'Olivier Beaud, Université Paris 2, 2007.

²⁷⁰⁵ C. Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, sous la direction de D. Baranger, Université Paris 2, 2011.

Guilluy²⁷⁰⁶, Tanguy Pasquier-Briand²⁷⁰⁷ que celle de Madame Claire Saunier²⁷⁰⁸ témoignent de ce renouvellement du regard français sur le droit public britannique.

1007. Néanmoins l'intérêt renouvelé pour le droit public britannique dans le discours doctrinal français ne peut simplement s'expliquer dans le renouveau de l'approche d'une part de cette dernière. Il est certes une condition à l'évolution du regard français sur le droit public britannique, mais la démultiplication des études sur le droit public au Royaume-Uni trouve sa source première dans une réalité empirique : celle de l'évolution profonde et intense du droit public britannique à partir des années 90. C'est en effet dans ce que le professeur John Bell appelle « la révolution constitutionnelle » britannique que la doctrine française trouve la source d'un nouveau champ d'études. Ce droit autre qui semblait si familier au regard français est soudainement apparu comme changeant, évoluant à un rythme soutenu qui n'a alors fait que marquer l'écart déjà pressenti entre sa représentation française et la réalité de son discours au Royaume-Uni. Ainsi, tant le renouveau de la question des libertés au Royaume-Uni avec l'adoption du *Human Rights Act*, que les réformes institutionnelles visant à la fois le Parlement ou le pouvoir judiciaire, la *Devolution* et de manière plus récente les questions liées au processus du *Brexit*, ont donné une actualité constitutionnelle nouvelle dont les spécialistes français du droit public britannique ont pu se saisir. Au travers de la démultiplication des articles de revues ou de blogs juridiques, de conférences, d'ouvrages, de thèses, s'est alors dessiné une représentation renouvelée du droit public britannique qui au-delà des structures de gouvernement, est venue interroger les notions de libertés, de constitution territoriale, de souveraineté, donnant par là même une contemporanéité nouvelle à un droit public anglais depuis trop longtemps figé dans une représentation historique, voir historiciste.

1008. Ce renouveau de la compréhension française du droit public britannique se déploie dans un rythme binaire. À l'analyse synchronique des notions et évolutions contemporaines s'ajoute, dans un second temps, la lecture diachronique qui se propose de faire la généalogie de ces mêmes notions et de leurs évolutions. Illustrée tout particulièrement dans le champ des libertés ou de la constitution territoriale où l'intérêt pour l'adoption du *Human Rights Act* ou de la *Devolution* s'est vu complété par l'analyse historique du concept de liberté du professeur

²⁷⁰⁶ T. Guilluy, *Du « self-gouvernement » des Dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, sous la direction d'O. Beaud, Université Paris 2, 2014.

²⁷⁰⁷ T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise en France au XIX^{ème} siècle. Une étude du droit politique français*, sous la direction de P. Lauvaux, Université Paris 2, 2015.

²⁷⁰⁸ C. Saunier, *La doctrine des « questions politiques » Etude comparée : Angleterre, France, Etats-Unis*, sous la direction de D. Baranger, Université Paris 2, 2019.

Roynier²⁷⁰⁹ ou encore par l'étude des origines et des dynamiques de la constitution territoriale britannique construite par le professeur Guilluy²⁷¹⁰, ce mouvement de balancier permet en partant du constat français de l'apparition d'une « nouveauté » constitutionnelle britannique d'en remonter le fil historique pour mieux en esquisser les contours. Ce travail de contextualisation historique apparaît comme une première garantie contre une déformation trop marquée de l'objet juridique britannique étudié par le regard français et semble dès lors autoriser une reconstruction de la représentation française du droit public britannique plus en phase avec la manière dont la doctrine publiciste britannique pense son propre droit.

1009. En effet, le développement des études synchroniques et diachroniques françaises de la « nouvelle constitution » britannique a très largement réactualisé et élargi les auteurs de doctrines britanniques cités et référencés. Des auteurs contemporains comme K. D. Ewing, M. Elliott, V. Bogdanor, J. Bell, C. Harlow, A. W. Bradley trouvent une place dans les bibliographies et notes de bas de page des études françaises du droit public britannique, là où les auteurs classiques comme Dicey, Jennings ou Griffiths sont clairement identifiés comme au fondement du discours sur le droit public au Royaume-Uni. Pour autant et parce que ces études visent très largement et à titre principal comme objet de leur discours, non pas la doctrine, mais le droit positif en lui-même, l'usage des travaux des publicistes britanniques qui est fait l'est avant tout pour construire la compréhension française et sa représentation du droit positif. Il existe donc une multiplication des points de contact entre doctrines publicistes française et anglaise, et ce afin de construire une représentation contemporaine et actualisée du droit public britannique. En ce sens il peut tout à fait être observé que la « révolution constitutionnelle » britannique a bel et bien conduit à un usage plus précis et développé de la doctrine britannique.

1010. Pour autant et au regard de ces seuls éléments, conclure à la construction d'un dialogue entre les deux doctrines serait présumer de la nature et de la profondeur de cette rencontre. En effet, si un dialogue réel suppose pour les deux doctrines à la fois de se reconnaître mutuellement, mais aussi de parler sur un même plan, envisager la possibilité d'un tel échange appelle à observer plus spécifiquement l'usage fait par la doctrine française des références aux publicistes britanniques.

²⁷⁰⁹ C. Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, 2020

²⁷¹⁰ T. Guilluy, *Du « self-gouvernement » des Dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Editions Panthéon-Assas, Cool. Thèses, 2018

B. Un choix stratégique dans l'utilisation de la doctrine britannique

1011. Renouveler la lecture du droit positif britannique ou la mise à distance de la complexité du champ doctrinal britannique. Le principal usage contemporain de la doctrine britannique fait par les publicistes se rattachant au programme doctrinal majoritaire du droit public français, permet tout à la fois de construire une compréhension renouvelée et une représentation française plus précise du droit positif britannique. Sur le plan argumentatif, les citations et références à la doctrine britannique permettent aussi de justifier ces dernières compréhension et représentation. En cela, l'utilisation faite des écrits des publicistes britanniques semble similaire ou du moins proche dans ses manifestations de celle faite par les auteurs français de la doctrine française. La doctrine servant dans les deux cas à la fois de cartographie conceptuelle, mais aussi d'argument d'autorité visant à étayer le discours sur l'objet « droit public ». Si de prime abord et dans cette utilisation de la doctrine publiciste britannique semble se dessiner une approche du droit public anglais moins déformée par le regard français, une première difficulté émerge néanmoins. En effet, dans la construction de ce nouveau regard français sur le droit public britannique, tout se passe comme si les membres de la doctrine française ayant recours dans leurs études de droit étranger ou de droit comparé au droit public anglais partageaient d'un présupposé doctrinal faisant des auteurs étrangers utilisés les acteurs d'un cadre épistémologique et méthodologique à la fois assez homogène et similaire à celui employé par la doctrine française, comme si finalement et pour le formuler autrement, la science du droit et le discours sur le droit visaient la même fonction au Royaume-Uni et en France.

1012. Or, les précédents développements ont mis en lumière que s'il existait bien un système doctrinal propre au discours sur le droit public britannique, ce dernier se caractérisait aujourd'hui par une forte hétérogénéité épistémique. La multiplicité des approches legalistes, politistes, moralistes, des lectures fondées sur la souveraineté du Parlement, celles fondées sur la *common law*, toutes se déclinant entre projets descriptifs ou prescriptifs, dessinent un paysage doctrinal profondément marqué par le pluralisme des programmes concurrents qui le composent. Au-delà de l'altérité entre chacune de ces représentations c'est autour de plans conceptuels distincts que s'articulent aujourd'hui les discours britanniques sur le droit public. Pourtant l'altérité que le renouveau des études françaises sur le droit public britannique a reconnue au droit positif ne semble avoir été saisie avec la même précision pour la doctrine publiciste britannique. Ce constat appelle deux premières remarques. Tout d'abord, et si est reconnu à la suite du professeur Mark Van Hoecke que le droit se décline dans une structure

à deux niveaux, avec d'un côté et à un niveau « superficiel » les règles de droit positif et de l'autre et à un niveau plus « profond », l'ensemble des structures conceptuelles et discursives modelant et préconditionnant la compréhension des règles de droit positif et dont le discours doctrinal fait partie, alors il convient de remarquer que l'analyse contemporaine du droit public britannique faite par une large part de la doctrine publiciste française demeure principalement en surface et ne plonge pas vers l'étude des structures profondes du droit anglais. Cependant, et parce que l'identité doctrinale du droit public britannique contemporain est plurielle, la prise en compte de ces structures profondes apparaît comme nécessaire afin de proposer une étude précise et contextualisée du droit positif dès lors que se voit affirmer ou du moins suivi dans la comparaison ou dans l'étude de droit étranger un cadre théorique et épistémologique positiviste visant à la description pertinente du réel du droit étudié.

1013. L'accès au droit autre n'est jamais direct. Outre, la culture juridique propre du comparatiste qui préconditionne sa rencontre avec et sa compréhension du droit autre, son regard sur l'objet juridique étranger se construit dans la lecture des auteurs du système autre qui exposent et systématisent ce même objet juridique étranger. Or, ces écrits parce qu'ils portent eux-mêmes la matrice doctrinale de la discipline dans laquelle ils s'inscrivent se trouvent modelés par les traces de la culture autre et de l'identité de la science du droit dans cette culture. Ils participent du processus de socialisation des nouveaux venus au système juridique et en cela prédéterminent la compréhension de ce même système juridique. Aussi, il convient de relever qu'à la réfraction causée par le regard déformant du comparatiste et à celle produite par les traces d'un hors droit porté par le droit positif, s'ajoute la réfraction des traces et des déformations inhérentes au discours doctrinal qui se voient intégrées dans le regard du comparatiste par le recours à la doctrine étrangère. Loin d'être un outil neutre ou passif, la doctrine étrangère modèle dans le regard du comparatiste la perception du droit étranger étudié. Ainsi, dans le contexte d'un paysage doctrinal pluriel et complexe comme le paysage doctrinal britannique, le comparatiste ne s'expose pas au simple risque d'une réfraction unique et commune à l'ensemble des discours doctrinaux. C'est au contraire, chaque discours sur le droit public rattaché à un programme doctrinal spécifique qui, portant des traces épistémologiques, idéologiques et identitaires singulières, risque de préconditionner le regard du comparatiste sur le droit positif. À titre d'exemple, saisir les droits et libertés au Royaume-Uni depuis le prisme critique de K. D. Ewing ou l'approche centrée sur les logiques de *common law* développée par J. Varuhas, ou encore comprendre l'articulation des rapports entre le Parlement et les cours de justice depuis le modèle légaliste et centré sur la souveraineté

du Parlement tel que proposé par R. Ekins ou celui de *common law* développé par P. Craig n'a pas les mêmes incidences sur la représentation et l'articulation des règles de droit positif. Or, et sans replacer le modèle d'un auteur dans le paysage doctrinal morcelé du droit public britannique, s'esquisse le risque d'une représentation partielle ou biaisée de la réalité de ce même droit public. Parce que les représentations du droit public britannique sont épistémologiquement et idéologiquement marquées, localisées, orientées, il apparaît comme nécessaire d'intégrer cette diversité dans l'utilisation de la doctrine britannique afin de proposer au regard français une image complète du droit public britannique et de sa complexité. Mais, et au-delà de la pertinence de la représentation française du droit public britannique contemporain, un second enjeu réside dans la prise en compte du pluralisme du paysage doctrinal britannique. Cet enjeu est celui de la reconnaissance de la doctrine publiciste britannique comme précondition à un dialogue possible avec cette dernière.

1014. En effet et si l'affirmation souvent faite de l'absence d'une doctrine juridique au Royaume-Uni semble s'effacer derrière l'utilisation française contemporaine des auteurs britanniques sur le droit public, cette utilisation ne signifie pas pour autant la reconnaissance de cette doctrine dans ce qu'elle porte d'original et d'unique. En l'absence d'une contextualisation permettant de rendre compte de l'identité spécifique de la doctrine étrangère, le comparatiste risque d'essentialiser le paradigme doctrinal dans lequel il évolue. Or, ce dernier traduit toujours une histoire de la pensée juridique et de la culture qui le porte dont l'expérience localisée est nécessairement distincte de la tradition de pensée du droit autre. En cela, il ne peut être regardé comme universel et imposé aux structures doctrinales du droit étranger sans trahir la rencontre avec la doctrine-autre. En d'autres termes et depuis une perspective française ; sans une analyse du paysage doctrinal du droit public britannique permettant dans contextualiser les discours et les représentations, le risque est d'enfermer ce dernier dans une compréhension uniforme et stable du champ doctrinal ne permettant pas de saisir l'identité profonde de la doctrine publiciste britannique. Si ce qui caractérise le paysage doctrinal français est la présence d'un programme doctrinal majoritaire positiviste, tourné vers une approche contentieuse du droit public et concurrencé par au moins un second programme doctrinal minoritaire qui est celui du groupe droit politique, cette structure du champ doctrinal ne se retrouve pas dans le paysage doctrinal britannique qui apparaît tout au contraire comme éclaté et dispersé. Cette différence peut en partie s'expliquer en ce que le paysage doctrinal n'étant pas figé, mais au contraire dynamique, les doctrines française et anglaise se trouvent toutes deux à des stades différents des cycles doctrinaux identifiés par le professeur R.

Baumert. Là où la doctrine française se trouve dans une période « normale », la doctrine britannique serait tout au contraire dans une période de « crise ». Dès lors, dévoiler ce pluralisme permet de rendre compte de la profondeur de la « révolution » connue par le droit public britannique qui au-delà du droit positif affecte aussi ses structures conceptuelles profondes.

1015. Cependant, et au-delà des dimensions théoriques et d'éthique de la comparaison, souligner la nécessité d'une telle contextualisation de la doctrine britannique et donc de l'étude de cette dernière pour la connaissance française du droit positif britannique emporte une dimension pratique bien réelle. En effet, tracer la cartographie des programmes doctrinaux coexistant dans l'univers du discours sur le droit public au Royaume-Uni permet, et au-delà de la simple topologie d'un paysage conceptuel étranger, de construire, en anamorphose, une forme de pondération permettant d'identifier dans le pluralisme des programmes doctrinaux concurrents ceux exerçant le plus d'influence dans la compréhension et la représentation anglaise de son propre droit public. Or, sans cette pondération et en prenant comme référentiel un univers doctrinal relativement stable à la manière de la doctrine publiciste française, se dessine le risque de surinvestir certaines doctrines au détriment d'autres. Un exemple simple permet d'illustrer cette dimension pratique. Les lectures des études françaises contemporaines sur le droit britannique ne font pas apparaître la même répartition dans le référencement des auteurs publicistes britanniques que la lecture des représentations britanniques. La présence de références à certains auteurs comme le professeur Vernon Bogdanor²⁷¹¹ semble plus marquée dans le discours français que dans le discours britannique là où au contraire des auteurs comme les professeurs Paul Craig²⁷¹² ou Nicholas W. Barber²⁷¹³ connaissent une utilisation plus timide. De manière plus extrême encore, le discours français par sa sélection d'auteurs vient invisibiliser certaines doctrines individuelles britanniques comme celles des professeurs T. R. S. Allan, A. Young ou encore J. Varuhas, alors même que ces auteurs connaissent à la fois pour des raisons institutionnelles et doctrinales un rayonnement réel au Royaume-Uni. Comment dès lors expliquer la création d'un tel décalage entre le regard français sur la doctrine publiciste britannique et la réalité de cette dernière ? Il semble ici que

²⁷¹¹ A titre d'exemple, voir F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit. ; A. Antoine, *Introduction au Droit constitutionnel britannique*, op. cit., p. 185 ; A. Antoine, *Le Brexit. Une histoire anglaise*, op. cit, p. 430.

²⁷¹² A titre d'exemple, E. Zoller, *Introduction au droit public*, op. cit, p. 112 ;

²⁷¹³ A titre d'exemple, voir : F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit.

le principe de reconnaissance entendu comme processus re-connaissance ne faisant ainsi appréhender avec plus de facilité ce qui est déjà connu, joue à nouveau.

1016. En ce sens, le professeur Vernon Bogdanor, professeur de sciences politiques au *King's College* de Londres, est l'un des premiers auteurs britanniques à systématiser les effets de la « révolution constitutionnelle » sur la nature de la constitution britannique²⁷¹⁴, donnant ainsi une première cartographie au regard étranger pour naviguer l'intensité des évolutions connues par le droit public britannique à la fin du 20^e siècle. Observant l'émergence d'une nouvelle constitution britannique, le professeur londonien a fini par interroger la viabilité de la forme actuelle de la constitution britannique et défendu l'idée et la possibilité de l'adoption d'une constitution écrite pour le Royaume-Uni. Cette thèse, au cœur de son dernier ouvrage *Beyond Brexit – Towards a British Constitution*, émerge du constat suivant :

1017. « Les réformes constitutionnelles depuis 1997 offrent un spectacle sans doute unique dans le monde démocratique d'un État transformant graduellement sa constitution non écrite par un projet ad hoc et non planifié en une constitution écrite, et ce sans qu'il y ait ni une volonté politique ni un consensus populaire suffisant pour produire une telle constitution par une unique réforme »²⁷¹⁵.

1018. Cette thèse se voit, selon l'auteur renforcée en ce que le Brexit par ce qu'il soumet la constitution britannique à une incertitude nouvelle appelle au renforcement de la protection de cette dernière, renforcement que seule semble, pour V. Bogdanor, pouvoir offrir l'adoption d'une constitution écrite²⁷¹⁶. Or, dans la défense de l'adoption d'une constitution écrite, le professeur V. Bogdanor propose au regard français un langage constitutionnel proche de celui connu et pratiqué par le discours français sur le droit constitutionnel. La compréhension et la structuration de l'ordre juridique présentée par le professeur V. Bogdanor correspond ainsi, ou du moins se rapproche, de celle connue par les juristes français, là où tout au contraire les auteurs minorés, voire invisibilisés dans le regard français sur la doctrine publiciste

²⁷¹⁴ V. Bogdanor, *The New British Constitution*, op. cit.

²⁷¹⁵ V. Bogdanor, *Beyond Brexit – Towards a British Constitution*, Oxford, I. B. Tauris, 2021, p. 260

²⁷¹⁶ P. 261, « *But what Brexit does is to inject further uncertainty as to what the British constitution actually is, uncertainty that can only be resolved by a codified British constitution. There are two reasons why Brexit strengthens the arguments for a codified constitution. The first is indeed the constitutional uncertainty which it brings in its train. The second is the fact that it will reveal the nakedness of our unprotected constitution* ».

britannique, proposent des représentations du droit public britannique porteuses d'un degré d'altérité bien plus important.

1019. En effet, si leurs cadres théoriques et la fonction assignée à leurs représentations du droit public britannique diffèrent, tant P. Craig qu'A. Young, J. Varuhas ou T. R. S. Allan partagent un regard centré sur la *common law* de droit public dont les logiques profondément différentes de celles connues par le droit français échappent largement au regard français sur le droit public britannique. Dès lors, la compréhension et l'étude de ces représentations centrée sur la *common law* de droit public supposent une défamiliarisation plus intense que celle proposée par le modèle du professeur Bogdanor, une défamiliarisation qui par essence met en danger ou du moins interroge les schémas conceptuels appris et reproduits par le regard français. Le comparatiste qui se prêterait à ce voyage au-delà des frontières familières de ses propres schémas conceptuels ne pourra, une fois ce dernier effectuer, pleinement rentrer chez lui. Posant un regard déformant sur la doctrine autre avant de voir sa compréhension du droit être déformée par l'apport de cette doctrine étrangère, le comparatiste devient l'habitant d'un entre-deux-mondes juridique dont il est le passeur. Par cette errance entre deux mondes juridiques ce que permet de souligner la narration d'un tel voyage qui apparaît par ailleurs comme un motif populaire de la culture britannique, est, au cœur des structures profondes du droit autre, l'étendue réelle des communs et des différences. Il autorise ainsi à saisir avec plus de précisions les lames de fond qui agitent l'identité et les évolutions du droit public britannique.

1020. Cette défamiliarisation vers des cadres conceptuels fermement ancrés dans les logiques de la *common law* britannique semble d'autant plus nécessaire que l'influence académique d'auteurs comme P. Craig ou J. Varuhas est importante et ne s'arrête pas à la seule doctrine académique. En effet, il convient de rappeler qu'entendue dans son acception la plus stricte, ne peuvent être compris au Royaume-Uni comme appartenant à la doctrine juridique que les auteurs cités par les juges de *common law*. Or, tant P. Craig que J. Varuhas font partie des seuls publicistes vivants à voir leurs écrits directement utilisés par les juges de la *UKSC*. En cela, ils participent de la formation du discours du droit public britannique, mais aussi du processus de transformation de ce dernier. Transformation qui est marquée par l'émergence de la *common law* de droit public et la place centrale et hégémonique de juges dans le droit public britannique contemporain. Sans le jeu d'une contextualisation de la doctrine britannique et de l'utilisation d'une cartographie permettant de pondérer l'importance des

représentations doctrinales, cette dynamique entre la doctrine organique et une part de la doctrine académique risque d'échapper au regard français. En effet une telle cartographie permet à la fois de saisir le principe d'élection se jouant entre la doctrine organique et la doctrine académique, mais aussi de remettre en perspective les représentations du droit public britannique, qui étant moins centrales d'un point de vue anglais sont pourtant valorisées dans le regard français, car y semblant plus familier. Il apparaît enfin que si l'analyse des normes positives de droit public britannique contemporain à laquelle se livre une large part des publicistes français passe par le recours aux écrits des publicistes britanniques, la nature du champ doctrinal britannique appelle à une analyse plus profonde de ces écrits afin d'en faire un usage permettant la construction d'une représentation française du droit public britannique proche de sa réalité positive. Pour autant et parce que l'analyse du droit positif britannique n'est pas la seule à laquelle se livre les auteurs français, il convient de se tourner vers l'utilisation faite de la doctrine britannique par le courant droit politique pour saisir au mieux les réseaux d'échanges se tissant entre les auteurs sur le droit public des deux côtés de la Manche.

1021. La lecture historique de la doctrine britannique aux sources du développement du courant français « droit politique ». Si, depuis le regard français, les comparaisons et études de droit britannique s'inscrivent majoritairement dans le cadre doctrinal majoritaire d'une lecture positiviste du droit et tendent à mettre à distance la réalité complexe du tissu doctrinal anglais, et ce au risque d'une représentation partielle du droit positif, le courant doctrinal droit politique offre une approche distincte et un rapport original à la doctrine publiciste britannique qu'il convient de mettre en lumière. Courant contemporain, le courant droit politique, s'il a déjà été évoqué sous l'angle de son rapport au programme doctrinal de la *Political jurisprudence* porté par le professeur Martin Loughlin, ne saurait voir son lien à la doctrine publiciste britannique n'être pensé qu'au prisme des échanges avec le professeur de la *London School of Economics*. Né en réaction au tournant contentieux du droit constitutionnel français et face à la crainte d'un appauvrissement du discours de ce dernier²⁷¹⁷, le droit politique « repose sur un discours visant à combattre une conception exclusivement normative de la Constitution, elle-même fondée sur la juridictionnalisation de la matière »²⁷¹⁸. Pour ce faire, le mouvement droit politique entend opérer une réouverture du regard français sur l'objet

²⁷¹⁷ E. Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, op. cit., p. 32.

²⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 31

constitutionnel en replaçant au centre de son analyse non plus la norme constitutionnelle en tant que telle, mais la question du pouvoir saisie au prisme du droit. En ce sens, le professeur Pierre Avril souligne que la constitution, objet du droit politique « est d’abord le produit d’une décision sur la forme du gouvernement de l’État. Manifestation de souveraineté, cette décision initiale institue un ordre spécifique dans lequel la nature politique de la décision est inséparable de la nature normative du texte »²⁷¹⁹, le professeur Denis Baranger relevant, quant à lui, que le « ‘Droit politique’ ne désigne pas (...) une quelconque branche d’un système de droit positif, mais plutôt une problématique : comment mettre en rapport les formes du droit avec celles de l’action politique ? »²⁷²⁰. De manière peut-être plus large, le professeur Manon Altwegg-Boussac observe que malgré l’hétérogénéité des approches regroupées dans ce courant, ces dernières se retrouvent autour de l’idée suivante :

« 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 – 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 »²⁷²¹. Dès lors, le droit politique vise à « maintenir, contre toute forme de délaissement ou de désintéressement, l’étude des grands principes et concepts à l’origine du droit constitutionnel et au cœur de la pensée du pouvoir »²⁷²².

1022. Face à ce projet doctrinal, la constitution britannique, qui échappe très largement à la lecture normativiste, offre tout au contraire un terreau d’analyse fertile pour la confirmation des thèses du droit politique. Les notions de convention de la constitution, de coutumes, de constitution matérielle qui se trouvent au cœur de l’étude du droit politique²⁷²³ trouvent toutes des illustrations dans l’exemple britannique²⁷²⁴. Parce qu’elle propose une pratique constitutionnelle qui ne lie pas nécessairement l’analyse juridique à la norme, mais interroge plus largement la question du pouvoir et de son institutionnalisation, la constitution britannique se trouve assez naturellement et de manière récurrente placée sous le regard des

²⁷¹⁹ P. Avril, *Penser le droit politique*, op. cit., p. 1.

