

## Prérapport

### Légitimité et justice constitutionnelle : le cas britannique

Aurélie Duffy-Meunier

*Professeure de droit public, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France*

Si l'on devait répondre en une seule phrase à la problématique de la légitimité de la justice constitutionnelle au Royaume-Uni, on pourrait tout simplement affirmer que la justice constitutionnelle n'est pas légitime au Royaume-Uni pour la bonne et simple raison qu'elle n'existe pas en tant que telle.

Cela serait peut-être aller trop vite en besogne depuis que le Royaume-Uni a adopté une loi permettant aux juges de contrôler — sans les invalider — les lois au regard des droits de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (*Human Rights Act 1998 ou HRA*). La forme allégée de contrôle de constitutionnalité des lois proposée par l'expérience britannique, montre que le domaine dans lequel la légitimité monarchique et démocratique du Roi et son Parlement souverain cède partiellement, c'est celui des droits de l'Homme. La dévolution de compétences aux régions écossaise, nord-irlandaise et galloise a, certes, donné lieu à une forme de contrôle de constitutionnalité permettant de priver d'effet des lois régionales au regard du droit européen et des délégations de compétences attribuées par les lois de dévolutions à l'Écosse, au Pays de Galles ou à l'Irlande du Nord à la fin des années 1990<sup>1</sup>. Toutefois, il n'existe pas dans le domaine des droits et libertés une justice constitutionnelle dans le sens d'un organe juridictionnel chargé d'assurer la garantie d'une Constitution formelle en privant d'effet certaines normes dont les lois. Il n'existe qu'un simili de justice constitutionnelle, car le gouvernement et le Parlement ordinaire ont le dernier mot sur les violations des droits conventionnels.

En effet, qu'elles soient européennes ou américaines, les formes de justices constitutionnelles ont été pensées pour empêcher les majorités politiques d'opprimer les minorités<sup>2</sup>. Si la justice constitutionnelle dans sa forme américaine est fortement imprégnée par le fédéralisme, c'est surtout pour éviter une dictature du demos, de la populace et les dérives de la démocratie que l'existence du contrôle des lois s'est d'abord développé au niveau étatique. Cette crainte s'est en premier lieu manifestée au niveau des États qui ont choisi d'adopter le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des normes au plus haut rang desquels la loi. La confiance donnée aux juges appartenant à une élite sociale était à la mesure de la défiance envers les abus du peuple<sup>3</sup>. Accorder un tel pouvoir à cette élite de juristes, remonte pour certains à la très connue affaire *Bohnham* dans laquelle le juge Coke affirmait que les juges britanniques pourraient être amenés à contrôler la constitutionnalité d'une loi « contraire au droit commun et à la raison, ou contradictoire, ou impossible à appliquer, la

---

<sup>1</sup> *Gouvernement of Wales Act 2006*, le *Scotland Act 1998* et le *Northern Ireland Act 1998*.

<sup>2</sup> H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 252-253 ; E. ZOLLER et alii, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2022, p. 175-176.

<sup>3</sup> T. JEFFERSON, « Notes on the State of Virginia », in *Writings*, New York, Literary Classics of the United States, 1984, p. 245 : « cent soixante-treize despotes pouv[ai]ent être assurément aussi tyranniques qu'un seul ».

*common law* la contrôlera et jugera cette loi nulle »<sup>4</sup>. Puisque le cordon ombilical avec Georges III le souverain honni était rompu, il fallait trouver des garde-fous pour cantonner le nouveau souverain populaire.