²⁷²⁰ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non-écrite*, op. cit., p. 6.

²⁷²¹ M. Altwegg-Boussac, « Le droit politique, des concepts et des formes », op. cit. p. 58

²⁷²² *Ibid.*

²⁷²³ Altwegg boussac, « Le droit politique, des concepts et des formes », op. cit. p. 60

²⁷²⁴ *Ibid.*

auteurs français se rattachant au courant droit politique²⁷²⁵. Mais la rencontre entre le droit public britannique et le droit politique français ne saurait se limiter à la rencontre entre le droit positif britannique et la doctrine française. L'exemple des échanges entre les auteurs du mouvement droit politique et le professeur Martin Loughlin a déjà montré l'ouverture du courant droit politique vers les doctrines étrangères. En effet, en rejetant le paradigme normativiste qui centre l'analyse des normes sur l'ordre juridique national, pour lui préférer la question plus universelle du pouvoir et de sa saisie par le droit, le courant droit politique décloisonne par la même les sources de son propre discours. Ainsi, le droit politique se tourne-t-il naturellement vers le droit comparé, mais intègre-t-il aussi dans sa pratique de la comparaison l'étude de certaines sources doctrinales. La doctrine publiciste britannique n'y fait pas exception et tant les écrits de Dicey, que ceux de Jennings ou encore de Bagehot font l'objet d'analyses érudites recontextualisant les discours doctrinaux de ces auteurs tant dans leurs dimensions historiques, que politiques ou doctrinales. L'usage fait ici de la doctrine britannique n'est donc pas uniquement un usage superficiel visant à structurer la représentation du droit positif. Au contraire, les discours doctrinaux étudiés sont réintégrés dans l'ensemble de leurs dimensions et non pas limités à leur seule fonction scientifique. Ils sont donc compris dans leur complexité intrinsèque et offrent dès lors une lecture plus profonde des structures conceptuelles émaillant la compréhension anglaise du droit public.

1023. Ce constat étant fait, est-ce pour autant dire que le courant droit politique offrirait les conditions nécessaires à une rencontre pleine et une reconnaissance de la doctrine publiciste britannique ? Si la doctrine publiciste britannique semble belle est bien être prise comme objet d'étude par le courant droit politique, une limite apparaît néanmoins dans la sélection des auteurs par ce dernier courant. En effet et parce que « d'un point de vue de droit politique, il semble au total plus pertinent de se tourner vers les positions classiques pour lesquelles le droit est avant tout tenu d'appréhender le pouvoir, de lui donner un cadre, d'entreprendre de le limiter » et que « c'est la raison pour laquelle les juristes qu'on peut rattacher au droit politique ont une certaine tendance à s'intéresser au constitutionnalisme classique, qui était par excellence une pensée de la limitation du pouvoir par le droit »²⁷²⁶, le droit politique lorsqu'il se tourne vers la doctrine britannique ne semble centrer son étude que sur les représentations les plus classiques de cette dernière. La doctrine britannique n'est donc que

²⁷²⁵ *Ibid.*

²⁷²⁶ D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. xvii.

partiellement analysée, mais cette fois-ci et contrairement aux approches positivistes cette orientation est consciente et justifiée par l'objet étudié.

1024. Néanmoins, une difficulté semble se dessiner dans le choix récurrent d'une approche historique de la doctrine anglaise. Si cette dernière est nécessaire pour contextualiser et faire la généalogie des concepts contemporains qui structurent le discours sur le droit public britannique, elle porte en elle le risque d'invisibiliser les dynamiques contemporaines à la fois du discours du droit, mais aussi du discours sur le droit public au Royaume-Uni. Certes, une telle approche permet de rendre compte de l'altérité des structures conceptuelles du droit public britannique. En effet et si comme le rappelle le professeur Denis Baranger, « là où le droit français, par exemple, est accoutumé aux raisonnements verticaux, le droit anglais exprime sa théorie des valeurs sous la forme horizontale d'un spectre temporel : ce qui est plus important est ce qui est venu avant »²⁷²⁷, il convient de souligner que la *common law* contemporaine se caractérise par l'évolution de ses modes de justification et de structuration dans le champ du droit public. Dans le discours de la doctrine organique de la *UKSC*, l'apparition d'un raisonnement plus vertical trahissant l'esquisse d'une hiérarchie des normes en faveur des principes de droit public issus de la *common law* et le marqueur de l'apparition d'une *common law* de droit public dont les logiques la distinguent du principe de justification horizontale au cœur de la *common law* de droit privé. Or, en resserrant l'analyse de la doctrine publiciste britannique à ses auteurs historiques, de telles évolutions disparaissent de la représentation du droit public britannique qui est alors construite. S'il y a bien une analyse doctrinale, ce forage dans les structures profondes de la doctrine publiciste britannique reste extrêmement circonscrit. Il est orienté vers des discours qui tout à la fois justifient et alimentent le projet doctrinal du courant droit politique, donnant nécessairement une vision parcellaire et parfois passéiste de la doctrine publiciste britannique. De même, en favorisant des publicistes britanniques historiques, le courant droit politique crée un écart dans sa sélection des auteurs référencés avec les auteurs utilisés par les lectures politiques britanniques de la constitution. En effet, là où l'approche de droit politique française favorise des auteurs historiques et de science politique, elle semble manquer le tournant de théorie politique amorcé dans le discours du *political constitutionalism* par l'intégration des représentations et théories politiques d'auteurs comme Rawls ou Dworkin pour les lectures libérales ou de Petit ou Skinner pour les lectures républicaines.

²⁷²⁷ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite, une introduction au droit politique britannique*, op. cit., p. 172

1025. Dès lors offrant une lecture parcellaire et historique de la doctrine publiciste britannique, ne trouvant finalement que dans le programme doctrinal très spécifique et isolé de Martin Loughlin un véritable interlocuteur, le courant droit politique impose lui aussi une vision du champ doctrinal britannique préconditionnée par un certain regard français à l'identité complexe de l'univers de la doctrine publiciste britannique. Or, ce n'est que dans la prise en compte entière de l'altérité de ce dernier que peut se construire une analyse des structures profondes du droit public britannique à même de rendre compte des dynamiques contemporaines le traversant et le modelant.

CONCLUSION CHAPITRE 2

1026. Dépassant l'approche statique de l'identité du discours publiciste britannique qui s'était jusqu'alors déployée dans l'analyse des représentations du droit public au Royaume-Uni, de leurs caractères propres et de leur narration interne, ce chapitre a entendu dévoiler, dans les dynamiques de rencontres mises en place par les auteurs sur le droit public britannique avec des doctrines étrangères, la narration par laquelle le discours doctrinal sur le droit public britannique pense son rapport à l'autre et consolide son identité.

1027. Dans ce jeu narratif, le croisement de deux regards adoptant chacun une focale différente a permis de saisir et d'éclairer sous un angle distinct le rapport construit entre le discours publiciste britannique et des discours étrangers sur le droit public. La première de ces focales s'est voulue plus large, interrogeant la structure des rapports construits par les deux acteurs principaux de la doctrine publiciste britanniques, à savoir la doctrine organique de la *UKSC* et la doctrine académique. Dans cette première photographie des rapports extérieurs de la doctrine publiciste britannique se sont dessinées deux dynamiques distinctes. L'une, construite au niveau de la doctrine organique de la *UKSC* a laissé entrevoir l'investissement par les juges de réseaux d'échanges et de dialogues visant à affirmer sur le plan externe les valeurs portées par la représentation judiciaire du droit public britannique, mais aussi, au plan interne, des juges cherchant à réaffirmer le pouvoir judiciaire face au pouvoir Exécutif. Ce dernier mouvement s'illustre tout particulièrement dans la volonté de préservation et de renforcement les liens construits par les juges britanniques avec les juridictions européennes, et ce au-delà même des effets du *Brexit*. Doctrine ouverte et militante, la doctrine organique de la *UKSC* s'inscrit ainsi dans le monde en investissant pleinement une diplomatie judiciaire dont elle fait un enjeu de pouvoir et d'affirmation. Face à ce degré d'ouverture important qui inféode néanmoins le rapport à l'autre à des enjeux stratégiques, la doctrine académique s'est, elle, montrée davantage otages d'enjeux distincts et dont le poids du *Brexit* sur les politiques académiques est un exemple. Les dynamiques d'ouvertures qui la caractérisent semblent ainsi davantage la tourner vers la mise en place d'un dialogue renforcé vers les systèmes de *Common law* où la construction d'une représentation commune du droit public devient un enjeu doctrinal nouveau permettant de dessiner les contours d'une influence anglaise sur une *Common law* de droit public longtemps dominé par les États-Unis et le Canada.

1028. La seconde focale a quant à elle resserré l'étude des dynamiques d'ouvertures de la doctrine sur le droit public britannique au seul cas des échanges entre doctrines publicistes britannique et française. Passant d'une vision organique à une vision plus individuelle, le recours à la doctrine étrangère s'est très largement dévoilé comme conditionné et orienté par les présupposés théoriques et épistémiques des auteurs importateurs. Du côté britannique, le nombre d'auteurs ayant recours à la doctrine publiciste française est apparu comme restreint et intégrant les représentations du discours doctrinal français dans des projets théoriques orientés, faisant de ces derniers des arguments légitimant des modèles pour le droit public britannique concurrents. Si ce constat semble faire de l'usage britannique de la doctrine française un usage purement utilitariste, le renversement de la focale d'analyse dans une démarche réflexive vers la doctrine française a, semble-t-il, dévoilé un recours à la doctrine britannique plus diverse alors que l'image française du droit public anglais apparaît comme en pleine recomposition. Dans ce renouveau du regard français sur le droit public anglais le recours français à la doctrine britannique ne doit cependant pas imposer à cette dernière les schémas et structures de la doctrine française. Parce que l'identité de la doctrine publiciste anglaise se caractérise aujourd'hui par son pluralisme et sa complexité, là où la doctrine publiciste française semble plus homogène, construire une image précise du droit public britannique implique de prendre en considération la diversité des projets doctrinaux anglais, projets par lesquels se construit la compréhension française du droit public anglais. Sans cette prise en compte des structures profondes du discours sur le droit public anglais, la déformation du regard français sur son objet risque de laisser invisible une part de la nature même du droit observé.

1029. Ainsi, et dans le contexte du renouveau des études françaises du droit public anglais se dessine la nécessité d'analyses permettant de cartographier et naviguer la complexité doctrinale britannique afin de saisir au mieux ce qui entre la connaissance historique du droit anglais et la représentation de son droit positif tisse les dynamiques profondes de ce droit qui nous reste étranger.

Conclusion Titre II

1030. Le pluralisme de la doctrine académique sur le droit public britannique semble devoir trouver un facteur d'organisation externe dans le rôle grandissant de la doctrine organique de la *UKSC*. Cette dernière construit par l'intermédiaire de certains de ses juges un discours structuré sur le droit public britannique. Ce discours trouve à s'exprimer par des médiums divers, tout aussi bien dans les décisions rendues par la Cour que dans les écrits extra-judiciaires de ses membres. Or, en citant, en faisant référence à des auteurs de la doctrine académique, en adoptant certains de leurs concepts ou en rendant tout simplement des décisions ne falsifiant pas les modèles théoriques de certains auteurs, la doctrine organique participe d'un réel principe d'élection au sein de la doctrine académique.

1031. En effet, les auteurs cités par la doctrine organique, parce qu'ils voient leur modèle théorique confirmé trouvent une légitimité nouvelle dans le champ du discours sur le droit public. De même, la doctrine organique semble aussi ouvrir des espaces de dialogue avec la doctrine académique donnant dès lors l'image d'une co-construction des principes juridiques aujourd'hui au cœur des mécanismes du droit public britannique. Cet équilibre nouveau entre doctrine académique et doctrine organique, qui a pu émerger avec la création de la Cour Suprême en 2005, semble être le marqueur principal de l'identité de la doctrine publiciste contemporaine.

1032. Néanmoins et pour comprendre pleinement la doctrine publiciste britannique contemporaine, s'arrêter au constat de ce nouveau trait identitaire ne semble pas suffisant. Il convient tout au contraire de déployer l'analyse un peu plus loin pour envisager la narration que la doctrine publiciste entretient sur sa propre identité lorsque confrontée à la doctrine publiciste d'autres systèmes juridiques. Or, et dans l'étude de cette dynamique extérieure de la doctrine publiciste britannique, se dessine une doctrine ouverte et en dialogue avec les autres systèmes de droit public issu de la tradition de *Common law*.

CONCLUSION

PARTIE II

1033. Le modèle orthodoxe s'est effondré sur lui-même. Il ne joue plus le rôle de programme doctrinal majoritaire et n'organise donc plus le champ du discours publiciste britannique. Il semble tout au contraire relégué à l'état de traces dans la matrice disciplinaire. Dans le contexte de crise du modèle qui avait pourtant forgé son identité, la doctrine publiciste britannique se révèle tout au contraire dynamique et créative. L'affaiblissement de la discipline interne au champ doctrinal a rouvert les possibilités de dire, penser et représenter le droit public britannique.

1034. En découle une pluralité nouvelle qui laisse parfois craindre à l'éclatement doctrinal et disciplinaire. Pourtant, il n'en est rien et la doctrine académique cherche tout au contraire à réinventer les catégories pour se penser et s'organiser. Parallèlement, l'émergence de la doctrine organique de la UKSC offre un nouveau cœur pour dire et penser le droit public britannique. Elle constitue aussi un nouveau mécanisme d'organisation de la doctrine publiciste britannique et peut laisser à penser que le renforcement de la doctrine organique pourrait représenter un facteur de stabilisation doctrinale et de renforcement disciplinaire pour le discours sur le droit public britannique.

1035. Parallèlement, la doctrine publiciste britannique s'ouvre peu à peu à ses homologues. Tant au point de vue académique qu'organique, le droit public britannique longtemps pensé comme un île se rattache peu à peu au Commonwealth et accompagne les dynamiques propres à une Common law de droit public. Dans ce mouvement, néanmoins, les liens avec le continent, déjà distendu par le Brexit semblent s'étirer tout doucement. Il revient ainsi aux comparatistes de retisser et rouvrir les voies que la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne menace de fermer.

CONCLUSION GENERALE

« *She left the web, she left the loom,
She made three paces thro' the room,
She saw the water-lily bloom,
She saw the helmet and the plume,
She look'd down to Camelot.
Out flew the web and floated wide;
The mirror crack'd from side to side;
'The curse is upon me', cried
The Lady of Shalott.
(...) They heard her singing her last song,
(...) Singing in her song she died,
The Lady of Shalott. »*

Lord Alfred Tennyson, *The Lady of Shalott*, 1832

1036. En liant sa théorie du « *Rule of law* » au « *Droit administratif* »²⁷²⁸ français, Albert Venn Dicey a placé au cœur du constitutionnalisme anglais une « 'utopie' française ». Vision fantasmée de la pratique politique et institutionnelle française, cette dernière apparaît comme le produit d'un procédé intellectuel bien connu du droit comparé du XIX^e siècle : faire passer sous l'apparence de l'expérience ce qui, n'étant avant tout qu'idéologie, relève de l'interprétation, de la construction et enfin de la prescription. Ainsi, Albert Venn Dicey n'offre pas pour objet à ce regard anglais sur le droit public français une représentation fidèle de ce dernier. Le droit administratif français n'est que le support de la réflexion. L'image qu'Albert Venn Dicey offre au regard est déjà ailleurs, dans ce que devrait être la constitution anglaise. Par un jeu de miroir et de réfraction, l'autre n'est dès lors que le lieu de rencontre de soi.

1037. Cependant, et si Albert Venn Dicey apparaît comme le « père du droit public britannique moderne » et offre un précédent aux études anglaises sur le droit public français, est-ce pour autant dire que le regard anglais né de ces études ne ferait jamais du droit public français l'objet réel de sa réflexion ? Répondre par la positive serait conclure bien rapidement du poids de l'héritage de cette « utopie française ». Ce serait aussi trahir l'esprit des travaux de droit

²⁷²⁸ J. W. F. Allison (ed.), A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 101.

public postérieurs qui, à l'image de ceux de Martin Loughlin, John Bell ou John W. F. Allison, placent au cœur de leur étude la question publiciste française. Ces derniers, que ce soit dans ses dimensions théoriques ou positives, se saisissent de l'objet droit public français, le transcrivent, le représentent, le traduisent, jusqu'à parfois, construire des ponts avec le continent, et relèvent que ce droit public représente tout à la fois une clef de lecture et la condition nécessaire à la compréhension positiviste de certaines caractéristiques du droit public anglais contemporain. Loin de voiler définitivement le regard des publicistes anglais sur le droit public français, « l'utopie française » d'Albert Venn Dicey s'est quant à elle érodée. Elle a disparu dans la reconnaissance contemporaine du droit administratif anglais, le développement du *Judicial review* et dessine en creux de la construction des constitutionnalismes à l'anglaise, l'apparente absence d'un discours sur le droit public français.

1038. Le miroir se brise ici. Les ressemblances qui avaient su se tisser dans le croisement des réflexions anglaises et françaises paraissent s'arrêter brutalement. Si le regard français semble comme hanté par les images de la constitution britannique, le regard anglais, quant-à-lui, s'est peu à peu détourné des représentations-autres venues du continent. Bien entendu, cela ne signifie pas que le droit public français est à jamais écarté du regard anglais. Au contraire, il y est convoqué, au besoin et dans une démarche comparée, pour éclairer des évolutions du droit public anglais spécifiques. Mais, et contrairement à l'exemple français le droit public anglais ne place pas au cœur de ses représentations un discours sur le droit public français. Il ne crée pas de « mythologie française » sur laquelle ou contre-laquelle construire le discours doctrinal publiciste britannique. Peut-être est-ce là la raison principale du peu de recours, en dehors de l'exemple spécifique du travail du professeur Martin Loughlin, à la doctrine française par la doctrine publiciste anglaise. Peut-être est-ce aussi parce que la *common law* offre aux représentations de la doctrine publiciste britannique suffisamment de mythes fondateurs pour ne pas chercher en dehors d'elle ce qu'elle porte déjà.

1039. Comment dès lors et dans ce constat construire le « regard de retour » évoqué en introduction ? Comment lire dans le silence ce que cet Autre-droit pourrait nous apprendre ? Il faut accepter de passer de l'autre côté du miroir. Renoncer à « l'illusion d'ordre » que ce dernier nous renvoyait et faire le choix, dans l'inconfort parfois réel de la défamiliarisation, de rencontrer pleinement, totalement cet Autre, et, écouter ce qu'en nous disant de lui, il nous dit de nous. En ce sens, le professeur Elisabeth Zoller observe que « la position de l'Angleterre

vis-à-vis du droit public a toujours fait exception (...) »²⁷²⁹ et cette originalité, en comparaison avec les systèmes continentaux, si elle est vraie historiquement, se poursuit encore aujourd'hui²⁷³⁰. Le constat doit être étendu à la doctrine qui construit les discours de connaissance sur ce droit. Face à la doctrine française, la doctrine publiciste britannique offre un modèle original dont les dynamiques profondes la construisent comme un Autre en miroir des publicistes français.

1040. Cette originalité est apparue tout au long de cette étude comme innervant deux plans distincts. Premièrement, et dans sa dimension historique, le monopole quasi absolu du modèle orthodoxe sur les manières de dire et de représenter le droit public a marqué l'analyse. Alors qu'à la même période la doctrine publiciste française se caractérisait, tout au contraire, par la multiplicité de ses écoles²⁷³¹ et de ses modèles théoriques, le discours orthodoxe sur le droit public britannique a forgé un consensus doctrinal majoritaire fort. La force de ce consensus trouve sa source dans diverses contingences propres à la culture juridique et politique britannique. Tout d'abord, le contexte académique dans lequel s'est construit le modèle orthodoxe qui découle de l'œuvre du professeur Albert Venn Dicey, se caractérise par l'absence, au moment de sa formation, de discours doctrinaux concurrents.

1041. En effet, et parce que le discours construit sur le droit public britannique par Albert Venn Dicey apparaît comme la première disciplinarisation d'un discours juridique sur la constitution britannique, le modèle produit par ce dernier n'a pas eu à combattre des représentations concurrentes dans le champ de la doctrine publiciste. Il en est tout au contraire la matrice et a dès lors pu établir une forme de monopole conceptuel sur la manière de faire sens du droit public britannique. Offrant à un droit profondément affecté par les mutations démocratiques de la seconde moitié du XIX^e siècle un vocabulaire et une grammaire pour dire et penser ces évolutions, le modèle orthodoxe a aussi profité d'une structure académique qui faisait de l'Université d'Oxford, son lieu premier d'enseignement ; l'un des espaces de formation privilégié pour les futurs juriste praticiens au Royaume-Uni. Ainsi, le modèle orthodoxe a pu compter sur les relais de socialisations d'un système universitaire élitiste et fermement ancré dans les structures sociales et politiques pour voir son vocabulaire et sa

²⁷²⁹ E. Zoller, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 74.

²⁷³⁰ *Ibid.*

²⁷³¹ S. Gilbert, « Les écoles doctrinales », in. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, Paris, Lexisnexis Litec, colloques et débat, 2010, pp. 89-123 ; J. Chevallier, « La fin des Ecoles ? », *Revue du droit public*, 1997, n° 3, pp. 679-700, X. Bioy, « L'identité disciplinaire du droit public. L'ipse et l'idem du droit public », in. X Bioy (dir), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 13-38.

grammaire être enseignés, adoptés et reproduits dans la pratique des juges et des avocats. Les principes de souveraineté du Parlement et du *Rule of Law* qui composent le vocabulaire du modèle orthodoxe, mais aussi la hiérarchie instaurée entre ces deux principes et qui constitue la grammaire du modèle ont ainsi formé tant la matrice conceptuelle du droit public britannique que la matrice identitaire de sa doctrine.

1042. Le succès de ce modèle ne peut néanmoins s'expliquer que par des contingences institutionnelles. Il tient aussi à l'apparente clarté et efficacité de la pensée diceyenne sur le droit constitutionnel britannique. Ce dernier en inscrivant son modèle dans une épistémologie positiviste vient répondre au canon de la scientificité de son époque. Il se propose comme une description du réel de la constitution britannique et offre, pour ce faire, une définition juridique claire de son objet et de deux mécanismes principaux permettant de dire et parler la langue du droit public britannique. Ainsi, la validité scientifique du modèle orthodoxe reposerait sur sa capacité à décrire fidèlement le réel de son objet grâce à la méthode positiviste retenue par l'auteur.

1043. Si la pureté du projet méthodologique annoncé en introduction de *The Law of the Constitution* cède très vite à la vision politique et idéologique d'Albert Venn Dicey, la faillite de la fonction scientifique du modèle proposé ne signe pas pour autant la fin de sa validité doctrinale. Au contraire. Le succès du modèle diceyen, et derrière lui de la doctrine publiciste orthodoxe, s'explique aussi dans sa charge politique et identitaire. En effet, ce discours sur le droit public s'inscrit dans un contexte politique anglais majoritairement libéral et conservateur et ce, jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle. Ce cadre idéologique partagé participe à l'acceptation des limites épistémologiques du modèle ou du moins participe à les rendre peu visibles aux membres de la doctrine publiciste. Ainsi et pour paraphraser Stendhal, « la doctrine est un miroir qui se promène le long du chemin », et apparaît comme devant toujours porter les traces de son époque.

1044. Loin de la période des « faiseurs de systèmes » qui a, si durablement, marqué l'imaginaire, et peut-être même la mythologie doctrinale française, la doctrine publiciste anglaise forge d'abord son identité dans un paysage conceptuel et discursif relativement homogène et en quelque sorte bridé par la portée de l'œuvre d'Albert Venn Dicey. Ainsi, même lorsque l'émergence d'une tradition contestataire née dans les couloirs de la *London School of Economics* et marquée par la prédominance d'une pensée sociale du droit public, met à jour les faiblesses de la description du droit public tel que proposée par les travaux d'Albert Venn Dicey et conteste ainsi la validité scientifique de ce modèle, cela n'est pas

suffisant pour défaire le consensus doctrinal formé autour du discours orthodoxe. Alors que les modèles proposés par la tradition contestataire semblent décrire de manière plus efficace le réel du droit public britannique, ils n'arrivent ni à s'imposer comme des programmes doctrinaux majoritaires ni à remettre durablement en cause le consensus doctrinal agrégé autour du modèle orthodoxe. De ce constat émerge la conclusion suivante : il se joue plus pour la formation d'un consensus autour d'un discours doctrinal que la simple validité de sa fonction scientifique. D'un principe de validation empirique affirmé par l'épistémologie positiviste du modèle orthodoxe un glissement a lieu vers un principe de véridiction où pour apprécier la validité du modèle s'ajoutent la prise en compte de la fonction idéologique et de la fonction identitaire du discours.

1045. Le jeu de ces deux fonctions va permettre une résilience importante du modèle orthodoxe. Ce dernier va ainsi être en capacité d'absorber la nouveauté du droit positif et ce, soit en produisant de nouvelles propositions qui s'intègrent dans la structure de son modèle, soit en adaptant à la marge ses structures pour les rapprocher du réel, soit, enfin, en redéfinissant ce qu'est le réel par le prisme de son vocabulaire et de sa grammaire afin de nier certains phénomènes du droit public ou au contraire afin d'ajouter au réel de ce dernier.

1046. Cette résilience du modèle orthodoxe lui a permis de traverser le XX^e siècle. Néanmoins, à la fin des années quatre-vingt-dix, l'intensification des évolutions du droit positif au regard de l'intégration européenne, de l'adoption du *HRA*, de la *Devolution*, de la création de la nouvelle *Supreme Court* et de la naissance de cette « nouvelle constitution » décrite par Vernon Bogdanor, rendent de plus en plus difficile pour le modèle orthodoxe d'user de sa capacité à absorber le réel de son objet. Le modèle est d'autant plus placé sous pression que sa fonction idéologique est, elle aussi, en train de s'affaïsser. Le libéralisme classique et conservateur qui composait le sol dans lequel s'était enraciné le modèle diceyen disparaît pour laisser place à d'autres formes de libéralisme mais aussi un pluralisme d'autres représentations politiques. Dans cet effacement et délitement de sa fonction politique, que reste-t-il au modèle orthodoxe sinon sa fonction identitaire qui va perdurer à l'état de traces et de récurrences dans les discours postérieurs. Un point de rupture est cependant ici atteint, un point où le consensus majoritaire fort qui s'était agrégé autour du modèle orthodoxe cède et laisse place à un pluralisme des représentations et derrière lui à un pluralisme des programmes doctrinaux qui

correspond à ce que le professeur Renaud Baumert décrit comme une période de « crise doctrinale »²⁷³².

1047. Ainsi et deuxièmement, à l'issue de cette perspective historique, il est apparu que ce qui caractérisait de manière contemporaine et médiate la doctrine publiciste britannique était ce fort degré de pluralisme. Cette caractéristique paraît d'autant plus surprenante au regard français que ce dernier est relativement habitué à une forme d'homogénéité de la doctrine publiciste, avec d'une part, un modèle contentieux relativement bien établi et majoritaire et d'autres parts des courants plus discrets et localisés, comme le courant droit politique, et qui ne bénéficient pas d'un consensus doctrinal aussi fort.

1048. Face à ce paysage doctrinal relativement homogène, la doctrine publiciste britannique se divise à la fois quant à la nature du droit public britannique et la nature de ses sources. L'objet « droit public » britannique est ainsi saisi par des discours doctrinaux multiples et s'organisant autour de diverses approches : approches légalistes, approches politistes, ou encore approches moralistes. Au sein même de ces différents courants un nouveau niveau de fragmentation peut être observé entre des groupes doctrinaux se distinguant en fonctions de la source principale qu'ils reconnaissent pour le droit public : Parlement, juge ou encore ailleurs. A cette fragmentation, doit être ajoutée une fragmentation épistémologique entre des projets principalement descriptifs, ou au contraire principalement prescriptif. Enfin, le rapport à l'extérieur du discours va aussi venir jouer dans cette démultiplication des discours doctrinaux entre ceux reconnaissant une ouverture interdisciplinaire ou aux discours publicistes étrangers et, ceux proposant, au contraire, un discours doctrinal autoréférentiel et clôturé sur lui-même.

1049. Dans ce tableau extrêmement fragmenté le paysage doctrinal autrefois inscrit dans un monisme fort puis dans un dualisme inégalitaire peut sembler menacer d'éclatement. Pour autant la doctrine publiciste britannique et la discipline sur le discours publiciste que cette dernière produit semble davantage répondre à une logique centrifuge avec un cœur relativement bien établi autours de certains discours doctrinaux identifiés et des programmes doctrinaux à la marge de la discipline, qui n'auraient de cesse d'étirer le champ doctrinal jusqu'à le menacer de rupture. Une telle structure apparaît nécessairement comme totalement étrangère au regard doctrinal français.

²⁷³² R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, Fondation Varenne, 2009, p. 534 et suiv.

1050. Cette apparence de désordre perçue depuis la perspective française ne doit néanmoins pas tromper l'observateur français et doit laisser place à une réflexion sur les principes d'organisation de la doctrine publiciste britannique. Cette dernière, contrairement à la doctrine publiciste française ne connaît pas de structure aussi clairement établie que celle formalisée grâce au processus de recrutement académique en France ou la notion de corps. En effet, ce qui sépare la doctrine publiciste française de la doctrine publiciste anglaise semble être à l'image de ce qui sépare les jardins à la française des jardins à l'anglaise. Là où le jardin à la française repose sur des règles géométriques établies et s'inscrit dans la recherche stricte de symétrie, le jardin à l'anglaise peut sembler ne suivre aucune structure. En réalité, le principe d'ordre diffère et la manière d'organiser la nature bien que différente n'en est pas absente²⁷³³. Le jardin à l'anglaise construit un autre rapport à la nature qui ne vise pas à dompter ou dominer cette dernière mais à en sublimer l'émotion. Ces deux formes de jardins s'inscrivent d'ailleurs en miroir de deux types d'ordre politiques dont ils portent une forme de symbolisme. Là où les jardins à l'anglaise fleurissent dans la phase de construction de la souveraineté du Parlement, les jardins à la française et leur géométrie, leur domination de la nature, sont pensés comme évoquant l'absolutisme français contre lequel la pensée anglaise s'inscrit

1051. Cette image retournée vers la question de la doctrine publiciste anglaise, il convient de souligner que ce qui caractérise cette dernière face à la doctrine française n'est pas sa fonction mais, bien sa structure et son apparent désordre. Un changement de perspective permet cependant de mieux saisir ce qui suscite cette perception depuis le regard français : un principe d'ordre différent. Contrairement à la doctrine française les critères d'organisation de la doctrine publiciste britannique ne lui sont pas internes. En effet, la doctrine française est relativement maîtresse de ses critères d'organisation, où du moins l'était. L'entrée dans la doctrine académique par le jeu de la qualification à la maîtrise de conférence devant le Conseil National des Universités, du concours d'agrégation, organisé et sanctionné par des membres de la doctrine elle-même, permet de rendre la doctrine maîtresse de ses propres principes d'inclusion et d'exclusion et donc de l'homogénéité ou non de son discours.

1052. Au contraire, la doctrine publiciste anglaise fait face à des critères externes. Tout d'abord, dans le champ académique, le tournant libéral de l'enseignement et l'entrée des facultés de droit dans l'« économie du savoir » vient conditionner l'entrée dans la doctrine à

²⁷³³ M. Baridon, « Jardin et paysage. Existe-t-il un style anglais ? », *Dix-huitième siècle*, n°18, 1986, pp. 427-446 ; S. Bending, « Horace Walpole et l'histoire du jardin au dix-huitième siècle », *Journal of the Warburg and Courtauld institutes*, vol. 57, 1994, pp. 209-226.

des critères d'innovations scientifiques qui sont externes à la discipline juridique et lui imposent des standards économiques²⁷³⁴. Cependant, et à un second niveau, cette étude a mis en lumière le rôle structurant et de plus en plus affirmé de la doctrine organique de la Cour Suprême sur la doctrine académique. En effet, par un jeu de références, de citations ou simplement en confirmant ou infirmant les modèles académiques dans son écriture de la *common law*, la doctrine organique de la Cour Suprême procède à un processus d'élection des auteurs académiques et renforce dès lors la légitimité de certains programmes doctrinaux.

1053. Ces principes d'ordre externes, renseignent en retour la doctrine française au moins à deux égards. Premièrement, et au-delà même des périodes de « crise doctrinales » le pluralisme doctrinal ne suppose pas un retour nécessaire et absolu à une forme de paysage doctrinal moniste comme le montre l'exemple de la tradition contestataire britannique. Ainsi, les constats parfois pessimistes sur l'avenir du courant droit politique peuvent être relativisés²⁷³⁵. Un modèle doctrinal n'a pas à s'imposer comme programme doctrinal majoritaire pour avoir un effet sur la manière de dire et penser le droit et peut laisser un héritage. Deuxièmement, l'importance des facteurs externes d'organisation de la doctrine publiciste doit être pris en compte. En ce sens, il conviendra de voir si, dans les années à venir les effets de la LOI n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur, viendra suffisamment affaiblir les structures d'auto-organisation de la doctrine publiciste française pour imposer à cette dernière de nouveaux moyens d'organisation et de structuration. Dans ce sens, l'altérité de l'exemple britannique offre une illustration pertinente et intéressante des effets de principes externes de structuration de la doctrine sur l'unité et la nature des discours doctrinaux. Il convient de même de souligner qu'une modification de ces critères d'organisation ne restera pas sans effet sur les méthodes et les manières de dire et de penser le droit public. En ce sens, le tournant théorique observé dans la doctrine publiciste anglaise est un exemple éclairant.

1054. Dans la dialectique instaurée entre ces deux modèles doctrinaux profondément différents se dessinent néanmoins des thématiques et des questions communes sur le droit public. Ces dernières permettent de renseigner sur la nature profonde du droit constitutionnel autour de la question de l'équilibre des pouvoirs. La juridicisation de la constitution

²⁷³⁴ Voir, *supra*, par. 688.

²⁷³⁵ E. Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, op. cit., p. 772.

britannique à la fin des années quatre-vingt-dix, en rendant plus visibles ces questions à la doctrine publiciste française, a offert un terrain de recherche pour les comparatistes français. Aujourd'hui les réformes constitutionnelles engagées dans le sillage de la crise du Brexit ont ou vont largement redéfinir les équilibres institutionnels britanniques. Face à l'adoption du *United Kingdom Market Act* de 2020, le projet de loi portant sur le pouvoir de dissolution du Parlement pour le Premier Ministre²⁷³⁶, ou encore la future réforme du *Judicial review*²⁷³⁷, l'équilibre des pouvoirs de la « nouvelle constitution » britannique semble très largement en passe d'être réécrit en faveur de l'exécutif. L'exemple britannique et l'analyse des publicistes britanniques de ce moment constitutionnel rappellent au regard français « la fragilité de la constitution britannique qui – malgré la juridicisation de ces 20 dernières années – reste fondamentalement dépendante de la volonté politique autant qu'elle l'est de ses principes constitutionnels »²⁷³⁸.

1055. Au travers de cette dynamique du renforcement du pouvoir exécutif et de celle redéfinissant la place du juge pour le droit public et son écriture, l'exemple d'une doctrine britannique confrontant divers types de constitutionnalismes vient, en retour, rappeler à la doctrine française l'existence de constitutionnalismes autre que le seul constitutionnalisme juridique et rappelle la polysémie de la notion. Il participe aussi à réinterroger les présupposés de la doctrine française tant sur la nature profonde de l'objet de son discours que sur la place de cette dernière dans la structure de l'ordre juridique français.

1056. Ainsi peut-être est-il trompeur de dire que la comparaison n'est que l'histoire d'un aller et d'un retour. Son expérience rend en effet impossible tout retour réel au droit-propre. Parce que le comparatiste qui retourne à son système juridique n'est plus vraiment le même, le droit-propre ne le sera plus non plus pour lui. L'expérience du droit étranger a déformé son regard sur le droit-propre, mais dans l'espace ainsi créé entre son regard déraciné et les représentations que porte un droit-propre soudainement devenu étranger à lui-même, se trouve la possibilité de dire à nouveau cet autre qui réside en soi. Le retour dans son propre jardin

²⁷³⁶ A. McHarg, A. L. Young, «The Resilience of the (Old) British Constitution», UK Constitutional Law Blog, publié le 8 septembre 2021, disponible à: <https://ukconstitutionallaw.org/2021/09/08/aileen-mcharg-and-alison-l-young-the-resilience-of-the-old-british-constitution/>, « *The Dissolution and Calling of Parliament Bill 2021 aims to repeal the Fixed-term Parliaments Act 2011, 'reviving' the prerogative power of dissolution. Rather than placing the power to hold an early Westminster general election in the hands of members of the House of Commons (via a vote of no confidence in the government or a two-thirds majority vote), the Bill restores the unilateral, discretionary power of the Prime Minister to request that the Monarch dissolves Parliament* ».

²⁷³⁷ *Ibid.*

²⁷³⁸ *Ibid.*

avec un regard renouvelé est l'une des vertus du voyage, peut-être y a-t-il encore d'autres mérites à trouver aux détours des jardins anglais.

ANNEXES

TABLEAUX DE SYNTHÈSE DES COURANTS DOCTRINAUX DE LA DOCTRINE PUBLICISTE

BRITANNIQUE

COURANTS DOCTRINAUX CLASSIQUES DU DROIT PUBLIC BRITANNIQUE

<p>Modèle orthodoxe</p> <p>Fondée par A. V. Dicey</p> <p>La constitution est écrite par le Parlement souverain. La souveraineté du Parlement est ici uniquement juridique. Pas de droit administratif. Le droit public découle du droit privé.</p> <p>Lecture libérale classique de la constitution vise à réduire au maximum l'intervention de l'Etat comme garantie du respect des libertés individuelles</p> <p>Méthode analytique/descriptive</p> <p>Reprise par les juges</p>	<p>Tradition contestataire (courant fonctionnaliste)</p> <p>Fondée par H. Laski, I. Jennings, W Robson</p> <p>La constitution est le produit des normes du Parlement et de l'Exécutif. La constitution a une nature politique. Le droit administratif existe et doit conduire à la création d'une dualité de juridiction.</p> <p>Lecture sociale de la constitution, vise à assurer l'intervention de l'Etat pour permettre la réalisation des individus, seule garantie pour la réalisation de la liberté des citoyens</p> <p>Méthode analytique/ méthode prescriptive</p> <p>Pas de reprise par les juges</p>
---	--

COURANTS DOCTRINAUX CONTEMPORAINS DU DROIT PUBLIC BRITANNIQUE

Courant doctrinal légaliste

Le droit public est compris comme résultant de normes juridiques

Les différentes écoles résultent de l'absence de consensus autour de qui est à l'origine de la norme juridique constitutionnelle

<p>Legal constitutionalism</p> <p>La constitution est écrite par le Parlement souverain. La souveraineté du Parlement est ici uniquement juridique.</p> <p>Doctrines héritière de l'École orthodoxe et de la pensée Diceyenne.</p> <p>Méthode descriptive</p> <p>Auteurs : doctrine universitaire : Wade, M. Elliott, A. Perry, V. Bogdanor, D. Feldman, etc...</p> <p>Doctrines organique : confirmé en partie par la définition de la souveraineté du Parlement la décision <i>Miller</i> de 2017.</p>	<p>Bi-polar sovereignty theories</p> <p>La constitution est écrite par le Parlement et le Juge dans un dialogue entre les deux institutions</p> <p>Doctrines qui se base sur l'apport de l'article 4 du <i>Human Rights Act</i> pour développer sa théorie constitutionnelle</p> <p>Méthode descriptive</p> <p>Auteurs : doctrine organique : Sir John Laws</p> <p>Doctrines universitaires : A. L. Young</p>	<p>Common Law Constitutionalism</p> <p>La constitution est majoritairement par le Juge à travers la <i>common law</i>.</p> <p>Doctrines qui se base sur la réévaluation de la place du juge par le développement du <i>Judicial Review</i> et l'adoption du <i>HR.A.</i></p> <p>Méthode descriptive</p> <p>Auteurs : doctrine universitaire : Paul Craig</p> <p>Doctrines organique : confirmée par le développement des <i>common law constitutional rights</i> et le principe de légalité</p>	<p>Global constitutionalism</p> <p>La constitution ne dépend plus de normes internes</p> <p>Doctrines qui se base sur l'intégration européenne et la globalisation du droit</p> <p>Méthode descriptive</p> <p>Auteurs : doctrine universitaire : N. Walker</p> <p>Doctrines organique : pas de reprise par les juges</p>
---	--	--	---

Deux éléments cristallisent les controverses doctrinales entre ces 3 courants : le développement du *Judicial Review* en droit administratif et le *HR.A.* Ce qui se trouve mis en jeu est la place du juge dans la structure constitutionnelle et sa soumission ou non au Parlement, derrière cette tension se dessine une crise qui semble traverser toutes les démocraties libérales contemporaines entre la part démocratique et politique du système constitutionnel et sa part libérale et juridique. Seuls les auteurs de ces 3 écoles sont cités dans les décisions des juges et s'intègrent dans un dialogue entre doctrine organique et doctrine universitaire.

Courant doctrinal politiste

Le droit public est compris comme résultant de normes politiques

Les différentes écoles résultent de l'absence de consensus autour de qui est à l'origine de la norme politique constitutionnelle et de la méthode pour en rendre compte

<p style="text-align: center;">Political Jurisprudence</p> <p>La constitution est écrite par le Parlement souverain. La souveraineté est ici entendue au sens juridique.</p> <p>Doctrin héritière de l'École Fonctionnaliste de la LSE.</p> <p>Méthode analytique/descriptive + méthode contextuelle entend prendre en compte la réalité politique dans laquelle s'inscrit la constitution</p> <p>Auteurs : doctrine universitaire : John Griffith, Martin Loughlin, Thomas Poole, Carol Harlow, etc...</p> <p>Lien entretenu avec l'école politiste française via des échanges autour de <i>Jus politicum</i>. Recherche d'une doctrine transnationale ? Quel enseignement sur la nature du droit constitutionnel ?</p> <p>Pas de reprise apparente par les juges, mais travail de contextualisation de ces derniers à comparer avec la méthode proposée par M. I. Loughlin.</p>	<p style="text-align: center;">Republican constitutionalism</p> <p>La constitution est écrite par le Parlement souverain comme seule institution capable de représenter les citoyens dans le respect du principe de non-dominance. La souveraineté est ici entendue au sens politique et non pas seulement juridique.</p> <p>Doctrin héritière de la pensée républicaine de Q. Skinner et P. Pettit.</p> <p>Méthode prescriptive, ici la dimension politique de la méthode ne s'inscrit pas dans la contextualisation mais dans la recherche et la construction d'un projet politique, celui de la liberté comme non-dominance.</p> <p>Auteurs : Adam Tomkins, R. Bellamy,</p> <p>Liens entretenus avec l'Australie où un mouvement similaire existe. Doctrin propre au Commonwealth ?</p> <p>Pas de reprise par le juge</p>	<p style="text-align: center;">Critical approaches</p> <p>Courant composite et pluriel, pas une école en soi, quelques auteurs à la marge avec des approches interdisciplinaires marquées qui proposent des lectures du droit public depuis le cadre conceptuel des <i>critical studies</i>.</p> <p>Spécificité de la méthode ? Méthode Globale ?</p> <p>Pas de reprise par le juge</p>
---	--	--

Courant doctrinal moraliste

Le droit public est compris comme résultant de normes morales

Les différentes écoles résultent de l'absence de consensus autour de qui est à l'origine de la norme morale constitutionnelle

Natural law constitutionalism

La constitution est le produit de normes morales qui s'imposent au droit constitutionnel. Ce dernier n'est pas un système normatif autonome.

Les sources du droit peuvent aussi bien être la philosophie classique (recours à Aristote) que la religion chrétienne.

Méthode prescriptive

Auteurs : doctrine universitaire : John Finnis, N. Barber

Pas de reprise par les juges.

Moral Common Law Constitutionalism

La constitution est le produit de normes morales écrites par les juges de *common law*.

Doctrines qui se base sur les apports de théories de la Justice telles que développées par J. Rawls et R. Dworkin.

Méthode prescriptive

Auteurs : doctrine universitaire : Trevor Allan

Lien avec la doctrine américaine ?

Pas de reprise par les juges.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

ACAR (T.)

T. Acar, La réception de l'œuvre de Ronald Dworkin en France, V. Champeil-Desplats (dir.), thèse, droit, Université Paris Nanterre, 2018.

ADBERMAN (K.)

K. Abdermane, A. Claeys, E. Langelier, Y. Marique, T. Perroud, *Manuel de droit comparé des administrations européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 490 p.

ALLAN (T. R. S)

T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 294 p.

T. R. S. Allan, *Law, Liberty and Justice, The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1994

T. R. S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, OUP, 2003

T. R. S. Allan, *The sovereignty of Law – Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 361 p.

ALLISON (J. W. F.)

J. W. F. Allison, *A continental distinction in the common law – A historical and comparative perspective on English Public Law*, Oxford, OUP, 1996, 288 p.

J. W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford, OUP, 2000, 300 p.

J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution – Continuity, change and European effects*, Cambridge, CUP, 2007, 275 p.

ANTOINE (A.)

A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique*, LGDJ, Lextenso, 2016, 196 p.

A. Antoine, *Le Brexit. Une histoire anglaise*, Paris Dalloz, Coll. Le sens du droit, 2020, 440 p.

A. Antoine, A. Blick, G. Gadbin-George, E. Gibson-Morgan (eds.), *Constitutions sous pression : la France et le Royaume-Uni au temps du populisme et du Brexit*, Paris, Société de législation comparée, 2021, 326 p.

ARTLIDGE (A.)

A. Arlidge et I. Judge, *Magna Carta Uncovered*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 204 p.

ATIAS (C.)

C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, Précis Droit Privé, 1^{ère} éd., 2002, 230 p.

ATYIAH (P. S.)

P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 804 p.

P. S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, Londres, Stevens and Sons, The Hamlyn's Lectures Series, 1987, 189 p

AUCOC (L.)

L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, faites à l'école des ponts et chaussées, 3^{ème} édition, 1885

AUSTIN (J.)

J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Murray, 1832, 492 p.

J. Austin, *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of positive law*, New York, Henry Holt and Company, 1875, 502 p.

AVRIL (P.)

P. Avril, *Les conventions de la Constitutions. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUR, 1997, 202 p.

BACHELARD (G.)

G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2011, 304 p.

BAGEHOT (W.)

W. Bagehot, *The English Constitution*, London, Chapman & Hall, 1st ed., 1867

W. Bagehot, *The English Constitution*, London, H. S. King, 2nd edition, 1873, 214 p.

BAKER (E.)

E. Baker, *Political thought in England*, Londres, 1885, 232 p.

BAKER (J. H.)

J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, OUP, 4e éd., 2000, 656 p.

BARANGER (D.)

D. Baranger, *Écrire la constitution non écrite – Une introduction au droit politique britannique*, Paris, Léviathan, PUF, 2008, 334 p.

BARBÉ (V.)

V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, sous la direction d’Otto Pfersmann, Université Paris 1, 2007

BARBER (N. W.)

N. W. Barber, *The Constitutional State*, Oxford, OUP, 2010, 214 p.

N. W. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2018, 288 p.

BAUMERT (R.)

R. Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique – Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l’entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, LGDJ, Collections thèses, 2009

BELL (J.)

J. Bell, *French Legal Cultures*, Cambridge, CUP, Law in Context, 2001, 304 p.

J. Bell, L. Neville Brown, *French Administrative Law*, Oxford, OUP, 1998, 398 p.

BELLAMY (R.)

R. Bellamy, *Political Constitutionalism - A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 282 p.

BINGHAM (LORD)

Lord Bingham, *Widening Horizons – The influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, Cambridge, CUP, Hamlyn Lectures Series, 2010, 102 p.

Lord Bingham, *The Rule of law*, Londres, Penguin, 2011, 224 p.

BIX (B. H.)

B. H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Londres, Sweet and Maxwell, 7e éd., 2015, 343 p.

BOGDANOR (V.)

V. Bogdanor, *Power and the People: Guide to Constitutional Reform*, Londres, W&N, 1997, 224 p.

V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1st ed. 2009, 335 p.

V. Bogdanor, *Beyond Brexit – Toward a British Constitution*, Londres, I. B. Tauris, 2019, 285 p.

BOUTMY (E.)

E. Boutmy, *Études de Droit Constitutionnel – France -Angleterre-Etats-Unis*, Paris, Plon, 1885

E. Boutmy, *Studies in Constitutional Law – France, England, United States*, New York, MacMillan and Co., E. M. Dicey (trad.), A. V. Dicey (eds.), 1891

BOYRON (S.)

S. Boyron, *The Constitution of France – a contextual analysis*, Oxford, Hart Publishing, Constitutional systems of the world, 2012, 353 p.

BRADLEY (A. W.)

A.W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative law*, Londres, Longman, 13^{ème} ed., 2003

BURGES (G.)

G. Burges, *The Politics of the Ancient Constitution: An Introduction to English Political Thought 1603-1642*, Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1993, 306 p.

CALABRESI (S. G.)

S. G. Calabresi, J. M. Owens, B. G. Silverman, *The History of Judicial Review – The G-20 Common Law Countries and Israel* Volume 1, Oxford, OUP, 2021, 450 p.

CHAMPEIL-DESPLAT (V.)

V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du Droit et des Sciences du Droit*, Paris, Dalloz, Méthodes du Droit, 2^e éd., 2016, 438 p.

COSGROVE (R. A.)

R. A. Cosgrove, *THE RULE OF LAW - Albert Venn Dicey, Victorian jurist*, Palgrave MacMillan 1980, 319 p.

R. A. Cosgrove, *Scholars of the Law: English Jurisprudence from Blackstone to Hart*, New York, New York University Press, 1996, 262 p.

COTTERREL (R.)

R. Cotterrel, *Sociological Jurisprudence – Juristic Thought and Social Inquiry*, Londres, Routledge, 1st ed., 2017, 256 p.

CRAIG (P.)

P. Craig, *Administrative Law*, Croydon, 8th edition, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 974 p.

P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, OUP, 1st ed., 1991, 456 p.

P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law – Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, The Hamlyn's Lecture, 2015, 830 p.

P. Craig, A Tomkins, *The Executive and Public Law*, Oxford, OUP, 2006, 384 p.

CROWNIE (F.)

F. Cownie, *Legal Academics: Cultures and identities*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 240 p.

DAVID (R.)

R. David, J. E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An introduction to the Comparative Study of Law*, New York, The Free Press, 1978, 584 p.