En Europe, c'est au moment de l'établissement d'une République démocratique<sup>5</sup> parlementaire que la Cour constitutionnelle autrichienne inspirée de l'école de Vienne et de Hans Kelsen voit le jour. Institutionnellement et fonctionnellement originale par rapport au contrôle diffus américain, le contrôle concentré qu'elle exerce par le biais de compétences étendues telles le contrôle des élections, les fonctions de Haute Cour de justice ou le jugement de violations du droit international public témoignent d'une nouvelle façon d'appréhender la justice constitutionnelle tout en gardant un noyau du commun. Aux États-Unis, le régime présidentiel et le contrôle de constitutionnalité contribuent à empêcher le pouvoir absolu d'une majorité « intéressée et dominatrice »<sup>67</sup>. C'est au sein du parlementarisme européen que les Cours constitutionnelles peuvent faire obstacle à « la toute-puissance de la majorité »<sup>8</sup> et constituer « un moyen de protection efficace de la minorité contre les empiétements de la majorité », puisque la première peut saisir le juge constitutionnel des lois de la seconde<sup>9</sup>. L'une et l'autre contribuent à l'équilibre et à la modération des pouvoirs. L'adoption de tels mécanismes et institutions témoigne du fait qu'à un moment de leur histoire dans certains pays, les sujets, les citoyens et leurs dirigeants, ont légitimé et donc reconnu socialement l'intérêt d'une domination ponctuelle et conditionnée des juridictions ordinaires ou d'une Cour spécialisée sur diverses questions constitutionnelles dont la plus symbolique est le contrôle de la loi fruit de l'expression du souverain. L'existence d'un tel contrôle sont les corollaires de changements de régimes politiques. Aux États-Unis, la rupture avec la monarchie britannique et le passage à une République. En Autriche en 1920, dans l'Europe post-seconde guerre mondiale ou en Europe de l'Est post-chute de l'URSS, c'est respectivement la désagrégation de l'Empire austro-hongrois à la faveur d'un régime parlementaire ou le passage de régimes totalitaires, autoritaires vers des régimes démocratiques qui s'est accompagné de la mise en place de juridictions constitutionnelles. Outre le constitutionnalisme formel, le changement de la nature du régime politique est ainsi intimement lié à un nouveau paradigme des rapports entre les juridictions constitutionnelles au sens large et le pouvoir politique.

Le Royaume-Uni fait exception à ce mouvement de légitimation des juridictions constitutionnelles. Il ne l'a que très partiellement suivi à partir de l'année 2000 et de l'adoption d'un contrôle de constitutionnalité allégé en matière de droits fondamentaux (*HRA*). L'expérience britannique apparaît ainsi comme extérieure ou comme un cas particulier au sein de la problématique de la légitimité de la Justice constitutionnelle. Le Royaume-Uni n'a pas intégré la grande famille des juridictions constitutionnelles qu'elles appartiennent au modèle des Cours suprêmes ou constitutionnelles. Si les juridictions britanniques et la Cour suprême peuvent y être associées et comparées, c'est au prix de nuances, de distinctions, voire de

---

<sup>4</sup> 8 Co. 118a (1610). « Et il apparaît dans nos livres que, dans de nombreux cas, la *common law* prévaut sur les lois du Parlement et les juge parfois totalement nulles ; car lorsqu'une loi du Parlement est contraire au droit commun et à la raison, ou contradictoire, ou impossible à appliquer, la *common law* la contrôlera et jugera cette loi nulle ; ».

<sup>5</sup> Art. 1 de la Constitution autrichienne.

<sup>6</sup> E. ZOLLER et alii, *Introduction au droit public*, op. cit., p 175.

<sup>7</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, The Bobbs-Merrill Company, Inc, Indianapolis, 1962, 303 p. et I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, 2017.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 253.

<sup>9</sup> H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », op. cit., p. 252-253.