R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, Précis, 12^e éd., 2016, 542 pages.

DE SMITH (S.-A.)

S. A. De Smith, R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law, England*, Penguin Books, 8th edition, 1999, 705 p.

S. A. De Smith, Lord Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, Londres, Sweet and Maxwell, 5e edition, 1995, 1130 p.

DICEY (A. V.)

A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan and Co, 3rd, 1889

A. V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, London, Macmillan and co., 1905

A. V. Dicey, *A Fool's Paradise*, Londres, John Murray, 1913

A. V. Dicey, *Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, J. W. F. Allison, (ed.), 2013, 400 p.

A. V. Dicey, A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, Oxford, OUP, J. W. F. Allison (ed.), 2013, 572 p.

DI MANNO (T.)

T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, LGDJ, Economica, Coll. Droit public positif, 1999, 617 p.

DUFFY-MEUNIER (A.)

A. Duffy-Meunier, *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*, thèse sous la direction de Guy Scoffoni, Université d'Aix-Marseille-3, 2006

DUGUIT (L.)

L. Duguit, *Law in the Modern state*, New York, Hebsch, H. Laski (eds.), F. Laski (trad.), 1919, 294 p.

DUXBURY (N.)

N. Duxbury, *Jurists and Judges: An Essay on Influence*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 188 p.

N. Duxbury, *Elements of legislation*, Cambridge University Press, 2013, 249 p.

DWORKING (R.)

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachussets, Harvard University Press, 1977, 444 p.

EDLIN (D. E.)

D. E. Edlin, *Judges and Unjust Laws, Common law constitutionalism and the foundation of judicial review*, University of Michigan Press, 2008, 248 p.

EKINS (R.)

R. Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 303 p.

ELLIOT (M.)

M. Elliott, K. Hughes (eds.), *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020, 352 p.

EWING (K.D)

K. D. Ewing, C. A. Gearty, *The struggle for Civil Liberties – Political Freedom and the Rule of law in Britain, 1914-1945*, Oxford, OUP, 2001, 468 p.

FARGEAUD (B.)

B. Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2020

FARRAR (J.)

J. Farrar, *Introduction to Legal Method*, Londres, Sweet and Maxwell, 1977, 258 p.

FAVOREU (L.)

L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestren O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 22^e éd., 2020, 1200 p.

FINNIS (J.)

J. Finnis, *Religion and Public Reasons: Collected Essays*, Volume IV, Oxford, OUP, 2011, 2176 p.

J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, OUP, 2e éd., 2011, 494 p.

FRANKENBERGER (G.)

G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, New York, Elgar Publishing, 2019, 296 p.

FREEMAN (M. D. A)

M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Londres, Sweet and Maxwell, 6th ed., 1994, 1384 p.

FOUCAULT (M.)

M. Foucault, *L'Ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, nrf, 1971, 81 p.

M. Foucault, *Subjectivité et Vérité. Cours au collège de France. 1980-1981*, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 352 p.

GEARTY (C. A.)

C. A. Gearty, *On Fantasy Island – Britain, Europe and Human Rights*, Oxford, OUP, 2016, 257 p.

GICQUEL (J.)

J. Gicquel, J. -E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Domat Droit public, Montchrestien, lextenso éditions, 25^e éd., 2011, 984 p.

GOLDSWORTHY (J.)

J. Goldsworthy, *Parliamentary sovereignty – Contemporary debates*, Cambridge, CUP, 2010, 340 p.

GOODHEART (D.)

D. Goodhart, *The Road to somewhere – The New Tribes Shaping British Politics*, London, Penguin, 2018, 304 p.

GRAYLING (A. C.)

A. C. Grayling, *Democracy and its crisis*, Londres, One world Publication, 2018, 240 p.

GRIFFITH (J. A. G.)

J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Londres, Fontana, 3rd ed., 1985, 256 p.

J. A. G. Griffith, M. Ryle, M. A. J. Wheeler-Booth, *Parliament – Functions, Practice and Procedures*, Londres, Sweet and Maxwell, 1989, 565 p.

J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Londres, Fontana, 4th ed., 1991, 352 p.

GROPPI (T.)

T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 470 p.

GUÉRIN-BARGUES (C.)

C. Guérin-Bargues, *Immunités parlementaires et régimes représentatif : l'apport du droit constitutionnel comparé (France, Angleterre, Etats-Unis)*, sous la direction d'Olivier Beaud, Université Paris 2, 2007

GUILLUY (T.)

T. Guilluy, *Du « self-gouvernement » des Dominions à la dévolution – Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, D. Barnager (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris II Panthéon Assas, Editions Panthéon Assas, 2018, 460 p.

GUINCHARD (J.)

S. Guinchard, T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 26^e éd., 2018, 1140 p.

S. Guinchard, T. Debard, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 28^e édition, 2020, 1120 p.

HANSON (D.)

D. Hanson, *From Kingdom to Commonwealth: The development of Civic Consciousness in English Political Thought*, Cambridge, Harvard University Press, 1970, 485 p.

HARLOW (C.)

C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, 3rd edition, Cambridge University Press, 880 p.

HART (H. L. A.)

H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, Calrendon Law Series, 1st ed., 1961, 263 p.

HEUSCHLING (L.)

L. Heuschling, *État de droit -Rechtsstaat-Rule of Law*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque Thèses, vol. 16, 2002

HEUSTON (R. F. V.)

R. F. V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, 2^e éd, 1964, 215 p.

HEWART OF BURY (LORD)

Lord Hewart of Bury, *The New Despotism*, Londres, Ernest Benn Ltd, 1929, 308 p.

HILL (C.)

C. Hill, *Intellectual Origins of the English Revolution Revisited*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 438 p.

JACOBSON (G. J.)

G. J. Jacobson, *Constitutional Identity*, Harvard University Press, 2010, 394 p.

JENNINGS (I.)

I. Jennings, *The Law and the Constitution*, London, London University Press, 2nd édition, 1938, 322 p.

I. Jennings, *The law and the constitution*, London, University of London Press, 4th ed., 1955

I. Jennings, *The Law and the Constitution*, London, University of London Press, 5th ed., 1959

I. Jennings, *Cabinet Government*, Cambridge, CUP, 3rd ed., 1959, 586 p

JESTAZ (P.)

P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, col. La Méthode du droit, 2004, 336 p.

JÈZE (G.)

G. Jèze, A. Batut (eds.), A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, V. Giard et E. Brière, Bibliothèque internationale de droit public, 1902, 474 p.

KANTOROWICZ (E. H.)

E. H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 2016, 632 p.

E. H. Kantorowicz, (trad. J.-P. et N. Genet), *Les Deux Corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Paris, Folio histoire, 2020, 896 p.

KAVANAGH (A.)

A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, CUP, 2009, 455 p

KING (A.)

A. King, I. Crewe, *The Blunders of Our Government*, London, Oneworld, 2013, 512 p.

KOLHAUER (E.)

E. Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle – Proposition de systématisation*, thèse sous la direction du professeur A. Viala, soutenue le 12 décembre 2019

KUHN (T. S.)

T. S. Kuhn, *La structure des Révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, coll. Champs sciences, 2008, 288 p.

T. S. Kuhn, *The structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 4th edition, 2012, 209 p.

LASKI (H.)

H. Laski, *Authority in the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 1927

H. Laski, *Grammar of Politics*, Routledge, 2016, 706 p.

LAWS (SIR J.)

Sir J. Laws, *The Common Law Constitution*, Cambridge, CUP, 2014, 120 p.

Sir J. Laws, *The Constitutional Balance*, Oxford, Hart Publishing, 2020, 144 p

LE MOIGNE (J.-L.)

J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2021, 128 p.

LENOBLE (J.)

J. Lenoble, F. Ost, *Droit, mythe, raison – Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 1980, 590 p.

LEWIS (D.)

D. Lewis, *Convention : A Philosophical Study*, Harvard University Press, 1969

LOUGHLIN (M.)

M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 304 p.

M. Loughlin, *Sword & Scales – An Examination of the relationship Between Law & Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 256 p.

M. Loughlin, *Foundation of Public Law*, Oxford, OUP, 2010, 520 p.

M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford, OUP, 2017, 200 p.

MAK (E.)

E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 272 p.

MARRIOTT (SIR J. A. R.)

Sir J. A. R. Marriott, *The Mechanism of the Modern State*, Vol. 1, Clarendon Press, 1927, 683 p.

MATHIEU (B.)

B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, Dalloz, 2e éd., 2014, 606 p.

MCELDOWNEY (J.-F.)

J. F. McEldowney, *Public Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1998

MCLEAN (J.)

J. McLean, *Searching for the State in British Legal Thought*, Cambridge, CUP, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012, 345 p.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.)

F. Mélin-Soucramanien, P. Pactet, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 35^e éd., 2017, 672 p.

MONTESQUIEU (C.-L. DE SECONDAT, BARON DE LA BRÈDE)

Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Paris, Firmin-Didot frères, fils et Cie, 1857

MÜLLER (J. W.)

J. W. Müller, *What is populism?*, London, Penguin Random House, 2017, 141 p.

MUNRO (C.)

C. Munro, *Studies in Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2nd ed, 2005, 392 p.

NEYRAT (A.)

A. Neyrat, *Le rapport du droit administratif national aux droits administratifs étrangers : les cas de la France et de l'Espagne*, Thèse de doctorat en Droit sous la direction de F. Melleroy, Université de Bordeaux, 25 novembre 2016

OAKESHOTT (M.)

M. Oakeshott, *Rationalism in Politics and other essays*, Indianapolis, Liberty Fund, 199, 407 p.

PASQUIET-BRIAND (T.)

T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise en France au XIXème siècle. Une étude du droit politique français*, sous la direction de P. Lauvaux, Université Paris 2, 2015

PERROUD (T.)

T. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013

PETERSON (A.)

A. Peterson, *Final Judgement – The last Lords and the Supreme Court*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 526 p.

PETIT (P.)

P. Petit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, OUP, 1997, 328 p.

PESTRE (D.)

D. Pestre, *Introduction aux Science Studies*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2006, 128 p.

PIAGET (J.)

J. Piaget (dir.), *Logique et connaissance scientifique*, Paris, Gallimard, nrf, Encyclopédie de la Pléiade, 1967

PIERRÉ-CAPS (S.)

S. Pierré-Caps, *Droits constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, Quadriges Manuels, 2^e éd., 2015, 324 p.

POPPER (K.)

K. Popper, *La connaissance objective*, Paris, Flammarion, coll. Champs essais, 2008, 294 p.

RATNAPALA (S.)

S. Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge, CUP, 3rd ed., 2017, 472 p.

RAWLS (J.)

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972, 607 p.

J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, Columbia classics in politics, 3rd ed., 2005, 525 p.

RAZ (J.)

J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 435 p.

ROBSON (W.)

W. Robson, *Justice and Administrative Law - A study of the British Constitution*, Londres, Stevens and Sons, 2nd ed., 1947

ROUSSEAU (D.)

D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Domat Droit Public, 10^e éd., 2013, 592 p.

ROYNIER (C.)

C. Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, sous la direction de D. Baranger, Université Paris 2, 2011

C. Roynier, *Le problème de la Liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, 2019, 601 p.

C. Roynier, *Le Problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, 2020, 608 p.

RUSSEL (M.)

M. Russel, D. Gover, *Legislation at Westminster*, Oxford, OUP, 2017, 338 p.

SCHOPENHAUER (A.)

A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1966

SCOT (M.)

M. Scot, *La London School of Economics and Political Science. 1895-2010*, Paris, PUF, 2011, 386 p.

SCRUTON (R.)

R. Scruton, *The Meaning of Conservatism*, London, Palgrave Macmillan, 2nd ed., 1984, 206 p

SEDLEY (S.)

S. Sedley, *Lions under the Throne – Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, CUP, 2015, 250 p.

SUMPTION (LORD)

Lord Sumption, *Trials of the State – Law and the decline of politics*, Londres, Profile books, 2019, 112 p.

Lord Sumption, *Law in a time of crisis*, Londres, Profile books, 2021, 240 p.

SYDORYK (S.)

S. Sydoryk, *La doctrine constitutionnelle. Etude de la connaissance sur le droit constitutionnel contemporain français*, X. Magnon, W. Mastor (dir.), thèse, droit, Université Toulouse Capitole, 2020

SYRETT (K.)

K. Syrett, *The Foundations of Public Law – Principles and Problems of Power in the British Constitution*, Camberley, Palgrave, Macmillan education, 2nd edition, 2014, 328 p.

TAYLOR (E.)

E. Taylor, *The House of Commons at Work*, Londres, Penguin, 1971, 249 p.

THORNTON (M.)

M. Thornton, *Privatising the Public University – The Cas of Law*, Abingdon, Routledge, 2012, 296 p.

TOMKINS (A.)

A. Tomkins, *Our Republican constitution*, Oxford, Hart publishing, 2005, 156 p.

TSCHORNE VENEGAS (S.)

S. Tschorne Venegas, *The Theoretical turn in British public law scholarship*, Martin Loughlin (dir.), Thèse de doctorat, philosophie, London School of Economics, 2016, 219 p.

TROPER (M.)

M. Troper, *La Philosophie du Droit*, Paris, PUF, Que sais-je, 2003, 112 p.

M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris PUF, Léviathan, 2011, 300 p.

M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, 360 p.

TUBBS (W.)

W. Tubbs, *The constitutional history of England in its origin and developments*, Volume 1, Oxford, OUP, 1874

TURPIN (C.)

C. Turpin, A. Tomkins, *British Government and the Constitution*, Cambridge, CUP, 6eme éd., 2007, p. 495

TUSHNET (M.)

M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights – Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2009, 312 p.

TWINNING (W.)

W. Twining, *The Blackstone's Tower : the English Law School*, Sweet & Maxwell, 1994, 210 p.

W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Northwestern University Press, 2001, 279 p.

W. Twining, *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, CUP, Law in Context, 2009, 544 p.

W. Twining, *Globalisation and Legal scholarship*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, Tilburg Law Lectures Series, Montesquieu seminars, vol. 4, 2011, 80 p.

TWOMEY (A.)

A. Twomey, *The veiled sceptre: reserve powers of Head of State in Westminster systems*, Cambridge, CUP, 2018, 808 p.

VARUHAS (J.)

J. Varuhas, *Damages and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 1st ed., 2016, 552 p.

VIALA (A.)

A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 1999

A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. Cours magistral, 2^e éd., 2019, 264 p.

WADE (E. C. S.)

E. C. S. Wade, G. Godfrey Philipps, *Constitutional Law*, Londres, Longmans, 2nd ed., 1935, 150 p.

WADE (H. R. W.)

H. R. W. Wade, *Administrative Law*, Oxford, OUP, 3rd ed., Clarendon Law Series, 1971

WALDRON (J.)

J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 344

WATSON (A.)

A. Watson, *Legal Transplants: An Approach of Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, 128 p.

WILKINSON (M.A.)

M. A. Wilkinson, M. W. Dowdle, *Questioning the Foundations of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, 320 p.

YOUNG (A.L.)

A. L. Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, OUP, 2017, 336 p.

A. L. Young, *The Constitution of Social Democracy: Essays in Honour of Keith Ewing*, Oxford, Hart Publishing, 2020, 512 p.

ZOLLER (E.)

E. Zoller, *Introduction au Droit Public*, Paris, Dalloz, Précis – Droit Public Science politique, 2^e ed., 2013, 252 p.

II- ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

ABDELHAMID (H.)

H. Abdelhamid, « les paradigmes postmodernes », In Ghislain Othis (dir.), *Méthodologie du pluralisme*, Clamecy, Editions Karthala, collection 4 vents, 2012, pp. 135-182

ADJEI (C.)

C. Adjei, « Human Rights Theory and the Bill of Rights Debate », *The Modern Law Review*, Vol. 58, N. 1, Janvier 1995

ADLER (J.)

J. Adler, « Dissents in Courts of last resort: Tragic choices? », *Oxford journal of legal studies*, vol. 20, n°2, 2000, pp. 221-246

ALLAN (T.R.S)

T. R.S. Allan, « The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism », *LQR*, 1999, n° 115, 199, p.239

T. R.S. Allan, « The Constitutional Foundations of Judicial Review: Constitutional Conundrum or Interpretative Inquiry », *C.L.J.*, 2002, Vol. 61, p.87

T. R.S. Allan, « Human Rights and Judicial Review: a critique of “due deference” », *C.L.J.*, Vol. 65, N. 3, 2006, pp. 671-695

T. R.S. Allan, « The Moral Unity of Public Law », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 67, n°1, 2017, pp. 1-30

ALLEN (J. G.)

J. G. Allen, « The office of the Crown », *C.L.J.*, Vol. 77, n°2, juillet 2018, p. 298

ALLEN (T.)

T. Allen, « A Constitutional Right to Property? », in M. Elliott, K. Hughes, *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020, emplacement 1959-2542

ALLISON (J.W.F)

J.W.F. Allison, « Transplantation and Cross-fertilisation », in J. Beatson, T. Tridimas (dir.), *News Directions in European Public Law*, Bloomsbury, 1998, 216 p.

J.W.F. Allison, « History in the Law of the Constitution », *Journal of Legal History*, vol. 28, 2007, pp. 263-282

J.W.F. Allison, « History to Understand, and History to Reform English Public Law », *Cambridge Law Journal*, 2013, pp. 526-557

J.W.F. Allison, J. W. F. Allison, « Editor’s introduction to volume I », In. J. W. F. Allison (ed.) A. V. Dicey, *The Law of the Constitution* Oxford, OUP, 2013

J.W.F. Allison, « The Westminster Parliament’s Formal Sovereignty in Britain and Europe from a Historical Perspective », *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge, Paper n. 47, Juillet 2018

J.W.F. Allison, « Minimising Magna Carta and Modernising Experience of the Rule of Law in the English Historical Constitution », *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge, n°48/2018, juillet 2018, pp. 1-28

J.W.F. Allison, « Turning the Rule of law into an English Constitutional Idea », *University of Cambridge, Legal Studies Research Papers*, paper No 49/2018, july 2018

ALTWEGG-BOUSSAC (M.)

M. Altwegg-Boussac, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 13, disponible à <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>

M. Altwegg-Boussac, « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum*, n°24, mai 2020, pp.57-74

AMSELECK (P.)

P. Amselek, « Propos introductif », In. P. Amselek (dir.) *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, p. 8

ANSON (W.R.)

W. R. Anson, « The Cabinet in the Seventeenth and Eighteenth Centuries », *The English Historical Review*, Vol. 29, n° 113, 1914, pp. 56-78

ANTOINE (A.)

A. Antoine, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, vol. 17, 2017, pp. 473-488

ARDEN (LADY)

Lady Arden, « International Judicial Work – The continuing need for international judicial dialogue as the UK’s relationship with Europe Changes », Édimbourg, Faculty of Advocates, 26 octobre 2017, p.3, disponible à <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/11/lj-arden-faculty-of-advocates-speech-20171127-1-1.pdf>

ARENDRT (A.)

H. Arendt, « Crise de l’Education », In. H. Arendt, *Crise de la culture*, Paris, Gallimard, Folio essais, 1961

ARMSTRONG (K.)

K. Armstong, « United Kingdom – Divided on Sovereignty? », In. N. Walker (eds.) *Sovereignty in Transition*, Bloomsbury, 2006, 572 p.

ATIAS (C.)

C. Atias, « La controverse et l’enseignement du droit », *Annales d’histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n° 2, pp. 107-123

AVRIL (P.)

P. Avril, « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, Actualités », 6 novembre 2018, disponible à : <http://juspolicum.com/article/Penser-le-droit-politique-1264.html>;

P. Avril, « Penser le droit politique (suite) », *Jus Politicum*, « Actualités », consulté le 04 janvier 2019 à : <http://juspolicum.com/article/Penser-le-droit-politique-suite-1268.html> , pp. 7-11

BALDWIN (R.)

R. Baldwin, J. Houghton, « Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules », *Public Law*, 1986, pp. 239-284

BALL (S.)

S. Ball, « The Reform Act of 1918 – the Advent of Democracy », *The Parliamentary History Year Book*, 2018

BALKIN (J.M.)

J. M. Balkin, « Interdisciplinarity as Colonization », *Washington and Lee Law Review*, vol. 53, 1996, pp. 956-970

BAMFORTH (N.)

N. Bamforth, « The Application of the Human rights act 1998 to Public Authorities and Private Bodies », *C.L.J.*, Vol 58, N. 1, mars 1998, pp. 169-170

BARANGER (D.)

D. Baranger, « Angleterre (culture juridique) », *in.* D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, pp. 52-59

D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009

D. Baranger, « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *in.*, C. M. Herrera (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, Paris, Éditions Kimé, Nomos et Normes, 2012, pp. 117-140

D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la Justice Constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Jus Politicum*, n°7, 2012, pp. 1-38

D. Baranger, « French Constitutional Law », *In.* In. R. Masterman, S. Schütze (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional law*, Cambridge, CUP, 2019, pp. 92-112

BARBÉ (V.)

« Le Parlement britannique et le Brexit : le blocage d'une sortie sans accord par la Chambre des communes », *Constitutions*, n° 2, 2019, p. 190

« La prorogation du Parlement britannique et la décision de la Cour suprême du 24 septembre 2019 : dernière bataille des pouvoirs constitutionnels avant le Brexit ? », *Constitutions*, n° 3, 2019, p. 349

BARBER (N.W.)

N. W. Barber, « The afterlife of Parliamentary sovereignty », *I-Con*, volume 9, N. 1, 2011, pp. 144-154

N. W. Barber, « Constitutional hardball and justified development of the law », Policy exchange, 29 septembre 2019, disponible à : <https://policyexchange.org.uk/nick-barber-constitutional-hardball-and-justified-development-of-the-law/>

BARBERIS (M.)

M. Barberis, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », in. D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel – Tome I*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 113-141

BARBOU DES PLACES (S.)

S. Barbou des Places, F. Audren, « Eloge de la discipline – Le savoir juridique face au modèle disciplinaire », In. F. Audren, S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, Contextes Culture du droit, 2018, pp. 3-33

BARENDT (E.)

E. Barendt, « Dicey and Civil Liberties », *P. L.* 1985, pp. 596-608

BARNARD (C.)

C. Barnard et P. Craig, « The future of EU law as a subject in British universities », *Law Teacher*, vol. 53, n°2, 2019, pp. 136-137

BARNETT (H.)

H. Barnett, « The Province of Jurisprudence Determined -Again », *Legal Studies*, vol. 15, n°1, 1995, pp. 88-127

BARTIE (S.)

S. Bartie, « The lingering core of legal scholarship », *The Journal of Legal Studies*, 2010, pp 345-369

BAUMERT (R.)

R Baumert, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *Jus politicum*, n° 24, <http://juspoliticum.com/article/Les-programmes-doctrinaux-en-droit-constitutionnel-1338.html>

BEATSON (J.)

J. Beatson, « The role of statute in the development of common law doctrine », *Law Quaterley Review*, Vol. 117, Avril 2001, pp. 247-272

BEEVER (A.)

A. Beever, « The Declaratory Theory of Law », *OJLS*, Vol. 33, N°3, 2013, pp. 421-444

BELL (C.)

C. Bell, « Constitutional Transitions: the peculiarities of the British constitution and the politics of comparison » *P. L.*, 2014, pp. 446-471

BELL (J.)

J. Bell, « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe », in J. Beatson, T. Tridimas (dir.), *News Directions in European Public Law*, Oxford, Hart, 1998, p. 147

J. Bell, « De la culture », In. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, les voies du droit, 2009, pp. 247-278

BELLAMY (R.)

R. Bellamy, « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *I. CON*, 2011, pp. 86-111

BERNABIB (S.)

S. Bernabib, « On Michel Rosenfeld's the identity of the constitutional subject », *Cardozo Law Review*, Vol. 33, N°5, pp. 1889-1906

BERTHELOT (J.M.)

J. M. Berthelot, « Programmes, paradigmes, disciplines : pluralité et unité des sciences sociales », in. J. M. Berthelot (dir.), *Epistémologie des sciences sociales*, Paris, PUF, Quadrige, 2001, pp. 457-518

BIENVENU (J.-J.)

J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administrative », *Droits*, n°1, 1985, p. 153

BINGHAM OF CORNHILL (LORD)

Lord Bingham of Cornhill, « There is a world elsewhere: The changing perspectives of English law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, n°3, pp. 513-529

Lord Bingham of Cornhill, « The Rule of law », *C.L.J.*, Mars 2007, numéro 66, pp. 67-85

Lord Bingham of Cornhill, « The Case of Liversidge v. Anderson: The Rule of Law Amid the Clash of Arms », *International Law*, Vol. 43, 2009, pp. 33- 38

BIRKS (P.)

P. Birks, « The academic and the practitioner », *Legal Studies*, Vol. 18, n°4, Décembre 1998, pp. 397-414

BOLT (A.)

A. Bolt, P. Lagasse, « Beyond Dicey: Executive Authorities in Canada », *Journal of Commonwealth Law*, 2021, disponible à <https://www.journalofcommonwealthlaw.org/article/23701-beyond-dicey-executive-authorities-in-canada>

BOULAD-AYOUB (J.)

J. Boulad-Ayoub, « Descartes et le fondement de la vérité », In. R. Nadeau (dir.), *Philosophie de la connaissance*, Montréal, PUM, Vrin, 2016, pp. 109-136

BRADLEY (A.W.)

A. W. Bradley, « Research and Reform in Administrative Law », *N. 13 J. Soc'y Pub. Tchrs. L.*, 1974, pp. 35 -44

BRADNEY (A.)

A. W. Bradley, « Sir William Ivor Jennings: A Centennial Paper », *Modern Law Review*, vol 67, n° 5, 2004, pp. 716-733

BRAUN (A.)

A. Braun, « Buying the Living? The citation of legal Writings in English Courts », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, n°1, 2010, pp. 27-52

CAHILL-O'CALLAGHAN (R.J.)

R. J. Cahill-O'Callaghan, « Reframing the judicial diversity debate: personal values and tacit diversity », *Legal Studies*, Vol. 35, N°1, 2015, pp. 1-29

CANE (P.)

P. Cane, « Accountability and the Public/Private Distinction », in N. Bamforth und P. Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 247-276

P. Cane, « Executive Primacy, Populism and Public Law », *Washington International Law Journal Association*, vol. 28, 2019, pp. 527-580

CARPENTIER (M.)

M. Carpentier, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°120, vol. 4, 2019, pp. 843-864

CHAY (A. J.)

A. J. Chay, « Legal Education in Australia in the 21st century », *Journal of the Indian Law Institute*, Vol. 38, n°4, 1996, pp. 446-450

CHEROT (J.-Y)

J.-Y. Cherot. « Le tournant méthodologique en philosophie du droit », In. J.-Y. Cherot; S. Cimamonti; L. Tranchant; J. Trémeau, *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.29-59

CHOUDHRY (S.)

S. Choudhry, « The commonwealth constitutional model or models? », *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, n°4, Octobre 2013, pp. 1094-1099

CLAYTON QC (R.)

R. Clayton QC, « The Empire strikes back: common law rights and the Human Rights Act », Janvier, 2015, disponible à <https://www.claytoncomments.com/constitutional-law/the-empire-strikes-back-common-law-rights-and-the-human-rights-act/>

CHEVALIER (J.)

J. Chevalier, « Les Fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, PUF 1979, pp. 3-57

J. Chevalier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n°50, vol. 1, 2002, pp. 103-116

CLÉMENT (G.)

G. Clément, « “Roundheads vs Cavaliers” : The British Constitution and Parliamentary sovereignty in the face of Brexit », *Observatoire de la société britannique*, vol. 21, N°1, pp. 35-50

COLEMAN (J. L.)

J. L. Coleman, « Beyond Inclusive Legal Positivism », *Ratio Juris*, vol. 22, n°3, pp. 359-394

COLLIER (R.)

R. Collier, « ‘We’re All Socio-Legal Now?’ Legal Education, Scholarship and ‘the Global Knowledge Economy’ - Reflections on the UK Experience », *Sydney Law Review*, vol. 26, 2004, pp. 503-536

COMANDUCCI (P.)

P. Comanducci, « Epistémologie », trad. N. Jomeer. In. M. Troper, D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1*, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 11

CORMACAIN (R.)

Dr. R. Cormacain, « Coronavirus Bill : A Rule of Law Analysis », *Bingham Centre for the Rule of Law*, disponible à : https://binghamcentre.biicl.org/documents/84_coronavirus_bill_rule_of_law_scrutiny_supplementary_report_upload.pdf

COTTERELL (R.)

R. Cotterrell, « Pandora’s Box : Jurisprudence in Legal Education », *International Journal of the Legal Profession*, vol. 7, 2000, pp. 179-188

R. Cotterrell, « Why Jurisprudence Is Not Legal Philosophy », *Jurisprudence*, vol. 41, n°5, 2014, pp 41-55

R. Cotterrell, J. C. Woodlife, « The Teaching of Jurisprudence in British Universities », *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. 13, n°2, 1974, pp. 73-89

COSTA (P.)

P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in., C. M. Herrera (dir.), *Comment écrit-on l’histoire constitutionnelle ?*, Paris, Editions Kimé, Nomos et Normes, 2012, pp. 19 à 56

COWNIE (F.)

F. Cownie, « Are we witnessing the death of the textbook tradition in the UK? », *European Journal of Legal Education*, vol 3, 2006, pp. 75-78

COVER (R. M.)

R. M. Cover, “*Nomos and Narrative*”, *Harvard Law Review*, 1983, pp. 4-68

CRAIG (P.)

P. Craig, « Dicey : unitary, self-correcting democracy and public law », *LQR*, n. 106, Janvier 1990, pp. 105-143

P. Craig, « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame », *Yearbook of European Law*, Volume 11, N. 1, 1991, p. 221- 255

P. Craig, « What Should Public Lawyers Do? A Reply », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, 1992, pp. 564-577

P. Craig, « Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. », *P. L.*, 1997, p. 466

P. Craig, « Prerogative, Precedent and Power », in C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Golden Metwand and the Crooked Cord*, Oxford, Clarendon Press, 1998

P. Craig, « Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review » *Cambridge Law Journal*, Vol. 57, n. 1, Mars 1998, pp. 63-90

P. Craig, « Public Law, Political Theory and Legal Theory », *P. L.*, 2000, p. 231

P. Craig, « Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy », *P.L.*, 2003, p. 92P.
Craig, « Political constitutionalism and judicial review », *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 58/2009, p. 40

P. Craig, « Political Constitutionalism and the Judicial Role: A response », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n°1, 2011, pp. 112-131

P. Craig, « Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective », *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 42/2016, june 2016, 32 p.

P. Craig, « Limits of the Law: Reflections from Private and Public Law », In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, Hart Publishing, 2016, 248 p., emplacement 5072-5575

P. Craig, « English Administrative Law History: Perception and Reality », *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 48, 2019

P. Craig, A. Tomkins, « Introduction », In. P. Craig, A. Tomkins, *The Executive and Public Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 1-15

P. Craig, « English Administrative Law History: Perception and Reality », In., S Jhaveri and M Ramsden (eds), *Judicial Review in the Common Law World: Origins and Adaptations*, March 2021

CROMARTIE (A.)

A. Cromartie, « The Constitutional Revolution : The transformation of Political Culture in Early Stuart England », *Past and Present*, vol. 76, 1990, pp. 76-120

DAVIS (A.)

A. Davis, « Public law and privatisation », In. M. Elliott, D. Feldman, *The Cambridge Companion to Public Law*, Cambridge, CUP, 2015, 286 p., pp. 172-192

A. Davis, « The rise of judicial diplomacy in the UK: aim and challenges », *Legal Studies*, 2019, pp. 1-18

DEGUERGUE (M.)

M. Deguergue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », In. *La doctrine en droit administratif – Actes du colloque organisé les 11 et 12 juin 2009 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de Montpellier*, Paris, LexisNexis, Colloques et Débats, 2010, pp. 41-59

DENQUIN (J.-M.)

J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n°1, disponible à <http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html>

DE SMITH (S.A.)

S. A. De Smith, « The prerogative writs », *The Cambridge Law Journal*, Vol. 11, N. 1, 1951, pp. 40-56

DICEY (A. V.)

A. V. Dicey, « The Study of Jurisprudence », *Quarterly Review of Jurisprudence*, Vol. 5, n°4, 1880, pp. 382-401

A. V. Dicey, « Introduction », In. E. Boutmy, *Studies in Constitutional Law – France, England, United States*, New York, MacMillan and Co., E. M. Dicey (trad.), A. V. Dicey (eds.), 1891, p.v

A. V. Dicey, « Droit administratif in modern French Law », *LQR*, 1901, p. 302

A. V. Dicey, « Préface à l'édition française », In. G. Jèze, A. Batut (eds.), A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, V. Giard et E. Brière, Bibliothèque internationale de droit public, 1902, p. xxx

A. V. Dicey, « Introduction to the Study of the Law of the Constitution : Introduction to the Eighth Edition (1915) », *Giornale Di Storia Costituzionale*, vol. 13, 2007, pp. 171-232

A. V. Dicey, « Rule of Law Compared with Droit Administratif », In. J. W. F. Allison (ed.) A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, Oxford, OUP, 2013, pp. 368-409

A. V. Dicey, « Can English Law be taught at the Universities? », In. A. V. Dicey, J. W. F. Allison (éd.), *The Law of the Constitution*, Oxford, OUP, 2013, pp. 489-503

A. V. Dicey, « French Constitutionalism », In. J. W. F. Allison (ed.), A. V. Dicey, *Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2013, pp. 89-104

A. V. Dicey, « Note 17 – Conclusions as to French Droit administrative », In. J. W. F. Allison (ed.), A. V. Dicey, *Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2013, pp. 307-319

A. V. Dicey, « Appendix VII – Why Universal suffrage suits France », In. J. W. F. Allison (ed.), A. V. Dicey, *Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2013, pp. 315-319

DINDIER (H.)

H. Dindjer, « Prorogation as a Breach of Parliamentary sovereignty », *UK Constitutional Law Association Blog*, consulté le 17 septembre 2019 (<https://ukconstitutionallaw.org/2019/09/16/hasan-dindjer-prorogation-as-a-breach-of-parliamentary-sovereignty/>)

DIPLOCK (K.)

- K. Diplock, « The Courts as Legislators »; The Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1965, resource en ligne, consultee le 07/09/2018, disponible à, <http://www.kessler.co.uk/wp-content/uploads/2012/05/CourtsAsLegislators.pdf>

DI ROBILANT (A.)

A. Di Robilant, « Genealogies of Soft Law », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, 2006, pp. 499-554)

DUFFY-MEUNIER (A.)

A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême du Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *jus politicum*, n°9, 2013, pp. 1-75

A. Duffy-Meunier, « Un programme de la London School of Economics: la critique du droit constitutionnel de Dicey », in. O. Jouanjouan, E. Zoller (dir.), *Le «moment 1900». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assa, colloque, 2015, pp. 151-194

A. Duffy-Meunier, « La réforme de la motivation des décisions du Conseil Constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°55-56, vol. 2, 2017, pp. 45-65

DURKHEIM (E.)

E. Durkheim, « Montesquieu, sa part dans la fondation des sciences politiques et de la science des sociétés », *Revue d'histoire politique et constitutionnelle*, 1937, p. 453

DUXBURY (N.)

N. Duxbury, « The Narrowing of English Jurisprudence – Scholars of the Law: English Jurisprudence from Blackstone to Hart », *Michigan Law Review*, vol. 95, n. 6, 1997, pp. 1990-2004

N. Duxbury, « English Jurisprudence between Austin and Hart », *Virginia Law Review*, vol. 91, n°1, 2005, pp.1-92

DWORKIN (R.)

R. Dworkin, « The Model of Rule », *The university of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 14-46

R. Dworkin, « Devaluating Liberty », *Index on Censorship*, vol. 17, 1988, pp. 7-8

DYZENHAUS (D.)

D. Dyzenhaus, « Dicey's Shadow », *University Toronto Law Journal*, vol. 43, 1993, pp. 127-146

D. Dyzenhaus, « The politics of the Question of Constituent Power », in M. Loughlin, N. Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, OUP, 2008, 328 p.

EKINS (R.)

R. Ekins, « The Nature of Legislative Intent: An Introduction », *University of Oxford Legal Research Papers Series*, N. 64/2012, Novembre 2012

R. Ekins, « Parliamentary sovereignty and the Politics of Prorogation », Policy Exchange, disponible à : <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/09/Parliamentary-Sovereignty-and-the-Politics-of-Prorogation3.pdf>

ELLIOT (M.)

M. Elliott, « The Ultra vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law », *C.L.J.*, 1999, vol. 58, pp. 129-158

M. Elliott, « Parliamentary sovereignty and the new constitutional order: legislative freedom, political reality and convention », *Legal Studies*, Vol. 22, N. 3, septembre 2002, pp. 340-376

M. Elliott, « United Kingdom : Parliamentary Sovereignty under Pressure », *I-CON*, Volume 2, N. 1, 2004, pp. 545-555

M. Elliott, « The ‘vigour’ of common law rights and values: Av BBC [2014] UKSC 25 », *Public law for Everyone* blog, may 2014 disponible à <https://publiclawforeveryone.com/2014/05/09/the-vigour-of-common-law-rights-and-values-a-v-bbc-2014-uksc-25/>

M. Elliott, « Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law », *Legal Studies Research Paper Series*, Cambridge University, n°19/2015, avril 2015, p. 5

M. Elliott, « Factortame and the voluntary acceptance of limits on sovereignty: a response to Professor Mead », *Public Law for Everyone*, février 2016 disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2016/02/22/parliamentary-sovereignty-and-eu-law-a-response-to-professor-david-mead>

M. Elliott, « Brexit, Sovereignty and the contemporary British constitution: Four perspectives on Miller », *Public law for everyone*, consulté le 04 décembre 2018, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2016/12/16/brexit-sovereignty-and-the-contemporary-british-constitutionfour-perspectives/>

M. Elliott, « Analysis. The Supreme Court’s Judgement in Miller », *Public Law for everyone*, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2017/01/25/analysis-the-supreme-courts-judgment-in-miller/>

M. Elliott, « Muddled thinking in the Supreme Court on the “third source” of governmental authority », *Public law for everyone*, consulté le 30/08/2018,

<https://publiclawforeveryone.com/2013/07/23/muddled-thinking-in-the-supreme-court-on-the-third-source-of-governmental-authority/>

M. Elliott, H. J. Hooper, « Critical reflections on the High Court's judgement in R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union », *Public Law for Everyone*, consulté le 03 décembre 2018, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2016/11/07/critical-reflections-on-the-highcourts-judgment-in-r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/>

M. Elliott, S. Tierney, « House of Lords Constitution Committee Reports on delegated Powers », *Public Law for everyone*, consulté le 5 janvier 2019 à : <https://publiclawforeveryone.com/2018/11/19/house-of-lords-constitution-committee-reports-on-delegated-powers/>

M. Elliott, K. Hughes, « The Nature and role of the Common Law Constitutional Rights », In. M. Elliott, K. Hugues (eds.), *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020, emplacement 126-637

M. Elliott, « Judicial review reform IV: Culture war? Two of the UK Constitution », *Public Law for Everyone blog*, publié le 28 avril 2021, disponible à : <https://publiclawforeveryone.com/2021/04/28/judicial-review-reform-iv-culture-war-two-visions-of-the-uk-constitution/>

EWING (K.D.)

K. D. Ewing, « The Human Rights Act and Parliamentary Democracy », *The Modern Law Review*, Vol 79, 1999

K. D. Ewing, « The politics of the British Constitution », *PL*, 2000, autumn, pp. 405-437

K. D. Ewing, « The Futility of the Human Rights Act », *P. L.*, 2004, pp. 829-852

K. D. Ewing, « The Law and the Constitution: Manifesto of the Progressive Party », *Modern Law Review*, n°5, 2004, pp. 734-752

K. D. Ewing, « The continuing futility of the Human Rights Act », *P. L.*, 2008, pp. 668-693

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.)

Marthe Fatin-Rouge Stefanini, « Juges constitutionnels et doctrine (rapport français) », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2015, pp. 345-380

FAVOREU (L.)

L. Favoreu, « Cours suprêmes et cours constitutionnelles », In. L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004

L. Favoreu, « La décision d constitutionnalité », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 38, n°2, 1986, pp. 611-633

FELDMAN (D.)

D. Feldman, « Statutory interpretation and Constitutional Legislation », *Law Quaterley Review*, N. 130, Juillet 2014, p. 473-490

FINNIS (J.)

J. Finnis, « The Unconstitutionality of the Supreme Court's prorogation judgement », *Policy Exchange*, 28 septembre 2019, disponible à : <https://policyexchange.org.uk/publication/the-unconstitutionality-of-the-supreme-courts-prorogation-judgment/>

FORSYTH (C.)

C. F. Forsyth, « Beyond O'reilly v. Mackman: the foundations and nature of procedural exclusivity », *Cambridge Law Journal*, Vol 44, N. 3, November 1985. pp. 415-434

C. Forsyth, « Heat and Light: A Plea for Reconciliation », in C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution* Oxford: Hart Publishing, 2000

C. Forsyth and M. Elliott, « The Legitimacy of Judicial Review », *P.L.*, 2003, p.286.

FOSTER (C.)

C. Foster, « Cabinet Government in the Twentieth Century », *MLR*, Vol. 67, N°5, Septembre 2004, pp. 753-771

FRANKENBERG (G.)

G. Frankenberg, « Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law », *Harvard International Law Journal*, Vol. 26, n°2, 1985, pp. 439-448

FRIEDMAN (L. M.)

L. M. Friedman, « Some thoughts on Comparative Legal Cultures », In. D. S. Clark (dir), *Comparative and Private International Law: Essays in honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlin, Duncker and Humblot, 1990, p. 50

GABAYET (N.)

N. Gabayet, « Une page d'histoire de la pensée du droit administratif : le 'moment Dicey' », *Jus Politicum*, vol. 20-21, juillet 2018, pp. 415-443

GARDBAUM (S.)

S. Gardbaum, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », 49 *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001, pp. 707-758

GARDNER (J.)

J. Gardner, « Can be there a Written Constitution? », In. L. Green, B. Leiter (eds.) *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Volume 1, Oxford, OUP, 2011

GAUS (G. F.)

G. F. Gaus, « Liberalism and Reason », In., *Contemporary Theories of Liberalism : Public Reason as a Post-Enlightment Project*, SAGE publications, 2003, pp. 12-31

GEARTY (C. A.)

C. A. Gearty, « Reconciling Parliamentary democracy and human rights », *L. Q. R.*, 2002, p. 248

GEE (G.)

G. Gee, G. Webber, « What is a political constitution? », *Oxford journal of legal studies*, Vol. 30, N°2, 2010, pp. 273-299

G. Gee, G. Webber, « A Grammar of Public Law », *German Law Journal*, Vol. 14, n°12, 2013, pp. 2137-2156

GESLIN (A.)

A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015

GILBERT (S.)

S. Gilbert, « Les écoles doctrinales », In. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, LexisNexis, colloques & Débats, 2010, 246 p.

GOLDONI (M.)

M. Goldoni, C. McCorkindale, « Three Waves of Political Constitutionalism », *King's Law Journal*, Vol. 30, n°1, 2019, pp. 74-96

GOLDSWORTHY (J.)

- J. Goldsworthy, « Homogenising Constitutions », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n°3, 2003, pp. 483-505

GRAHAM (G.)

G. Graham, G. Webber, « A conservative disposition and Constitutional change », *OJLS*, Vol. 39, n. 3, 2019, pp. 526-552

GOFF (LORD)

Lord Goff, « The search for Principle », *The British Academy, Maccabaeian Lecture in Jurisprudence*, 5 mai 1983, publié in, The British Academy, London, 1984

GORDON (M.)

M. Gordon, « The UK's Sovereignty Situation: Brexit, Bewilderment and Beyond ... », *King's Law Journal*, Vol. 27, N°3, 2016, pp. 333-343

GOULBOURNE (S.)

S. Goulbourne, « Comparing Commonwealth Laws: The Role of the Commonwealth Legal Education Association in Meeting Some of the Challenges and Opportunities », *Law Teacher*, vol. 40, n°3, pp. 299-312

GRIFFITH (J. A. G.)

J. A. G. Griffith, « The political constitution », *The Modern Law Review*, Vol. 42, N. 1, Janvier 1979, pp. 1-21

GROGAN (J.)

J. Grogan, «Parliament still does not have the power to scurtinise the Coronavirus Act properly», LSE blog, 20 octobre 2020, disponible à : <https://blogs.lse.ac.uk/covid19/2020/10/30/parliament-still-does-not-have-the-power-to-scrutinise-the-coronavirus-act-2020-properly/>

GROSSWALD CURRAN (V.)

V. Grosswald Curran, « Comparative Law and Language », In . M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 676-714

HALE (LADY)

Lady Hale, «UK Constitutionalism on the March?», *Judicial review*, vol 19, n°4, 2014, pp. 201-210.

Lady Hale, « Judges, Power and Accountability – Constitutional Implications of Judicial Selection », *Constitutional Law Summer School, Belfast*, 11 août 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170811.pdf>

Lady Hale, « What is the United Kingdom Supreme Court for ? », Macfadyen Lecture 2019, Edinburgh, 28 mars 2019, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190328.pdf>

HAMEED (A.)

A. Hameed, « The rule of recognition and sources of law in Miller », *P. L.*, Janvier 2019, pp. 61-81

HALLIDAY (S.)

S. Halliday, «The Role of Empirical Research in the Study of UK Public Law», in. C. Hunter, *Integrating Socio Legal Studies into the Law Curriculum*, Londres, MacMillan, 2012, p. 3

HARLOW (C.)

C. Harlow, « 'Public' and 'Private' Law: Definition without distinction », *The Modern Law Review*, Vol. 43, N. 3, 1980, pp. 241-265

C. Harlow, « Le distinction public/privé dans le système juridique anglais », *Politique et Management Public*, vol. 5, n°1, 1987, pp. 199-215

C. Harlow, « Changing the Mindset: The place of Theory in English Administrative Law », *OJLS*, Vol. 14, N. 3, 1994, pp. 419-434

C. Harlow, C. Harlow, « The influence of Léon Duguit on Anglo American legal thought », In. F. Mellere (dir.), *Autour de Léon Duguit – Colloque commémoratif du 150e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit Bordeaux 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 227-254

C. Harlow, « The Human Rights Act and 'Coordinate construction': Toward a 'Parliament Square' Axis for Human Rights? », In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, Hart Publishing, 2016, 248 p., emplacement 4418-5056

HARRIS (B. V.)

B. V. Harris, « The "third source" of authority for Government action revisited », *Law Quaterley Review*, 2007, pp. 225-250

HARVEY (C.)

C. Harvey, « Modern Controversies in Public scholarship », *Cambridge Law Review*, vol. 27, pp. 81-88

HEARD (A.)

A. Heard, « Constitutional Conventions : the heart of the living Constitution », *Journal of Parliamentary and Political Law*, Vol. 6, 212, pp, 319-338

HERRERA (C. M.)

C. M. Herrera, A. Le Pillouer, « Faire l’histoire constitutionnelle : questions et problèmes », In. C. M. Herrera et A. Le Pillouer (eds.), *Comment écrit-on l’histoire constitutionnelle*, édition Kimé ,2012, pp. 7-17

HIBBITTS (B. J.)

B. J. Hibbitts, « The politics of principle : Albert Venn Dicey and the Rule of Law », *Anglo-American Law Review*, Vol. 23, N. 1, 1994, pp. 1-31

HIEBERT (J. L.)

Janet L. Hiebert, « New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights? », *Texas Law Review*, vol. 82, 2004

Janet L. Hiebert, « Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model? », *Modern Law Review*, vol. 69, n°1, 2006

HILL (J. L.)

J. L. Hill, « Tennyson’s ‘The Lady of Shalott’: the ambiguity of commitment», *The Centennial review*, vol. 12, n°4, 1968, pp.415-429

HODGE (LORD)

Lord Hodge, « The involvement of the public in the criminal process in the United Kingdom », Conférence à la Shanghai Jiao Tong University, 24 octobre 2018, Shanghai, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181024.pdf>

Lord Hodge, « Financial Technology: Opportunities and Challenges to Law and Regulation », Conférence donnée à la East China University of Political Science and Law, 26 octobre 2018, Shanghai, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181026.pdf>

HOGARTH (R.)

R. Hogarth, «Parliament’s role in the coronavirus crisis. Ensuring the government’s response is effective, legitimate and lawful », Institute for Government, *IfG Insight*, avril 2020, disponible à <https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/parliament-role-coronavirus.pdf>

HOPE OF CRAIGHEAD (LORD)

Lord Hope of Craighead, « Is the Rule of law now the Sovereign Principle? », In R. Rawlings, P. Leyland et A. L. Young (ed.), *Sovereignty and the Law*, Oxford, OUP, 2013, pp. 89-97

HOUGH (B.)

B. Hough, « Conventions and Democracy », *Anglo-American Law Review*, Vol 29, N. 328, 2000, pp. 368-393

JACONELLI (J.)

J. Jaconelli, « The nature of constitutional convention », *Legal studies*, 1999, pp

JOUANJAN (O.)

O. Jouanjan, « Avant propos. Le souci du social : le ‘moment 1900’ de la doctrine et de la pratique juridiques », in. O. Jouanjan, E. Zoller (dir.), *Le «moment 1900». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assa, colloque, 2015, pp.

JONES (B. C.)

B. C. Jones, « The rule of law in UK public Law textbooks: from critique to acceptance? », *P. L.*, Oct. 2018, pp. 594-604

JONES (O.)

O. Jones, « Statutory Interpretation : the case for a core subject », *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, Vol. 5, n°2, 2007, pp. 85-96

JOWELL (J.)

Jeffrey Jowell, «Administrative Law», In. Vernon Bogdanor (dir.), *The British Constitution in the twentieth century*, Great Britain, OUP, 2003, p. 375

JUDGE (D.)

D. Judge, « Public Petitions and the House of Commons », *Parliamentary Affairs*, Vol. 31, n°4, 1978, p.391–405

KAHN-FREUND (O.)

O. Kahn-Freund, « On uses and Misuses of Comparative Law », *Modern Law Review*, vol. 37, 1974, p. 1

KAR (R. B.)

R. B. Kar, « Hart's Response to Exclusive Legal Positivism », *The Georgetown Law Journal*, vol. 94, pp. 393-461, 2007, p. 397

KALYVAS (A.)

A. Kalyvas, « Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power », *Constellations*, Vol 12. N°2, 2005, pp. 223-244

KAVANAGH (A.)