contorsions<sup>10</sup>. Depuis le *Bill of Rights 1689*, acte de naissance d'une Monarchie parlementaire limitée, il est formellement affirmé que les actes du Parlement et au sein du Parlement ne peuvent être contrôlés par les juges<sup>11</sup>. Le Royaume-Uni adopte ainsi à une autre conception de la légitimité du contrôle des lois que les pays ayant adhéré à la justice constitutionnelle. Ces dernières s'inscrivent dans une forme de légitimité principalement légale et rationnelle, puisque fondée sur la supériorité juridique d'une Constitution formelle qui habilite généralement les dirigeants et diverses institutions, dont les juridictions constitutionnelles<sup>12</sup>, à exercer leur autorité dans un pays donné. Le Royaume-Uni, bien qu'il adhère également à cette forme de légitimité rationnelle en ce qui concerne la supériorité juridique des lois, n'a jamais opéré de révolution constitutionnelle en adoptant une Constitution formelle, un moment constituant. Il fonde le fonctionnement de son régime politique et juridique sur une légitimité principalement traditionnelle. En l'absence de Constitution formelle les habilitant à exercer leurs fonctions, les juges, comme les dirigeants — Monarque, Premier ministre ou parlementaire — fondent partiellement leurs pouvoirs sur la tradition. Des lois sont bien intervenues pour combler ou supplanter la tradition à l'instar des, lois sur la réforme électorale, du *Parliaments Act* de 1911 et 1949 ou plus récemment du *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* qui a abrogé le *Fixed-term Parliaments Act 2011* à propos de la dissolution du Parlement. Toutefois l'identification du chef de l'État et la désignation du Premier ministre résultent de la pratique et des conventions de la constitution qui sont une forme traditionnelle de légitimation. Dans le même sens, la nature même du droit de *common law* est d'être fondée sur « L'autorité du passé »<sup>13</sup>, de la coutume et de la tradition plutôt que sur la raison souvent associée au droit codifié<sup>14</sup>.

Appréhender la question de la légitimité — l'étoile Polaire, la problématique innervant toutes les dimensions de l'analyse de la justice constitutionnelle — au Royaume-Uni nécessite de mesurer la nature et le poids des formes de domination traditionnelle et rationnelle dans les rapports entre les juges et le pouvoir politique pour éclairer le rejet par principe d'une telle institution. On pourra ainsi explorer les raisons pour lesquelles un pays ayant une tradition très ancrée de légitimité des juges n'a pas adopté de mécanisme classique de justice constitutionnelle et quelles sont les implications d'un tel positionnement.

L'absence de légitimité de la justice constitutionnelle au sens formel au Royaume-Uni s'explique avant tout par la nature coutumière du constitutionnalisme britannique et le compromis auquel il est parvenu. Ce compromis entre Monarchie et démocratie, fondé sur la souveraineté parlementaire valorise l'expression démocratique du Parlement que les juges ne peuvent en principe contrôler. Il exclut toute idée de pouvoir constituant, de Constitution formelle et de juridiction susceptible de priver d'effet les lois (I).

C'est également en raison de ce compromis constitutionnel fondé sur l'histoire que lorsque le Royaume-Uni s'est finalement résolu à sanctionner les législations violant les droits et libertés, il a adopté un contrôle allégé des lois et une justice constitutionnelle dans un sens

---

<sup>10</sup> A. DUFFY-MEUNIER, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *RIDC*, 2012 n° 3, pp. 681-734 et *Jus Politicum* n° 9, 2013.

<sup>11</sup> Article 9 : « Que la liberté de parole, des débats et des procédures dans le sein du Parlement, ne peut être entravée ou mise en discussion en aucune Cour ou lieu quelconque en dehors du Parlement lui-même »

<sup>12</sup> On peut envisager des cas particuliers comme le contrôle des lois fédérales dans l'arrêt *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

<sup>13</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common law*, Dalloz, 2011, 271 p.

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 196.

matériel, reposant non sur des mécanismes contraignants<sup>15</sup>, mais sur la confiance (*trust*) dans la pratique. Que l'on tourne la question de la légitimité dans un sens ou dans un autre, on retombe toujours sur ce qui est au cœur du constitutionnalisme britannique : l'importance de la tradition qu'elle soit politique ou juridictionnelle — la *common law*, l'intervention calibrée de la rationalité législative en droit public et la croyance profonde dans le bien-fondé d'une Constitution fiduciaire fondée sur un droit « plus haut »<sup>16</sup> qui n'est pas posé par le législateur ou une Constitution formelle (II).