A. Kavanagh, « Defending deference in public law and constitutional theory », *LQR*, Vol. 126, Avril 2010, pp. 222-250

A. Kavanagh, « What's so weak about the 'weak judicial review'? The case of the UK Human Rights Act 1998 », *International Journal of Constitutional law*, 2015, vol. 13, n°4, pp. 1008-1009.

A. Kavanagh, « The Role of Courts in the Joint Enterprise of Governing », In. In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, Hart Publishing, 2016, 248 p emplacement 3513-4069

KEITH (S.)

S Keith, « Comparative Law in the House of Lords and Supreme Court », *Common Law World Review*, vol. 42, n°3, 2013, pp. 269-296

KIRBY (M.)

M. Kirby, « The Lords, Tom Bingham and Australia », In. M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Tom Bingham and the Transformation of the Law – A liber Amicorum*, Oxford, OUP, 2009, pp. 713-729

KKNIGHT (C. J. S.)

C. J. S Knight, « Bi-polar sovereignty », *Cambridge Law Journal*, vol. 68, n°3, 2009, pp.361-387

KONSTANTADINIDES (T.)

T. Konstadinides, L. Marsons, « Covid-19 and its impact on the constitutional relationship between Government and Parliament », UK Constitutional Law Blog, 26 mars 2020, disponible à : <https://ukconstitutionallaw.org/2020/03/26/theodore-konstadinides-and-lee-marsons-covid-19-and-its-impact-on-the-constitutional-relationship-between-government-and-parliament/>

KREIN (D. F.)

D. F. Krein, « The Great Landowners in the House of Commons 1833-1885 », *Parliament History*, Vol. 32, n°3, 2013, pp. 460-476

LAGASSÉ (P.)

P. Lagassé, « Taming the Crown in Court: Waning Executive Dominance in the United Kingdom », *Policy Exchange Website*, 10 oct. 2019, disponible à : <https://policyexchange.org.uk/philippe-lagasse-taming-the-crown-in-court-waning-executive-dominance-in-the-united-kingdom/>

LAKIN (S.)

S. Lakin, « Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The controlling Factor of Legality in the British Constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28., N. 4, 2008, pp. 709-734

LASKI (S.)

H. Laski, « A Note on M. Duguit », *Harvard Law review*, Vol. 31, N°1, 1917, pp. 186-192

LAW (D. S.)

D. S. Law, « Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy », *University of Pennsylvania Law review*, vol. 164, n°4, 2015, pp. 927 – 1036

LAW (J.)

J. Law, E. A. Martin, « Doctrine of double effect », In : J. Law, E. A. Martin, *A dictionary of Law*, London, Oxford University Press, 7ed., 2009, [en ligne], <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199551248.001.0001/acref-9780199551248?btog=chap&hide=true&jumpTo=doc&page=128&pageSize=10&skipEditions=true&sort=titlesort&source=%2F10.1093%2F9780199551248.001.0001%2F9780199551248>, consulté le 12 septembre 2021

LAWS (SIR J.)

Sir J. Laws, « Law and Democracy », *P. L.*, 1995, pp. 72-93

Sir J. Laws, « The constitution: morals and rights », *P. L.*, Win 1996, pp. 622-635

LE DIVELLEC (A.)

A. Le Divellec, « Jus politicum : le droit ressaisi par la politique ? », nonfiction, janvier 2011, disponible à : <https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus-politicum-le-droit-ressaisi-par-la-politique.htm>

LEE (J.)

J. Lee, « A defence of concurring speeches », *Public Law*, 2009, pp 305-331

LEGRAND (P.)

P. Legrand, « Au lieu de soi », In. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits résolument*, Paris, PUF, 2009, 625 p., pp. 11-37

P. Legrand, « La comparaison des droits expliquées à mes étudiants » In. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits résolument*, Paris, PUF, 2009, 625 p.

LE PILLOUER (A.)

A. Le Pillouer, « ‘Droit politique’ et ‘Réalisme nanterrois’ Considérations sur la méthode et l’objet du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n°24, mai 2020, pp. 93-105

LE SUEUR (A.)

A. Le Sueur, « Developing mechanism for judicial accountability in the UK », *Legal Studies*, vol. 24, n°1, 2004, pp. 73-98

LESTER QC (A.)

A. Lester QC, « The judicial protection of Human rights in the Commonwealth », *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, Vol. 1, 2001, pp. 3-12

LINDAHL (H.)

H. Lindahl, « Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood », in M. Loughlin, N. Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, OUP, 2008, 328 p.

LOCHAK (D.)

D. Lochak, M. Troper, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », In. P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, coll. Léviathan, 1994., pp. 293-325

LOUGHLIN (M.)

M. Loughlin, « Tinkering with the constitution », *MLR*, Vol. 51, 1988, pp. 531-548

M. Loughlin, « The Functionalist Style in Public Law », *University of Toronto Law Journal*, University of Toronto Press, Vol.55, n. 3, été 2005, pp. 361-403

M. Loughlin, « Constituent power subverted: from English constitutional argument to British constitutional practice », In. M. Loughlin, N. Walker, *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, pp. 27 – 48

M. Loughlin, M. Loughlin, « Sumption's Assumptions », In. In. N W. Barber, R. Ekins, P. Yowell, *Lord Sumption and the Limits of the Law*, Hart Publishing, 2016, 248 p, emplacement 717 à 1194

M. Loughlin, « Political Jurisprudence », *Jus Politicum*, Vol. 16, juillet 2016, pp. 15-32

« The Political constitution revisited », *LSE Working Papers* 18/2017, 2017, disponible à : www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm

M. Loughlin, « The Political constitution revisited », *LSE Working Papers* 18/2017, 2017, disponible à : www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm

M. Loughlin, « On Constituent Power », In, M. W. Dowdle, M. A. Wilkinson, (eds.), *Constitutionalism beyond Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 27-48

M. Loughlin, « The State *conditio sine qua non* », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, n°4, 2018, pp. 1156-1163

MAC AMHLAIGH (C.)

C. Mac Amhlaigh, « Defending the Domain of Public law (against three critiques of the Public/Private Divide) », *Research Paper Series* N. 2012/29, University of Edinburgh – School of Law, 2012, p. 54

MADDICOTT (J. R.)

J. R. Maddicott, « Parliament and the People in Medieval England », *Parliamentary History*, Vol. 35, n° 3, 2016, pp. 336-351

MAGNON (X.)

X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil Constitutionnel ? », disponible à : <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/23/chevallier.pdf>

MAITLAND (F. W.)

F.W. Maitland, «The Crown as Corporation », *LQR*, Vol. 17, 1901, pp. 131-146

MALLESON (K.)

K. Malleson, « Diversity in the Judiciary: The case for positive action », *Journal of Law and Society*, Vol. 36, N°3, 2009, pp. 376-402

K. Malleson, « The evolving role of the Supreme court », *Public Law*, 2011, pp. 754-772

MANCE (LORD)

Lord Mance, « The Interface between National and European Law », *Second Lecture in honour of Sir Jeremy Lever QC*, 1st February 2013, disponible à <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130201.pdf>

Lord Mance, « The Rule of Law – Common Traditions and Common Issues », Discours pour les 175 ans de la fondation de la Cour Suprême des Pays-Bas disponible à <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131001.pdf>

MANNORI (L.)

L. Mannori, « Une histoire de la doctrine en droit administratif », In. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, Paris, lexisNexis Litec, coll. Débats et colloques, 2010

MARROU (H.I.)

H.-I. Marrou, « Doctrina et disciplina dans les langues des Pères de l'Église », *Arch. Lat. Med. Aev.*, vol. 9, 1934, pp. 5-25

MARSHALL (G.)

G. Marshall, « What is Parliament? The Changing concept of Parliamentary sovereignty », *Political Studies*, Volume 2, N. 3, Octobre 1954, pp. 193-209

MARTIN (D. M.)

D. M. Martin, « Romantic perspectivism in Tennyson's 'The Lady of Shalott' », *Victorian Poetry*, vol. 11, n°3, 1973, pp. 255-256

MASTERMAN (R.)

R. Masterman, « Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court », *Public Law*, Octobre 2013, pp. 800-820

R. Masterman, C. Murray, « A House of Cards? », *UK Constitutional Law Association Blog*, consulté le 19/12/2019, disponible à : <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/04/roger-masterman-and-colin-murray-a-house-of-cards/>

R. Masterman, S. Wheatle, « A common law resurgence in rights protection? », *European Human Rights Law Review*, 2015, vol. 1, pp. 57-65

MAVRONICOLA (N.)

N. Mavronicola, « The Mythologie and the Reality of Common Law Constitutional Rights to Bodily Integrity », in. M. Elliott, K. Hughes, *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020, emplacement 656-1363

MCAUSLAN (J.)

J. McAuslan, « Administrative law and administrative theory: the dismal performance of administrative lawyers », *Cambrian Law Review*, 1978

MCHARG (A.)

A. McHarg, « Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law », *The Modern Law Review*, No 6, Vol 71, Novembre 2008, pp. 853-877

A. McHarg, « Rights and democracy in UK public Law », in. D.Feldman, M. Elliott (ed.), *The Cambridge Companion to Public Law*, 2015, 294 p.

A. McHarg, « The Art of Judicial disguise », *Policy Exchange*, 30 septembre 2019, disponible <https://judicialpowerproject.org.uk/aileen-mcharg-the-art-of-judicial-disguise/>

MCLAY (G.)

G. McLay, « Toward a History of New Zealand Education », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 30, 1990, pp. 333-340

MCLEAN (J.)

J. McLean, « Hard power but soft law: second thoughts about the third source? », *UK Constitutional Law Association*, ressource en ligne, consultée le 30/08/2018, <https://ukconstitutionallaw.org/2014/02/27/janet-mclean-hard-power-but-soft-law-second-thoughts-about-the-third-source/>

MEGARRY (R.)

R. Megarry, « Administrative quasi-legislation », *L. Q. R.*, n°60, p.125

MEREU (N.)

N. Meru, « hyperlexis and the sources of government authority », *research paper laws 546: legislation*, 2015, *Faculty of Law Victoria University of Melbourne*, pp. 2-31

MILLARD (E.)

E. Millard, « Ce que ‘doctrine’ veut dire », In. AFDA, *La doctrine en droit administratif*, LexisNexis, Colloques & Débats, 2010, 246 p.

MIRKINE-GUETZEVITCH (B.)

B. Mirkine-Guetzevitch, « De l’‘Esprit des lois’ au constitutionnalisme moderne », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 4, n°2, 1952, pp. 205-216

MORGAN (K. O)

K. O. Morgan, « Britain in the Seventies – Our Unfinest Hour? », *Revue Française de Civilisation Britannique*, 2017, XXII, hors série, « The United Kingdom and the Crisis in the 1970s », disponible <https://journals.openedition.org/rfcb/1662>

MORISON (J.)

J. Morison, « Citizen Participation: A Critical Look at the Democratic Adequacy of Government Consultation » *Queen's University Belfast School of Law*, Research Paper 2019-23, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=3224400>

MORRIS (C.)

C. Morris « Removal from Parliament », *In. C. Morris, Parliamentary Elections, Rerepresentation and the Law*, Londres, Hart Publishing, 2012, 196 p.

MUIR-WATT (H.)

H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit compare », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 52, n°3, 2000, pp. 503-527

MUNRO (C. R.)

C. R. Munro, « Laws and Conventions Distinguished », *Law Quaterley Review*, N. 91; 1975, p. 215

NEUBERGER (LORD)

Lord Neuberger, « Judges and Professors – Ships passing in the night? », *Max Plank Insitute*, Hambourg, 9 juillet 2012

Lord Neuberger, « The role of the judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », *Conférence tenue à la Cour Suprême de Melbourne*, 8 août 2014, disponible en ligne à : <http://www.supremecourt.uk/docs/speech-140808.pdf>

Lord Neuberger, « Arbitration and the Rule of Law », *Chartered Insitute of Arbitrators Centenary Celebration*, 20 mars 2015, Hong Kong, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-150320.pdf>

- Lord Neuberger, « Is nothing secret? Confidentiality, Privacy, Freedom of Information and Whistleblowing in the Internet Age », *Conférence annuelle de la Singapore Academy of Law*, 21 septembre 2015, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-150921.pdf>

Lord Neuberger, « Has the identity of the English Common Law been eroded by EU law and the European Convention on Human Rights? », *Conférence à la National University of*

Singapore, 18 août 2016, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-160818-01.pdf>

Lord Neuberger, « The Role of the Judge: Umpire in a Contest, Seeker of the Truth or Something in Between? », Conférence donnée au Singapore Panel On Judicial Ethics and Dilemmas on the Bench, 19 août 2018, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-160819-04.pdf>

NICOL (D.)

D. Nicol, « Are Convention Rights a no-go Zone for Parliament? » *Public Law*, Autumn 2002, pp.438-448

NOLAN (D.)

D. Nolan, « Tort and public law: overlapping categories ? », *LQR*, 2019, Vol. 135, pp. 272-293

OCHOA ESPEJO (P.)

P. Ochoa Espejo, « Populism and the idea of the People », in C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo, P. Ostiguy (ed.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, OUP, 2017, pp. 607-628

OLIVER (D.)

D. Oliver, « Is the ultra vires the basis of judicial review?, *P. L.*, 1987, Winter, pp. 543-569

D. Oliver, « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », *RIDC*, 2-2001, pp. 327-338

OLSON (K.)

K. Olson, « Fragile collectivities, imagined sovereignties », in A. Badiou, P. Bourdieu, J. Butler, G. Didi-Huberman, S. Khiari, J. Rancière (ed), *What is a people?*, Chichester, Columbia University Press, 2013, p. 107

O'LEARY (B.)

B. O'Leary, « What Should Public Lawyers Do? », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 12, n°3, 1992, pp. 404-418

PALMER (S.)

S. Palmer, « Public, private and the human rights act 1998: an ideological divide », *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, N.3, November 2007, pp. 559–573

PERRY (A.)

A. Perry, « The Crown's Administrative Powers », *Law Quarterly Review*, 2015, vol. 131, pp. 652-672

PETERS (A.)

A. Peters, H. Schwenke, « Comparative Law beyond Post-Modernism », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n°4, 2000, pp. 800-834

PHILLIPS (O. H.)

O. H. Philipps, « Constitutional Conventions : Dicey's Predecessors », *The Modern Law Review*, 1966, vol 29, pp. 137-148

PHILLIPSON (G.)

G. Phillipson, « Brexit, prerogatives and the courts: Why did the political constitutionalists support the government side in Miller? », *University of Queensland Law Journal*, 2007, p. 311

PLATSAS (E.)

E. Platsas, D. Marrani, « On the Evolving and Dynamic Nature of UK Legal Education », In. C. Jamin, W. van Caeneghem (eds.), *The Internationalisation of Legal Education*, Suisse, Springer, 2016, pp. 299-309

PONTHOREAU (M.-C.)

M.-C. Ponthoreau, « Le recours à 'l'argument de droit comparé' par le juge constitutionnel – Quelques problèmes théoriques et techniques », In. F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 167-184

M.-C. Ponthoreau, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *VIIe Congrès mondial de l'AIDC*, Athènes, 11-15 juin 2007

M.-C. Ponthoreau, « L'énigme de la motivation », In. F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau, *La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruxelles, Buylant, 2012, pp. 5-24

M.-C. Ponthoreau, « La fin du nationalisme pédagogique. Quels changements pour enseigner le droit, demain ? », In. M. C. Ponthoreau (dir.), *La dénationalisation de l'enseignement juridique – Comparaison des pratiques*, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloque et Essais, 2016, pp. 7-23

PICARD (E.)

E. Picard, « 'Science du droit' ou 'doctrine juridique' », In. J.-B. Auby, J.-M. Auby, J.-J. Bienvenu (dir.), *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 119-171

POOLE (T.)

T. Poole, « Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *OJLS*, Vol. 3, N. 3, 2003, pp. 435-454

T. Poole, « Questioning common law constitutionalism », *Legal Studies*, Vol. 25, n. 1, mars 2005, pp. 142-163

T. Poole, « Harnessing the Power of the Past: Lord Hoffmann and the Belmarsh Detainees Case », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n°4, 2005, pp. 534-561

T. Poole, « Tilting at Windmills? Truth and Illusions in "The Political Constitution" », *Modern Law Review*, n°70, vol. 2, 2007, pp. 250-277

T. Poole, « United Kingdom : The royal prerogative », *I-CON*, Vol. 8, n° 1, 2010, pp. 146-155

T. Poole, « Devolution to Legalism », *The Modern Law Review*, Vol. 80, N. 4, 2017, pp. 685-745

POUND (R.)

R. Pound, « Classification of Law », *Harvard Law Review*, p. 940

PYWELL (S.)

S. Pywell, « Something old, something new : busting some myths about statutory instruments and Brexit », *P. L.*, Issue 1, 2019

REED (LORD)

Lord Reed, « Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom », Conférence donnée au Centre for Private Law, Université d'Edimbourg, 13 Octobre 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-171013.pdf>

REID (LORD)

Lord Reid, « The Law and the Reasonable Man », *Proceedings of the British Academy*, 1968, p. 193

Lord Reid, « The Judge as a Law Maker », *JSPTL*, N° 22, 1972, pp. 22 - 29

RICHARDSON (H. G.)

H. G. Richardson, « The English Coronation Oath », *Transactions of the Royal Historical Society*, N°23, 1941, p. 131

RINGEISEN-BIARDEAUD (J.)

Juliette Ringeisen-Biardeaud, « “Let’s take back control”: Brexit and the Debate on Sovereignty », *Revue Française de Civilisation Britannique* [En ligne], XXII-2 | 2017, mis en ligne le 30 mai 2017, consulté le 16 septembre 2019. URL: <http://journals.openedition.org/rfcb/1319>

RIVERO (J.)

J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Dalloz*, chronique XXIII, 1951, p. 99 et suiv.

J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1957

ROBSON (W.)

W. Robson, « The Report of the Committee on Ministers’ Powers », *The Political Quarterly Review*, July 1932, p. 351

RODGER (LORD)

Lord Rodger of Earlsferry, « Judges and Academics in the United Kingdom », *University of Queensland Law Journal*, vol. 29 (1), 2010, p. 29

RODRIGUEZ-BLANCO (V.)

V. Rodriguez-Blanco, « Is Finnis Wrong? Understanding Normative Jurisprudence », *Legal Theory*, vol. 13, 2007, pp. 257-283

ROSENFELD (M.)

M. Rosenfeld, « Constitutional identity », In. M. Rosenfeld, A. Sajo (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012, pp. 756-773

ROWBOTTOM (J.)

J. Rowbottom, « Freedom of expression and the right to vote: the common law constitution », in. M. Elliot, K. Huges, *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020, emplacement 3249-3997

ROYNIER (C.)

C. Roynier, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *Jus Politicum*, N. 17, 2017, pp. 473-488

C. Roynier, E. Lemaire, C. Guérin-Bargues, « Porpos introductifs », *Jus Politicum*, n°24, mai 2020, pp. 5-9

RUEDA (F.)

F. Rueda, « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », *In. F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau, La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruxelles, Buylant, 2012, pp. 263-280

RUSSEL (M.)

M. Russel, D. Gover, K. Wollter, « Does the Executive Dominate the Westminster Legislative Process?: Six Reasons for Doubts », *Parliamentary Affairs*, Vol. 69, 2016, pp. 286-308

SALES (SIR. P.)

Sir P. Sales, « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *Statute Law Society Conference*, Belfast, 2008, disponible à http://www.statutelawsociety.co.uk/wp-content/uploads/2014/01/A_comparison_of_the_principle_of_legality_and_section_3_of_the_Human_Rights_Act_1998_Mr_Justice_Sales.pdf

Sir P. Sales, K. Steyn, « Legitimate expectations in English public law: an analysis », *P.L.*, 2004, pp. 564-593

Sir P. Sales, « Judges and Legislature: Values into Law », *CLJ*, Vol. 71, N°2, 2012, pp. 287-296

Sir P. Sales, « Legalism in constitutional law: judging in a democracy », *PL*, Oct., 2018, pp. 687-707

SAMUEL (G.)

G. Samuel, « Public and Private Law : A Private Lawyer's Response », *The Modern Law Review*, sept. 1983, pp. 558-583

SCHRAMECK (O.)

O. Schrameck, « Décisions du Conseil Constitutionnel », *AJDA*, 1995, p. 517

SEDLEY (SIR S.)

Sir S. Sedley, « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *Public Law*, 1995, pp. 386-400

Sir S. Sedley, « The Common Law and the Constitution », In. Lod Nolan and Sir S. Sedley, *The Making and Remaking of the British Constitution*, Londres, Sweet and Maxwell, 1997, p. 26

SEFTON-GREEN (R.)

R. Sefton-Green, « Le regard d'une juriste du Common Law », In. F. Audren, S. Barbou des Places, *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, col. Contextes Culture du droit, 2018, pp. 61-73

SEYMOUR-URE (C.)

C. Seymour-Ure, « The 'Disintegration' of the Cabinet and the neglected question of Cabinet reform », *Parliamentary Affairs*, 1971, pp. 196-207

SKINNER (Q.)

Q. Skinner, « A Genealogy of the Modern State », *Proceedings of the British Academy*, vol. 162, 2009, pp. 325-370

SLAUGHTER (A.-M.)

A.-M. Slaughter, « A typology of Transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1994, n°1, pp. 99-137

A.-M. Slaughter, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n°1, 2003, pp. 191-219

STEYN (J.)

« A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n°1, 2003, pp. 191-219

STRAMIGONI (I.)

I. Stramigoni, « Le regard de la comparaison : Nietzsche, Heidegger, Derrida », In. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, 630 p.

SUMPTION (LORD)

Lord Sumption, « The disunited kingdom: England, Ireland and Scotland », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, N°1, pp. 139-158

SUNKIN (M.)

M. Sunkin, S. Payne, « The Nature of the Crown : an Overview », In., M. Sunkins, S. Payne (éd.), *The Nature of the Crown*, Oxford, OUP, 1999, p. 1

TAGGART (M.)

M. Taggart, « Reinvented government, traffic lights and the convergence of public and private law », *Public Law*, Spring, 1999, pp. 124-138

M. Taggart, « Proportionality, Deference, Wednesbury », *New Zealand Law Review*, 2008, pp. 422-480

TEUBNER (G.)

G. Teubner, « Juridification: Concepts, Aspects, Limits, solutions » In G. Teubner (ed.), *Juridification of social spheres*, De Gruyter, Berlin, 1988

THORNTON (M.)

M. Thornton, « The Demise of Diversity in Legal Education: Globalisation and the New Knowledge Economy », *International Journal of the Legal Profession*, vol. 31, 2001, pp. 37-56

TIERNEY (S.)

S. Tierney, « ‘We the People’: Constituent Power and Constitutionalism in Plurinational States », in M. Loughlin, N. Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, OUP, 2008, 328 p.

S. Tierney, « Direct democracy in the United Kingdom: reflections from the Scottish independence referendum », *PL*, 2015, pp. 633-651

S. Tierney, « The Legislative supremacy of Government », *UK Constitutional Law Association*, consulté le 5 janvier 2019 à: <https://ukconstitutionallaw.org/2018/07/03/stephen-tierney-the-legislative-supremacy-of-government/>

S. Tierney, « Turning political principles into legal rules: the unconvincing alchemy of the Miller/Cherry decision », *Policy Exchange*, 30 septembre 2019, <https://policyexchange.org.uk/stephen-tierney-turning-political-principles-into-legal-rules-the-unconvincing-alchemy-of-the-miller-cherry-decision/>

S. Tierney, J. King, « The coronavirus Bill », *UK Constitutional Law Blog*, 24 mars 2020, disponible à: <https://ukconstitutionallaw.org/2020/03/24/stephen-tierney-and-jeff-king-the-coronavirus-bill/>

TOMKINS (A.)

A. Tomkins, « In defence of the political constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, n° 1, 2002, pp. 157-175

A. Tomkins, « What is a Parliament for ? », In., *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Ed. N. Bamforth and P. Leyland, London, Hart Publishing, 2003, pp. 53–78

A. Tomkins, « The struggle to delimit executive power in Britain », In. P. Craig, A. Tomkins, *The Executive and the Public Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 16-51

A. Tomkins, « The English Historical Constitution: Continuity, change and European Effect by JWF Allison », *Modern Law Review*, vol. 71, 2008, n°6, pp. 1038-1042

A. Tomkins, « The role of the Courts in the political constitution », *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, No. 1, 2010, pp. 1-22

A. Tomkins, « What's left of the Political Constitution? », *German Law Journal*, Vol. 14, 2013, p. 2275

TOULSON (LORD)

Lord Toulson « Fundamental Rights and the Common Law », *Fundamental Rights Conference : A Public Law perspective*, LSE, 10 octobre 2015, disponible à <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-151010.pdf>

TOUZEIL-DIVINA (M.)

M. Touzeil-Divina, « École (de droit) », in., *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, 2017, p. 156.

TUSHNET (M.)

M. Tushnet, «Democratic founding : We the people and the others – a reply to Hans Agné », *ICON*, vol. 10, n°3, 2012, pp. 862-865

M. Tushnet, «Varieties of constitutionalism», *International Journal of constitutional law*, vol. 16, 2014, pp. 1-5

UNGER (R.)

R. Unger, « The Critical Legal Studies Movement », *Harvard Law Review*, Vol. 96, n°3, 1983, pp. 561-675

VAN HOEKE (M.)

M. Van Hoecke, M. Warrington, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol 47, n°3, 1998, pp. 495-536

VARUHAS (J. N. E.)

J. N. E. Varuhas, « Taxonomy and Public Law », *Melbourne Legal Studies Research Paper Series*, N. 789, 35 p.

J. N. E. Varuhas, « The Public Interest Conception of Public Law: its procedural origins and substantive implications », *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge, paper n. 64/2014, octobre 2014, 35 p.

J. N. E. Varuhas, « The principle of legality », *C.L.J.*, vol. 79, n° 3, 2020

J. N. E. Varuhas, S. Wilson Stark, « Introduction : The Frontiers of Public Law », In. *The Frontiers of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 10-34

VEDEL (G.)

G. Vedel, « Jurisprudence et doctrine : Deux discours », *La Revue administrative*, 1997, pp. 7-12.

VERMEULE (A.)

A. Vermeule, « Conventions in Court », *38 Dublin University. Law Journal*, 2015, p. 283

VERPEAUX (A.)

M. Verpeaux, « Quelle constitution anglaise ? 1748-1848 », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD/ Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, pp.303-316

VICK (D. W.)

D. W. Vick, « Interdisciplinarity and the Discipline of Law », *Journal of Law and Society*, 2004, p. 173

WADE (H. W. R.)

H. W. R. Wade, « The basis of Legal Sovereignty », *Cambridge Law Journal*, Volume 13, N. 2, novembre 1955, pp.172-197

H. W. R. Wade, « Law, Opinion and Administration », *LQR*, vol. 78, 1962, p. 189

H. W. R. Wade, « Sovereignty – revolution or evolution? », *LQR*, 1996, Vol. 112, pp. 568-575

H. W. R. Wade, « The Crown, Ministers and Officials », In. M. Sunstein, S. Payne (éd.), *The Nature of the Crown*, Oxford, OUP, 1999, p. 24

WALDRON (J.)

J. Waldron, « The dignity of Legislation », *Maryland Law Review*, Vol. 54, N°2, pp 633-665

J. Waldron, « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale Law Journal*, Vol. 115, N. 6, 2006, pp. 1346-1406

WALKER (N.)

N. Walker, « Beyond the unitary conception of the United Kingdom Constitution? », *PL*, août 2000, pp. 384-404

N. Walker, « Our constitutional unsettlement », *P. L.*, 2014, pp. 529-548

WATSON (A.)

A. Watson, « Aspects of Reception of Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, 1996, p. 335

WHEATLE (S. S.)

S. S. Wheatle, « Access to Justice: from judicial empowerment to Public Empowerment », in M. Elliott, K. Hughes, *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020, emplacement 1364-1940.

WILLIAM (D. G. T.)

D. G. T. Williams, « The Donoughmore report in retrospect », *Public Administration*, vol. 60, 1982, pp. 273-292, p. 273

WEILL (R.)

R. Weill, « We the British people », *PL*, 2004, pp. 380-406

WILSON (G.)

G. Wilson, « Postscript », M. Nolan, S. Sedley, *The Making and Remaking of the British Constitution*, Oxford, OUP, 1997, pp. 128-129

WOOLF (H.)

H. Woolf, « Public law – private law: why the divide? – a personal view », *P. L.*, 1986, pp. 220-238

YOWELL (P.)

P. Yowell, « Miller No2 and political questions », Policy Exchange, 30 septembre 2019, Disponible à : <http://judicialpowerproject.org.uk/paul-yowell-miller-no-2-and-political-questions/>

YOUNG (A L.)

A. L. Young, « R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union: Thriller or Vanilla? », *European Law Review*, n. 42, 2017, p. 280

A. L. Young, « Parliamentary Sovereignty Re-defined », in R. Rawlings, P. Leyland et A. L. Young (ed.), *Sovereignty and the Law*, Oxford, OUP, 2013

A. L. Young, « Populism and the UK constitution », *Current Legal Problems*, Vol. 71, N°1, 2018, pp. 17-52

A. L. Young, « Parliament, The Executive and the Judiciary », In. J. Jowell and C. O’Cinneide (dir.), *The Changing Constitution*, Oxford, OUP, 9th ed., 2019, pp. 325-357

A. L. Young, « Deftly guarding the constitution », Policy Exchange, 29 septembre 2019 disponible à : <http://judicialpowerproject.org.uk/alison-young-deftly-guarding-the-constitution/>

A. L. Young, « Deftly guarding the constitution », Policy Exchange, 29 septembre 2019 disponible à : <http://judicialpowerproject.org.uk/alison-young-deftly-guarding-the-constitution/>

A. Young, G. Gee, « Brexit : Regaining Sovereignty ? Brexit, the UK Parliament and the Common Law », *European Public Law*, Vol. 22, N° 1, 2016, pp. 131–147

ZOLLER (É.)

É. Zoller, « Qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 121-134

III- RAPPORTS

CONSTITUTION COMMITTEE

Constitution Committee le 23 septembre 2020, voir en ce sens House of Lords, « United kingdom internal Market Bill », 23 septembre 2020, disponible à : <https://parliamentlive.tv/Event/Index/3ddda0b2-61ec-4725-b34c-98918c04637c>

HALE (HALE)

Lady Hale, « Equality in the Judiciary », *Kuttan Menon Memorial Lecture*, 21 février 2013, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130221.pdf>

JOHNSTON (N.)

N. Johnston, R. Kelly, « Recall elections », *House of Commons Library, Briefing Paper*, n° 5089, 21 Août 2019, disponible à : <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01186>

MANCE (LORD)

Lord Mance, « The Role of Judges in a Representative Democracy », *Judicial Committee of the Privy Council's Fourth Sitting in Bahamas*, 24 février 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170224.pdf>, pt. 18

HOUSE OF LORDS CONSTITUTION COMMITTEE

House of Lords Constitution Committee, « European Union (Withdrawal) Bill: Interim Report », 7 septembre 2017, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldconst/19/19.pdf>

HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION

House of Lords, Select Committee on the constitution, « The Legislative process: The delegation of Powers », 16th Report of session 2017-19, 20 novembre 2018

House of Lords select committee on the constitution, «COVID-19 and the use and scrutiny of emergency powers», House of Lords reports, 3rd Report Session 2021-22, disponible à :

<https://committees.parliament.uk/publications/6212/documents/69015/default/>

Select Committee on the Constitution de la House of Lords le 1^{er} février 2017, voir en ce sens House of Lords, « Corrected oral evidence : The Legislative Process », 1^{er} février 2017, disponible à :

<http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/constitution-committee/legislative-process/oral/46640.html>

SOCIETY OF LEGAL SCHOLARS

Society of Legal Scholars, « Brexit and the (Northern) Law School », Liverpool workshop, 14 juin 2017, <https://www.legalscholars.ac.uk/brexit-law-school-seminars/>

UNITED KINGDOM SUPREME COURT

« The Supreme Court Annual Report and Accounts 2016-2017, publié le 29 juin 2017, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2016-17.pdf>

« The Supreme Court Annual Report and Accounts 2017-2018 », publié le 5 juin 2018, disponible à : <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2017-18.pdf>

« The Supreme Court Annual Report and Account – 2019-2020 », 17 septembre 2020, disponible à <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2019-20.pdf>

INDEX THÉMATIQUE

A

Act of Union 1707, 149, 151
Amber light theorists, 412-414

B

Bill of Rights britannique, 184,191
Brexit, 21, 156, 160, 230, 241, 247-250,
315, 316, 319, 321, 325, 326, 327, 329,
344, 346, 357, 366, 435

C

Civil liberties, 177, 178, 179, 188
droit de propriété, 179, 180
liberté d'association, 180
liberté de la presse, 180
limites, 181-183
Common law, 151-152, 158, 203, 205,
275, 548
case laws, 84-85, 141, 195
Cour Suprême du Canada, 119
de droit public, 85-90, 163, 517-521
common law turn, 560
common law constitutional rights Voir
Common law constitutional rights
histoire, 480
juges, 87, 89, 92, 93, 97, 103, 127, 159,
161, 167, 322, 364, 513
libertés, 178-79, 184
morale, 88-89, 429
norme, 72, 75, 76, 84, 87, 97, 159, 160
raisonnement, 88
remedies, 195
systèmes, 65, 116, 188, 593
tradition, 582
Common law constitutional rights, 89,
546, 552, 559, 594
Common law constitutionalism, 76, 87-98,
113, 118, 120, 130, 137, 159, 165, 169,
175-176, 258-259, 261-264, 271, 273,
281-282, 288-289, 312, 330, 331, 347,

364, 367, 424-425, 428, 429-432, 472,
474, 498, 500

Commonwealth, 130, 145, 151, 152, 155,
169, 188, 591, 613

Afrique du Sud, 152, 158

Australie, 151-152, 158, 586

Canada, 598

modèle de justice constitutionnelle, 192,
560

Conseil Constitutionnel

doctrine, 509, 513, 523, 538

Conseil d'Etat

doctrine organique, 510, 512, 513

Constitution

ancienne constitution, 219

constitution aristocratique, 77

constitution britannique, 145

constitution démocratique, 77

constitution formelle, 18, 105

constitution française, 106

constitution historique, 105, 479

constitution impériale, 145

constitution moderne, 18

constitution traditionnelle, 105

constitution volontariste, 68, 480

identité constitutionnelle, 247, 249-254

mythes constitutionnels, 62-63, 221,
289, 667

"nouvelle constitution britannique", 21

Constitutional Reform Act 2005, 175, 515

Constitutionnalisme, 60, 64, 69, 409

common law constitutionalism Voir

Common law constitutionalism

définition, 560

Dicey, 76

France, 18

legal constitutionalism Voir *Legal*

Constitutionnalism

political constitutionalism Voir *Political*
constitutionalism

Contrôle populaire des élus, 357, 358

Convention EDH, 69, 80, 98, 100, 161, 169, 176-178, 183-186, 191, 204, 205, 520, 582

article 6 alinéa 1, 323

article 6(1), 514

Conventions de la constitution, 105, 121-124, 135, 154, 305, 357

cristallisation dans le droit, 114-120

définition, 106-107

Education convention, 109, 117

France, 106

nature, 107, 109-113, 115, 118

precedents, 109-110

rôle dans l'interprétation des lois, 117

Sewel convention, 110, 117

test de Jennings, 110-112

utilisation par le juge, 117

Cour Suprême du Royaume-Uni, 60, 117, 175, 359, 361, 514

New internationalism, 588-594

doctrine, 513, 577

Couronne, 78, 91, 118, 182, 248, 254, 289-303, 311-312, 322-324, 366

Cabinet Committees, 308

Civil service, 308, 310

concept juridique, 296, 297, 302

contrôle, 147, 163

Etat, 300

histoire, 147, 296, 297, 294, 300

immunité, 85, 147, 166, 295

pouvoirs, 80, 132, 146

Premier ministre, 306-310

prerogative rights, 132

Privy Council, 304

respect du droit, 147

responsabilité gouvernementale, 320

souveraineté du monarque, 147

système du Cabinet, 108, 303-310

théorie des deux corps du Roi, 296, 298, 300

whip, 306, 315

Critical Legal Studies, 27, 246

D

***Delegated legislations*, 78-79, 84-87, 124, 127-129, 168**

***Devolution*, 69, 74, 80, 119, 238, 252-253, 263, 340, 343, 350, 670**

Dialogue transjudiciaire, 589, 591, 593, 595, 598

Diplomatie judiciaire, 600

Discipline juridique, 241, 671

définition, 36

droit public anglais, 241

droit public britannique, 40, 41, 42, 242, 506

identité disciplinaire, 241

matrice disciplinaire, 220, 241, 289, 290, 367, 506, 580, 668

socialisation, 242

Discours orthodoxe Voir Modèle orthodoxe

Distinction droit public/droit privé, 194-195, 202-205, 207

exception procédurale, 202, 203

Doctrine, 21, 23, 31, 48, 53, 220, 376, 503, 672

académique, 46

Black letters, 33, 43, 174, 246

cartographie doctrinale, 381, 386, 395, 411, 416-424, 431-437, 441, 469

communauté scientifique, 46

conception française, 32

consensus majoritaire, 46, 668

courant droit politique Voir Droit politique

courants doctrinaux, 46

crise doctrinale, 47, 58, 507, 670

définition, 20, 22, 30-35, 45

définition privatiste, 45

définition publiciste, 45

dialogue doctrinal, 532

doctrine organique, 60, 504, 510, 512-514, 577, 514, 582, 663

doctrine publiciste britannique, 20, 22, 34, 42, 46, 48, 57, 66, 672

doctrine publiciste française, 672, 509

écoles doctrinales, 46, 393, 394, 409, 667

fonction identitaire, 579

fonction idéologique, 579

fonction scientifique, 579

matrice doctrinale globale, 46, 47

moment 1900, 389

notion de corps, 47

pluralisme doctrinal, 424

programme doctrinal, 58 141, 376, 378, 580

rationalisation, 44

regard français, 58, 62

scientificité du discours, 25, 63-64, 141, 211
 tournant contentieux, 510
 tournant théorique, 47, 65, 410, 417, 465, 506, 510, 538, 577
 tradition contestataire, 63, 377, 378-383, 392, 423
 valeurs, 221

Droit administratif britannique, 40, 69, 74, 121, 163, 166, 195, 242, 498, 666
 contrôle formel, 166-168
 contrôle substantiel, 166
 doctrine de l'*ultra vires*, 426
Donoughmore Committee, 403, 404
 fairness, 85
Frank Committee, 405
grounds for review, 168
 histoire, 86, 395-398, 400, 401-404
 pratique administrative, 123, 130
 prerogatives *Voir* prerogative rights
 quasi-législations *Voir* Quasi-législations
 sources, 73
 système des Tribunaux, 102, 402, 404
 troisième source, 122, 131-135

Droit comparé, 666, 667
 approche culturelle, 52
 construction de la comparaison, 49
deep level comparison, 53
 emprunt juridique, 176, 202
 histoire, 51
 limites, 55
 perspective, 55
 perspective française, 19
 regard de retour, 50, 57, 667
 traces, 222
 traces négatives, 291
 traces positives, 291
 traduction, 186

Droit constitutionnel britannique, 21, 74, 121
 codification, 84
 Constitution moderne, 77
 conventions de la constitution *Voir* Conventions de la constitution
 crises, 366
 dynamiques contemporaines, 19
 histoire, 232
 notion, 64, 68
 nouvelle constitution, 100

Droit constitutionnel français, 18
Droit de l'Union européenne, 80, 82, 83, 142, 145, 159, 161, 169, 171, 176, 204, 211
 Brexit *Voir* Brexit
 contrôle de conventionnalité des lois
Voir Judicial review
 Cour de Justice, 99
EU retained laws, 100
European Communities Act 1972, 80, 81, 98, 100, 118, 142, 153, 154, 155, 185
 effet direct, 81
 européanisation, 21, 74, 98, 119, 144
 primauté, 81

Droit de pétition, 353-356
 histoire, 353

Droit politique, 19, 138, 312, 378

Droit public britannique, 19, 40, 47, 58, 219, 220, 240, 255, 275, 579, 666
 définition, 242, 381
 Etat administratif, 69, 74, 85, 120, 125, 160, 278
 notion, 64, 68, 72
 regard français, 19
soft law, 74, 105, 122, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 135
 sources, 68, 70, 74, 75, 76, 78, 82, 83, 84, 90, 100, 104, 105, 121, 137
 tournant théorique, 255

Droits et libertés fondamentaux, 101, 103, 255, 261
 convention rights, 101, 171, 186, 187, 270, 547

DWORKIN, Ronald, 455

E

Enseignement juridique au Royaume-Uni, 277, 443, 444, 485, 461, 662
 histoire, 37, 38, 243, 246

Epistémologie, 22, 26, 54, 219
 catégories juridiques, 64, 68, 70, 72, 74, 137, 141, 202, 219
 construction du discours, 63, 65, 70
 constructiviste, 50, 52
 critique, 50
 démarche analytique, 64, 68
 épistémologie du droit, 31
 falsification, 31
 objet du discours, 24, 37

paradigme, 241
police du discours, 27, 64, 68, 72, 89,
137, 367
Police externe du discours, 141
Police interne du discours, 141
rationalisme, 282
représentation, 23
structure du discours, 580
tournant théorique, 65
validation empirique, 28
validité, 140, 142, 220, 239, 668
vérédiction, 290, 369

F

***Fabian society*, 390-391**
**Fonctionnalisme, 63, 381, 386, 389, 407,
408, 415, 416**
approche sociale, 383, 387, 391, 392
définition, 386
Léon Duguit, 390
style, 394, 395

G

General elections, 355
Glorieuse Révolution, 77, 148
Green light theorists, 384, 406, 412, 414

H

**Human Rights Act 1998, 80, 98-100, 142,
169, 170-175, 185, 186, 192, 206-207,
344, 356, 360, 434, 508, 514, 520, 546,
549, 670**
article 10, 187
article 2, 588
article 3, 101-103, 187-191, 270
article 4, 101-103, 187-191, 269
article 6, 205, 206, 270, 324
déclaration de conventionnalité (article
19), 187
déclaration de droits, 178
déclaration d'incompatibilité, 102
pure public authorities, 205

I

Interdisciplinarité, 671
Interprétation des lois, 91
conventions de la constitution *Voir*
Conventions de la constitution

golden rule, 93, 94
judicial deference, 103
literal rule, 91, 92, 93, 94, 96
méthode moderne, 91
méthodes européanisées, 98, 100, 103
mischief rule, 94
reading down, 103
reading in, 102

J

**Judicial review, 21, 85-87, 91, 121, 123,
129, 167, 168, 171, 196, 202, 204, 206,
207, 309, 324, 325, 426, 429, 508, 666**
contrôle de conventionnalité, 98
contrôle de conventionnalité des lois,
100
contrôle matériel, 171
conventions de la constitution, 116
distinction appeal/review, 269
droit administratif, 103, 122, 135, 165,
168
Etats-Unis, 165
judicial deference, 149, 171-173, 188-
190, 269
judicial restraint *Voir* judicial deference
Legitimate expectations, 169, 172
origines, 147, 165, 166, 167
principe de proportionnalité, 169, 170
principle of legality, 563-572
prohibiting order, 196
quashing order, 196
réforme, 195, 196
Juges, 366
légitimité, 358
mode de désignation, 361, 362
représentativité, 360, 363
responsabilité, 361, 365
***Jurisprudence*, 174, 443, 444, 503**
Austin, 72, 75
définition, 445, 446, 452
Hart, 75
interdisciplinarité, 459, 461, 464, 465,
467
prescriptive, 458
théorie du droit, 447
tournant théorique, 47

K

King-in-Parliament Voir Souveraineté du Parlement

L

Legal constitutionalism, 76, 83, 87-90, 102, 120, 137, 143, 256-262, 289, 424, 431, 432, 435, 670

Legislative intent Voir volonté du parlement

Libéralisme, 69, 233, 262, 282, 669, 670

contractualisme, 260

Dicey, 63

libéralisme classique, 288

libéralisme période victorienne, 162

New liberalism, 391

whig, 338, 350

Whig, 62, 64, 148, 162, 338, 350

London School of Economics, 185, 245, 261, 309, 338, 385, 390-393, 405-406, 415-417, 669

M

Magna Carta 1215, 146, 165, 179, 181, 481

Méthode, 23, 64, 241, 668

droit comparé, 49, 54

jurisprudence *Voir* Jurisprudence

méthode historique, 295, 477, 481, 483, 497, 499, 501, 502

Modèle orthodoxe, 63, 68, 70, 73, 74, 104, 118, 121, 130, 131, 137, 140, 142, 143, 176, 185, 211, 219, 233, 238, 239, 256, 258, 259, 265, 273, 274, 290, 311, 358, 366, 367, 398, 403, 409, 442, 478, 506, 577, 668

conventions de la constitution, 116

crise, 63, 64, 80, 86, 89, 91, 95, 98, 100, 169

Dicey, 84

droit administratif, 125, 126

exécutif, 293, 295

fonction disciplinaire, 222

fonction identitaire, 240, 289, 669

fonction idéologique, 222, 669, 670

fonction politique, 289

fonction scientifique, 219, 220, 222, 239, 288

grammaire, 274, 281

identité, 140, 141

modèle diceyen, 64, 69, 72, 74, 84, 91, 114, 122, 143, 164, 177, 182, 222, 238, 338, 408

modèle diceyen, 172-242

rationalisme, 275-281

résilience, 219

Rule of law, 68-70, 142, 160, 164, 168

silences, 291, 292

Souveraineté du Parlement, 68, 70, 75, 78, 79, 81, 82, 83, 90, 130, 142, 144, 149, 152, 153, 158

structure, 75, 90, 140, 141, 143

ultra vires (doctrine de l'), 86

vocabulaire, 274

N

New localism, 350

P

Parlement, 68, 73-78, 91, 126, 134, 145, 187-188, 254, 259, 261-263, 272, 289, 314, 355, 560

Chambre des Communes, 108, 161, 226, 230

Chambre des Lords, 93, 96, 108, 157, 189, 226, 230

contrôle politique, 320, 321

Equal Franchise Act 1928, 227

General elections, 229, 352

Hansard, 94

histoire, 145, 147, 148, 224, 225, 226, 228, 301, 352, 354

Parliament Act 1911, 157, 229, 230

Parliament Act 1949, 157

Queen-in-Parliament, 225

Reform Act 1832, 225

Representation of the People ACT 1918, 227

représentativité des MP, 352

volonté du Parlement, 91, 95, 182

Peuple, 229,-233, 291-292, 332, 355, 366-367

acteur constitutionnel, 349, 350, 351

communautés infraétatiques, 341

définition, 332, 333, 340

demos, 332, 340, 342, 343

Levellers, 336-338, 357

Nations, 342, 343

populisme, 345, 347

pouvoir constituant, 334
référendum, 229
souverain politique, 224, 231
souveraineté politique, 225, 228
veto populaire, 225, 229

Political constitutionalism, 185, 256-259, 264, 269, 281, 312, 324, 331, 348, 364, 367, 420, 424, 430, 431, 432, 473, 670

démocratie, 263, 264
liberté comme non-domination, 271
libertés comme non-domination, 267
Parlement, 264
particularisme britannique *Voir*
Constitutionnalisme
première vague, 261
républicanisme, 263- 270
responsabilité politique du
gouvernement, 267
seconde vague, 263
souveraineté du Parlement, 266, 271

Positivisme, 23-27, 51, 72, 137, 219, 258, 276, 305, 367, 668-669

approche analytique, 107
Austin, 72
Dicey, 64, 68
Hart, 75
positivisme inclusif, 452
positivisme exclusif, 452

Pouvoir exécutif *Voir* Couronne, *Voir* Couronne

Q

Quasi-législations, 105, 122-129

R

Red light theorists, 384, 412, 414

Référendums, 230, 340-345, 356
référendums locaux, 350

Royal prerogatives, 85

Rule of Law, 41, 59, 68, 70, 141-142, 160, 169, 173, 177, 182, 190, 194, 211, 224, 235, 237, 244, 263-265, 269-270, 273, 282-284, 324, 666-668

concept orthodoxe, 164
définition, 401
démocratie, 175
Dicey, 167
évolutions, 164
formel, 174

identité britannique, 162, 168
matériel, 174
origines, 162, 165
principes juridiques, 162, 163, 164

S

Science du droit 220

construction sociale, 29, 30, 31, 58
controverse, 26, 31
controverses, 29
définition, 25-26
discipline, 27
épistémologie *Voir* Epistémologie
héritage cartésien, 25, 29
localisation du savoir, 28
période normale, 28
philosophie de la connaissance, 26
régime de véridiction, 27, 290
révolutions scientifiques, 28
Sciences studies, 29
sociologie des sciences, 26
scientificité du discours juridique, 25
vérité, 25

Souveraineté du Parlement, 41, 57, 59, 68, 70, 75, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 87, 103, 118, 130, 142, 151, 154, 155, 156, 169, 171, 182, 186, 191, 192, 202, 211, 223, 244, 252-259, 265, 340, 367, 582, 668

crise, 149, 150
crise de la suspension du Parlement, 248
doctrine manner and form, 150, 152, 153, 155, 158
implied repeal, 154, 155
judicial deference *Voir* Judicial review
King-in-Parliament *Voir* Queen-in-Parliament
mécanisme négatif, 146, 150
mécanisme positif, 146, 150, 151
nature anglaise, 145
origines, 144
principe formel, 90, 91, 95, 122, 137, 140, 142, 144, 165, 166
principe matériel, 141, 142, 145, 146, 158, 160
principes juridiques, 146
Queen-in-Parliament, 148
souveraineté continue, 146
souveraineté encadrée, 146
souveraineté juridique, 146, 153, 154
suprématie juridique, 153, 158, 159

volonté du parlement, 91, 93, 96, 117
Statutes, 72-77, 82-86, 91, 97-100, 117, 131, 135, 141, 166, 332
clauses Henry VIII, 79
constitutional statute, 588
constitutional statutes, 340
Royal Assent, 229
skeleton bills, 79

Statutory interpretation *Voir*
Interprétation des lois

Stuart, 167, 301

Suprématie du Parlement *Voir*
Souveraineté du Parlement

Système judiciaire, 322, 324
histoire, 323

T

Thatcher
gouvernement, 183

gouvernements, 125, 131
The Law of the Constitution, 40, 63, 69, 78, 80, 82, 84, 86, 143, 144, 146, 150, 162, 163, 166, 178, 181, 194, 223, 233, 235, 237, 241, 245, 246, 249, 276, 396, 401, 403, 484, 668