## **I — L'absence, par principe, de légitimité de la justice constitutionnelle au sens formel**

Le Royaume-Uni n'a pas emprunté la voie de la démocratie constitutionnelle et de la Justice constitutionnelle. La raison essentielle réside dans sa Constitution coutumière, souple ou parfois qualifiée de matérielle qui ne permet pas de penser un contrôle de constitutionnalité fondé sur un texte constitutionnel formel, supérieur aux lois, adopté à la suite d'un processus constituant permettant à des juges habilités d'en assurer la garantie. Le constitutionnalisme britannique est ainsi fondé sur une forme plus traditionnelle que rationnelle de légitimité. En grossissant le trait, on pourrait dire qu'il est plus fondé sur le fait la pratique, politique ou juridictionnelle, que sur le droit. Cette pratique qui s'est traduite dans les conventions de la Constitution a partiellement délaissé la dimension monarchique de l'exercice du pouvoir pour valoriser la démocratie d'opinion, la démocratie presque pure et simple, au détriment de la démocratie constitutionnelle fondée sur la rationalité d'une Constitution formelle considérée comme un droit plus haut garantie par une juridiction constitutionnelle. Ce compromis de tradition fait ainsi prévaloir le droit du législateur sur le droit du juge, une légitimité démocratique rationnelle (B) sur la légitimité traditionnelle des juges de *common law* (A).

### **A — La préexistence de la légitimité traditionnelle des juges sur la légitimité démocratique du Parlement**

Les rapports entre juge et législateurs sont au cœur de la problématique de la légitimité de la Justice constitutionnelle. Au Royaume-Uni, en dépit de la préexistence du droit coutumier consolidé par les juridictions royales établissant le droit commun, la *common law*, les juges se sont au fil des siècles progressivement inclinés face à la loi du souverain monarchique, puis démocratique. Cela ne fut pas le résultat d'un mouvement linéaire puisque les Cours de *common law* n'étaient pas serviles face aux prétentions de certains monarques. Si le Royaume-Uni est une monarchie limitée, c'est parce que les Cours, particulièrement celles ou officiaient le juge Coke, se sont d'abord présentées comme des remparts face à l'absolutisme Royal qu'il vise à s'emparer du pouvoir de juger ou de légiférer<sup>17</sup>. Elles ont, nous l'avons dit, formulé l'idée que les juges pouvaient contrôler les lois au regard de la *common law* dans l'affaire *Bonham* de 1610<sup>18</sup> inspirant le constitutionnalisme américain<sup>19</sup>. Dans une autre décision le Chief Justice Hobart a jugé qu'une loi qui prévoit qu'un homme peut être juge

---

<sup>15</sup> Section 4 et 10 du HRA.

<sup>16</sup> E. S. CORWIN, « "The Higher Law" Background of American Constitutional Law », *Harvard Law Review*, 1929, vol. 42, n° 3, pp. 365-409.

<sup>17</sup> *Case of Prohibitions* [1607] EWHC J23 (KB) et *Case of Proclamations* [1610] EWHC KB J22.

<sup>18</sup> 8 Co. 118a (1610).

<sup>19</sup> E. S. CORWIN, « "The Higher Law" Background of American Constitutional Law », *op. cit.*

et partie est nulle car elle était adoptée en contrariété avec les principes de l'équité naturelle<sup>20</sup>. La portée de ces affaires, qui reste discutée<sup>21</sup>, n'a pas perduré. En dépit de ces décisions, la suprématie du Parlement était reconnue dès le XVI<sup>e</sup> siècle, davantage depuis le *Bill of Rights* et plus encore plus depuis la démocratisation de la vie politique et l'extension du droit de vote au XVIII<sup>e</sup> siècle. En fait, hormis quelques décisions<sup>22</sup>, les juges britanniques ont constamment rejeté l'idée du contrôle de la validité des lois en raison du principe de souveraineté du Parlement<sup>23</sup>. Ainsi, le juge WILLES a affirmé, en 1871, dans la décision *Lee v. Bude and Torrington Railway Co* : « Nous siégeons en tant que serviteurs de la Reine et du pouvoir législatif. Devons-nous agir comme des régents sur ce qui est fait par le Parlement avec le consentement de la Reine, des Lords et de la Chambre des Communes ? Je refuse qu'une telle autorité existe »<sup>24</sup>. L'année suivante, un dictum de la décision *Ex parte Selwyn* affirmait « qu'il n'y a pas d'organe juridictionnel dans le pays qui peut remettre en cause la validité d'une loi »<sup>25</sup>. Albert Venn DICEY a finalement formulé cette idée à travers la formulation du principe de souveraineté du Parlement qu'il a associé à la Rule of Law pour montrer que la Constitution britannique pouvait se mesurer à celle de ses voisins européens, car fondée sur deux principes juridiques<sup>26</sup>. Le refus du contrôle juridictionnel des lois est devenu le corollaire inévitable du principe de souveraineté parlementaire.