Tribunals, 163

Tudors, 147, 167, 298
Eglise anglicane, 148
Henri VIII, 147

U

Ultra vires, 181

W

Writs, 147, 195
prerogative writs, 165-166, 196
writ de certiorari, 166
writ de mandamus, 165

INDEX DES AUTEURS

A

AHMED, Farrah, 117
ALBERT, Richard, 117
ALLAN, Trevor R. S., 88, 96-97, 112-113, 117-120, 135, 188, 190, 208, 287, 420, 428, 474
ALLISON, John W. F., 154, 194, 296, 481, 499, 628, 666
ALTWEGG-BOUSSAC, Manon, 659
AMSELEK, Paul, 25-26
ANTOINE, Aurélien, 63, 145, 221
AUDREN, Frédéric, 34
AUSTIN, John, 39, 72-75, 106, 293, 337, 338, 449-450
AVRIL, Pierre, 138

B

BACHELARD, Gaston, 55
BACON, Francis, 322
BAGEHOT, Walter, 108, 304
BALDWIN, Robert, 126
BARANGER, Denis, 41, 72, 143, 238, 260, 293, 479, 485, 517, 524, 644-645, 661
BARBER, Nicholas W., 109, 112-114, 116, 120, 329, 542
BARBOU DES PLACES, Ségolène, 34
BARNETT, Hilaire, 460
BAUMERT, Renaud, 31, 46, 376, 379, 409, 442, 507, 670
BELL, Christine, 238
BELL, John, 627, 666
BELLAMY, Richard, 187, 265, 267, 270-271, 273, 348
BENTHAM, Jeremy, 39, 234, 302
BINGHAM, Thomas, 175, 184, 583, 586, 594, 623
BIX, Brian H., 447
BLACKSTONE, William, 21, 37, 38, 44, 72, 108, 157, 223, 245, 293, 302-303, 359

BOGDANOR, Vernon, 21, 238, 312, 515, 656, 670
BOUTMY, Emile, 18
BOYRON, Sophie, 628
BRADLEY, Anthony, 121
BURKE, Edmund, 107, 234, 236, 358

C

CAHILL-O'CALLAGHAN, Rachel J., 363
CANE, Peter, 207
CARPENTIER, Matthieu, 575
CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, 510
CHEVALLIER, Jacques, 393
COKE, Edward, 20, 37, 165, 167, 299
COTTERRELL, Roger, 447, 460
CRAIG, Paul, 157, 165, 174, 207, 223-224, 231, 284, 294, 329, 396, 429-431, 437, 464-465, 498, 500, 536, 542, 657

D

DALY, Paul, 610
DE TOCQUEVILLE, Alexis, 234
DICEY, Albert Venn, 18, 38, 40-44, 59, 84, 104, 114, 141-144, 153, 167, 211, 224-225, 228-231, 241, 245, 252, 260-262, 276-277, 314, 377, 448, 483, 487, 635, 666-669
conservatisme, 231-234, 237-238
constitutionnalisme, 64, 69, 76
conventions de la constitution, 106-107, 114-118
démocratie, 68, 143, 222, 231-235
doctrine française, 625-626
droit administratif, 121
droit constitutionnel, 108
droit privé, 194
droit public, 64-68
Exécutif, 293
libéralisme, 63, 84
libertés, 180
référendum, 230

Rule of law, 68, 143, 160-164, 167
sources du droit public, 72, 74, 78
souveraineté du Parlement, 68, 78, 82,
104, 143, 150-159

DUFFY-MEUNIER, Aurélie, 388, 517,
522

DUXBURY, Neil, 95, 533

DWORKIN, Ronald, 96, 184, 287, 420,
457, 458

DYZENHAUS, David, 224, 231

E

EKINS, Richard, 95

ELLIOTT, Mark, 82, 115-116, 118-120,
154, 187, 543, 553

EWING, Keith D., 189-190, 226, 284

F

FATIN-ROUGE STEFANINI, Marthe,
531

FELDMAN, David, 96, 206

FINNIS, John, 82, 436, 459

FOUCAULT, Michel, 27

G

GANZ, Gabriel, 124, 127-128

GARDBAUM, Stephen, 188, 571

GEARTY, Conor, 181

GEE, Graham, 236-238

GESLIN, Albane, 31, 53, 241, 443

GREENE, Alan M., 353, 356

GRIFFITH, John A. G., 184, 190, 259-
261, 263, 270, 280, 629

GUILLOY, Thibault, 479

H

HARLOW, Carol, 127, 381, 383, 411-417,
444, 542, 629

HART, Herbert L. A., 39, 75, 83, 89, 113-
114, 293, 448, 452, 455, 457

HEUSTON, Robert F. V., 153, 155

HOBBS, Thomas, 72, 337

HOUGH, Barry, 111

HOUGHTON, John, 126

HUGHES, Kirsty, 553

J

JACOBSOHN, Garry J., 250

JACONELLI, Joseph, 111-116

JENNINGS, Ivor, 44, 109-112, 152-155,
261, 278, 303, 388, 407

K

KALYVAS, Andreas, 340

KAVANAGH, Aileen, 190, 542, 575

KELSEN, Hans, 233

KUHN, Thomas S., 28, 36, 157, 241

L

LADY HALE, 362-363, 514-516

LASKI, Harold, 392, 406, 627-628, 632

LAWS, John, 88, 518

LEGRAND, Pierre, 231, 256, 292

LOCKE, John, 107, 282, 337, 358

LOUGHLIN, Martin, 208, 219, 221, 237,
283, 346-353, 382, 386-389, 392, 394,
411, 414-417, 421-422, 437, 497, 542,
630, 639-643, 660-662, 666

M

MAC AMLEIGH, Cormac, 207

MAGNON, Xavier, 511-512

MALLESON, Kate, 363

McELDOWNEY, John, 377, 396

McHARG, Aileen, 329

MEGARRY, Robert, 123

MILL, John Stuart, 106, 234

MONTESQUIEU, 1, 17-18, 282, 360

MUNRO, Collin R., 115

O

OLIVER, Dawn, 135, 208, 426

P

PERROUD, Thomas, 122, 145

PERRY, Adam, 117, 135

PHILLIPSON, Gavin, 356

PIAGET, Jean, 28

PICARD, Etienne, 30
PONTHOREAU, Marie-Claire, 49, 384,
647
POOLE, Thomas, 83, 347, 425-431, 437,
443
POPPER, KARL, 28

R

RATNAPALA, Suri, 445, 447, 450
RAWLINGS, Richard, 125, 127, 382-383,
412-415, 417, 629
RAWLS, John, 88, 287, 364, 420
RAZ, Joseph, 114
ROBSON, William, 44, 261, 402-405
ROSENFELD, Michel, 250
ROYNIER, Céline, 479

S

SCHOPENHAUER, Arthur, 23
SCRUTON, Roger, 233
SEDLEY, Stephen, 160, 175
SKINNER, Quentin, 299
SLAUGHTER, Anne-Marie, 589, 592,
601
STEYN, Johan, 96
STRAMIGONI, Igor, 49
SUMPTION, Jonathan, 253-254

T

TENNYSON, Alfred, 20, 38

TOMKINS, Adam, 191, 265-273, 315,
348, 392, 414, 420, 425, 437, 481, 493,
497-498

TROPER, Michel, 482, 645

TSCHORNE VENEGAS, Samuel, 417,
419, 420, 421, 422, 427

TUSHNET, Mark, 571

TWINING, William, 243, 446, 507

V

VAN HOECKE, Mark, 53, 631

VARUHAS, Jason, 194, 206

VIALA, Alexandre, 23, 31, 443

W

WADE, Emlyn C. S., 164

WADE, Henry W. R., 152, 156, 159, 237,
260, 416

WALDRON, Jeremy, 96, 187

WALKER, Neil, 252-254, 435

WEBBER, Gregory C. N., 236-238

WILLIAMS, Lucy, 209

Y

YOUNG, Alison L., 329, 347, 435, 518

Z

ZOLLER, Elisabeth, 145, 160, 164, 636,
646, 667

INDEX DES DECISIONS

- A and others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL **56, 208**
- A v. British Broadcasting Corp* [2014] UKSC **25, 96**
- Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, **184, 584**
- Assange v The Swedish Prosecution Authority (Rev 1)* [2012] UKSC 22, **568**
- Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K. B. **139, 183, 187-188**
- Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2003] UKHL **37, 226**
- Att-Gen v. Guadian Newspapers Ltd (No.1)* [1987] 1 WLR 1248, **201**
- Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No 2)* [2013] UKSC 39, **624**
- Beatty v. Gillbanks* [1882] 9 QBD **308, 198**
- Black, R (on the application of) v Secretary of State for Justice* [2017] UKSC 81, **568**
- City of London v. Wood (1701)* 12 Mod 669, **162**
- Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, **121, 128, 184, 186-187, 374, 354**
- Council of Civil Services Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 354
- Daly v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26., 187, 189, 583
- Entick v. Carrington (1765)* 19 St. Tr. 1030, **143, 197**
- Evans v. Informations Commissioner* [2012] UKUT 313, **118**
- Ex. parte Canon Selwyn* [1872] 36 JP 54, **156**
- Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1983] 3 W. L. R. 859, **140**
- Her Majesty's Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)* [2010] UKSC 2, **624**
- Hetley v. Boyer (1614)* Cro. Jac. 336., **182**
- HS2 Action Alliance Ltd (on the application of) v The Secretary of State for Transport and Anor* [2014] UKSC 3, **624**
- 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)* [2018] UKSC 27, **551**
- International Transport Roth GmbH v Secretary of State for Home Department* [2002] EWCA Civ 158, **110-111**
- Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20, **188, 568, 583**
- Liversidge v. Anderson* [1941] UKHL, **200**
- Macarthy's Ltd v. Smith* [1981] 1 QB 180, **169**
- MacCormick v. Lord Advocate* [1953] SC 396, **163**
- Marleasing SA v. Le Comercial Internacional de Alimentacion SA (C-106/89)* 1993 BCC 421, **106**
- Miss Behavin Ltd v. Belfast City Council* [2007] 1 WLR 1420, **189**
- O'Reilly v. Mackman* [1983] UKHL 1, **216-218, 221**
- Osborn v. The Parole Board* [2013] UKSC 61, **580**
- Pepper v Hart* [1993] AC 593, **100-104**
- Pham v Secretary of State for the Home Department, Privacy International* [2015] UKSC 19, **188, 568**
- Popular Housing & Regeneration Community Association Ltd. v. Donoghue* [2001] EWCA Civ 595, **225**

Prohibition del Roy (1607) 12 Co. Rep. **63, 182**

R (Heather) v. Leonard Cheshire Foundation [2002] EWCA 936, **225**

R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768, [2017] UKSC 5, **73, 86-87, 119, 130, 355, 370-371, 374, 386-387, 551**

R (Miller/Cherry) v The Prime Minister [2019] UKSC 41, **346, 351-357**

R (on the application of Begum) v Head Teacher and Governors of Denbigh High School [2007] 1 AC 100, **189**

R (on the application of UNISON) v Lord Cancellor [2017] UKSC 17, 584

R (on the application of Guardian News and Media Ltd) v. City of Westminster Magistrates' Court [2012] EWCA Civ 420, **96**

R (on the application of Jackson) v. Attorney General [2005] UKHL **56, 172-173, 387, 551**

R (on the application of New London College Ltd) v Secretary of State for the Home Department [2013] UKSC 51, **142, 144**

R (on the application of Privacy Internation) v Investigatory Powers Tribunal and others [2019] UKSC 22, **584**

R (on the application of) v Investigatory Powers Tribunal & Ors [2019] UKSC 22, **568**

R v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. (No. 2) [1991] 1 A.C. 603, **85, 88**

R v. A [2001] UKHL **25, 110, 387**

R v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd (No. 2) [1991] 1 AC 603, **106, 170, 172-173**

R v. Somerset County Council, ex p. Fewlings [1995] 1 All ER 513, **143**

R(Guardian News and Media Ltd) v City of Westminster Magistrates' Court [2012] EWCA Civ 420, **583**

R. (on the application of Osborn) [2013] UKSC 61, **96**

R. v Lambert [2001] UKHL **37, 110**

R. v. Chief Immigration Officer, ex p. Bibi [1976] 1 W. L. R. 979, **139**

Rooke case (1598) 5 Co. Rep, **182**

Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd [1985] 1 AC 359, **201**

The Case of Proclamations (1611) 12 Co. Rep. 74, **182**

Thoburn v. Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin), **86-88, 128, 174, 387, 551**

Thomas Bonham v College of Physicians (1610) 8 Co Rep 114, **181**

Thomas v Sawkins [1935] 2 K.B. 249, **198**

Trethowan v. Peden (1930) 31 SR (NSW) 183, *Attorney-General (NSW) v Trethowan* (1931) 44 CLR 394, *Attorney General (NSW) v. Trethovan* (1931) 47 CLR 97, **165**

Vauxhall Estate ltd v. Liverpool Corporation [1932] 1 KB 733, **156**

Watkins v. Secretary of State for the Home Department [2006] UKHL 17, **579**

Webb v. Emo Air Cargo (UK) Ltd [1993] 1 WLR 49, **107**

White v. White [2001] 1 WLR 481, **107**

YL v. Birmingham city Council [2007]UKHL 27, **226**

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	17
PREMIERE PARTIE	61
LA CONSTRUCTION DE L'IDENTITE DE LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE DANS LE MODELE ORTHODOXE.....	61
TITRE I – LE DROIT PUBLIC, OBJET COMPLEXE DU DISCOURS DOCTRINAL BRITANNIQUE....	67
<i>Chapitre 1 - La complexification des sources du droit public anglais</i>	<i>71</i>
Section 1. Les sources de pleine normativité juridique.....	73
§1. Les évolutions des sources de pleine normativité juridiques	74
A. Les sources écrites du droit public britannique.....	75
B. Les sources non-écrites du droit public britannique.....	83
§2. Les dynamiques entre les sources de pleine normativité juridique	89
A. La méthode moderne d'interprétation des lois.....	90
B. Les méthodes d'interprétation européennes.....	97
Section 2. Les sources de normativité complexe	103
§1. La frontière des sources du droit constitutionnel.....	104
A. La nature politique des conventions de la constitution	106
B. Les conventions de la constitution et le juge.....	114
§2. La frontière des sources du droit administratif.....	120
A. Les « quasi-législations administratives » du droit public britannique.....	121
B. Le développement d'une « troisième source » juridique pour le droit administratif	129
<i>Conclusion Chapitre 1</i>	<i>135</i>
<i>Chapitre 2 - La complexification des composantes du discours du droit public</i>	<i>137</i>
Section 1 – Les composantes européennes du discours du droit public anglais.....	139
§1. Les dynamiques du principe matériel de souveraineté du Parlement.....	141
A. L'origine anglaise du concept de souveraineté du Parlement.....	143
B. La souveraineté du parlement, un principe européenisé	150
§2. Le principe de Rule of law dans le discours sur le droit public britannique	157
A. L'origine anglaise du concept du <i>Rule of law</i>	158
B. L'europeanisation de la notion du <i>Rule of law</i>	165
Section 2. Les composantes anglicisées du droit public britannique	173
§1. L'anglicisation du concept de Human Rights.....	174
A. Les <i>Human Rights</i> , un concept exogène	175
B. L'anglicisation du concept de Human Rights	182
§2. L'anglicisation de la distinction public/privée	190
A. L'échec de la transposition prétorienne de la distinction droit privé/droit public dans la <i>common law</i>	191
B. La multiplication des distinctions droit privé/droit public dans le droit positif	200
<i>Conclusion Chapitre 2</i>	<i>209</i>
CONCLUSION TITRE 1	211
TITRE 2 - LA RESILIENCE DU MODELE ORTHODOXE FACE A LA COMPLEXIFICATION DE L'OBJET DROIT PUBLIC.....	215

<i>Chapitre 1 - Le dépassement de la fonction scientifique du model orthodoxe du droit public britannique</i>	219
Section 1. L' « en plus » de la fonction scientifique dans le modèle orthodoxe du droit public britannique.....	220
§1. La fonction idéologique du modèle orthodoxe.....	222
A. Le projet politique du modèle.....	223
B. Les fondements théoriques du modèle.....	231
§2. La fonction identitaire du modèle orthodoxe.....	239
A. Le modèle orthodoxe comme matrice d'une identité disciplinaire.....	240
B. La matrice d'une identité constitutionnelle.....	248
Section 2. Les survivances du modèle orthodoxe au-delà de la fonction de modèle scientifique.....	255
§1. La survivance de la structure du modèle orthodoxe.....	257
A. Le réinvestissement de la structure du modèle orthodoxe par le <i>political constitutionalism</i>	258
B. La redéfinition des concepts orthodoxe par le <i>political constitutionalism</i>	265
§2. La survivance de la grammaire du modèle orthodoxe.....	274
A. Le Rationalisme des discours sur le droit public britannique.....	275
B. L'affirmation du Libéralisme dans les discours sur le droit public britannique.....	281
<i>Conclusion Chapitre 1</i>	289
<i>Chapitre 2 - Les effets des silences de la tradition orthodoxe sur son objet</i>	291
Section 1. L'Exécutif à l'ombre des structures du modèle orthodoxe.....	293
1§. La nature de l'Exécutif en dehors du modèle orthodoxe.....	294
A. La Couronne comme premier cadre pour penser l'Exécutif.....	294
B. Le Gouvernement comme cadre contemporain pour penser l'Exécutif.....	303
§ 2. Les rapports de l'Exécutif par-delà le modèle orthodoxe.....	311
A. L'Exécutif et le Parlement.....	313
B. L'Exécutif et les Juges.....	321
Section 2. Le peuple, absent des structures du modèle orthodoxe.....	331
1§. La nature du peuple dans le discours du droit public britannique.....	332
A. L'absence historique d'une narration constitutionnelle du peuple britannique.....	332
B. Les difficultés contemporaines d'une narration constitutionnelle du peuple britannique.....	340
2§. Le peuple comme relation aux autres institutions du modèle orthodoxe.....	349
A. Les rapports entre le peuple britannique comme acteur constitutionnel et le Parlement.....	350
B. L'impossible concrétisation du peuple comme acteur constitutionnel dans un dialogue avec le Juge de common law.....	358
<i>Conclusion Chapitre 2</i>	367
CONCLUSION TITRE II.....	369
CONCLUSION PREMIERE PARTIE	371
DEUXIEME PARTIE	373
LA (RE)ONSTRUCTION DE L'IDENTITE DE LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE AU-DELA DU MODELE ORTHODOXE	373
TITRE I – LA « CRISE DOCTRINALE » DU DROIT PUBLIC BRITANNIQUE, MARQUEUR D'UNE DISCIPLINE EN (RE)CONSTRUCTION.....	375
<i>Chapitre 1 - La fin du consensus doctrinal autour du discours orthodoxe</i>	377

Section 1. L'existence classique d'une tradition contestataire pour l'étude du droit public au Royaume-Uni	379
§1. Le courant fonctionnaliste, courant doctrinal pour une pensée sociale du droit public au Royaume-Uni.....	381
A. Les tentatives d'identification de la tradition contestataire du droit public britannique	382
B. La défense d'une approche sociale du droit public britannique, marqueur principal de l'identité de la tradition contestataire.....	388
§2. Les programmes doctrinaux fonctionnalistes, une tradition doctrinale minoritaire dans le paysage publiciste britannique	396
A. Une représentation pertinente des évolutions du droit public pendant la première moitié du XX ^e siècle.	396
B. Une représentation des évolutions du droit public britannique minorée pour des raisons structurelles.....	404
Section 2. La multiplication des programmes doctrinaux concurrents pour l'étude du droit public au Royaume-Uni	409
§1. Les limites d'une représentation dichotomique de la doctrine publiciste britannique face à la multiplication des discours doctrinaux	411
A. Les limites des cartographies issues de la tradition contestataire pour rendre compte du paysage doctrinal publiciste contemporain	412
B. La recherche d'une nouvelle cartographie pour représenter les courants doctrinaux du droit public britannique contemporain.....	418
§2. Faire sens du pluralisme doctrinal, vers l'émergence d'une modélisation contemporaine pour la doctrine publiciste britannique	424
A. Une catégorisation fondée sur le désaccord autour de la nature du droit public comme premier axe de classification	424
B. Le désaccord sur les sources du droit public comme second axe de classification	433
<i>Conclusion Chapitre 1</i>	439
<i>Chapitre 2 - Le « tournant théorique » de la doctrine publiciste britannique comme marqueur de la diversification doctrinale</i>	443
Section 1. La dispersion méthodologique du droit public britannique et le développement de la méthode de « Jurisprudence »	445
§1. La redéfinition de la méthode de la Jurisprudence, marqueur du renouveau théorique du discours sur le droit britannique	447
A. La définition classique de la <i>Jurisprudence</i>	447
B. La redéfinition contemporaine de la <i>Jurisprudence</i>	454
§2. Le tournant théorique du discours doctrinal publiciste comme facteur de la multiplication des programmes doctrinaux sur le droit public britannique.....	463
A. La banalisation du recours à la Jurisprudence dans le champ du droit public	465
B. Le recours à la jurisprudence comme marqueur de différenciation entre les différents courants doctrinaux du droit public britannique.....	470
Section 2. Le recours renouvelé à la méthode historique comme outil de justification de la diversité des modèles de droit public contemporain	479
§1. L'absence de réflexion du modèle orthodoxe sur sa méthode historique.....	480
A. La reconnaissance de la nature historique de l'objet constitutionnel britannique	481
B. Le rejet de la méthode historique pour construire la narration juridique de l'objet constitutionnel britannique	487

§2. La méthode historique, enjeu renouvelé pour légitimiser les nouveaux programmes doctrinaux	492
A. Le recours renouvelé à l'argument historique.....	493
B. L'absence d'une réflexion méthodologique sur le recours à l'argument historique.....	499
<i>Conclusion Chapitre 2</i>	505
CONCLUSION TITRE I.....	507
TITRE II – LES CARACTERISTIQUES CONTEMPORAINES DE LA DOCTRINE PUBLICISTE BRITANNIQUE.....	509
<i>Chapitre 1 - L'affirmation d'une doctrine organique spécifique au droit public britannique</i>	513
Section 1. L'émergence d'une doctrine organique pour le droit public britannique contemporain	514
§1. Les caractéristiques de la doctrine organique pour le droit public au Royaume-Uni	516
A. Les caractéristiques de la <i>doctrine première</i> des juges au travers des <i>case laws</i> de droit public	517
B. Les caractéristiques de la <i>doctrine seconde</i> au travers des écrits et publications non juridictionnels des juges.....	527
§2. La construction d'un dialogue entre les doctrines du droit public britannique .	535
A. Les dynamiques du dialogue entre la doctrine universitaire et la doctrine organique de la UKSC.....	536
B. Les effets du dialogue entre la doctrine universitaire et la doctrine organique de la UKSC sur la discipline droit public au Royaume-Uni	544
Section 2. Les apports de la doctrine organique de la UKSC à l'étude du droit public britannique.....	549
§1. La construction d'une doctrine des common law constitutional rights par les juges de la UKSC	550
A. La réaffirmation d'une protection des droits et libertés par la <i>common law</i> ...	551
B. La construction d'une doctrine propre à la UKSC	559
§2. La construction d'une nouvelle lecture du constitutionnalisme britannique par les juges de la UKSC	563
A. L'encadrement de la souveraineté du Parlement comme marqueur du discours constitutionnaliste des juges de la UKSC.....	564
B. L'émergence d'un nouveau modèle de constitutionnalisme pour le Royaume-Uni.....	574
<i>Conclusion Chapitre 1</i>	581
<i>Chapitre 2 – La doctrine publiciste britannique contemporaine, modèle d'une doctrine ouverte</i>	583
Section 1. L'intégration de la doctrine britannique dans des dialogues transnationaux	586
§1. L'intégration de la doctrine organique dans des dialogues transnationaux multiples	587
A. Le recours aux décisions étrangères, monologue ou dialogue de la doctrine première de la UKSC	588
B. Le dialogue extrajudiciaire entre les juges britanniques et les systèmes étrangers, une doctrine seconde tournée vers le monde.....	599
§2. L'intégration de la doctrine universitaire dans un dialogue transnational renforcé par la tradition de Common law	610
A. Un dialogue académique réinvesti dans le cadre du Commonwealth.....	611

B. Une circulation de la doctrine académique accentuée par les réformes du monde académique britannique	619
Section 2. Le cas du dialogue entre la doctrine publiciste française et anglaise : entre utilitarisme et découverte de l'autre	626
§1. L'utilisation de la doctrine française par la doctrine anglaise	628
A. Une utilisation circonscrite de la doctrine française par la doctrine britannique	628
B. Un choix stratégique dans l'utilisation de la doctrine française par la doctrine britannique	639
§2. L'utilisation de la doctrine anglaise par la doctrine française	647
A. Une utilisation circonscrite de la doctrine britannique par la doctrine française	647
B. Un choix stratégique dans l'utilisation de la doctrine britannique	656
<i>Conclusion Chapitre 2</i>	667
CONCLUSION TITRE II.....	669
CONCLUSION PARTIE II.....	671
CONCLUSION GENERALE	673
ANNEXES.....	683
BIBLIOGRAPHIE	687
INDEX THÉMATIQUE	745
INDEX DES AUTEURS	753
INDEX DES DECISIONS	757
TABLE DES MATIERES	759