La nouvelle strate démocratique de la vie politique à travers l'organe parlementaire s'est superposée à la strate traditionnelle caractérisant le Chef de l'État, la Chambre des Lords et les juges. La légitimité traditionnelle de la justice fondée sur la Constitution coutumière a ainsi cédé dans les faits devant la légitimité démocratique du Parlement britannique qui trouve logiquement une reconnaissance et un soutien auprès des nouveaux citoyens dans une démocratie d'opinion récente. Il faut toutefois préciser que le souverain n'est pas au Royaume-Uni le seul Parlement, mais le Roi en son Parlement et les Cours sont des cours royales de justice, qui rendent la justice au nom du Monarque et non du peuple, comme en France. Si la Constitution coutumière britannique n'est pas exclusivement fondée sur la coutume, puisqu'elle repose aussi sur des lois et la jurisprudence, le degré de formalisation de celle-ci repose sur une alliance traditionnelle et rationnelle. À l'inverse, dans les démocraties constitutionnelles, le juge constitutionnel fonde notamment sa légitimité sur la Constitution formelle qu'elle ait été adoptée par la voie d'une Assemblée constituante, d'une Convention ou approuvée par référendum. La rationalité sur laquelle est fondée la Constitution britannique est dès lors très différente de la rationalité d'une Constitution formelle. Elle repose sur une logique chronologique, historique et non hiérarchique des sources, coutumières, jurisprudentielles et législatives, du droit.

Elle réside également dans une adhésion implicite à l'idée selon laquelle le droit des juges est un droit d'expert, de savants qui est découvert sur la base du précédent par la « raison

---

<sup>20</sup> *Day v Savadge* (1614) 80 ER 235.

<sup>21</sup> J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 123-124 et O. H. PHILLIPS, P. JACKSON et P. LEOPOLD, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 8<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 45.

<sup>22</sup> Voir. E. S. CORWIN, « "The Higher Law" Background of American Constitutional Law », *op. cit.*

<sup>23</sup> Cf., sur cette question, A. W. BRADLEY, « The Sovereignty of Parliament : Form or Substance ? », in *The Changing Constitution*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 33-34 et J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, *op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>24</sup> (1871) LR 6 CP 577, p. 582.

<sup>25</sup> *Ex parte Selwyn* (1872) 36 JP 54.

<sup>26</sup> A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 39-40.

artificielle » qui appartient à celui qui a la « connaissance argumentée et raisonnée du droit » résultant « d'une longue étude et expérience » et non de la « raison naturelle » comme le souligne le juge Coke dans l'affaire des Prohibitions de 1607<sup>27</sup>. Ces éléments témoignent d'une facette complémentaire de la légitimité des juges britanniques qui repose sur l'expertise ainsi que de la dimension non seulement historique, mais surtout aristocratique du droit de *common law*, qui ne serait l'apanage que de quelques-uns. Ce narratif est assez fréquent dans les analyses comparatives entre *common law* et droit codifié, censé être plus accessible et donc plus démocratique. *Common law et civil law* n'ont pas le même droit plus haut : l'un fait appel à un droit découvert par une élite de juges dotés d'une légitimité traditionnelle, tandis que l'autre se voulant accessible à tous renvoie généralement à la Constitution formelle et la loi dotées d'une légitimité rationnelle. Dans le premier cas, le juge est l'oracle vivant du droit (Blackstone) tandis que dans le second, le juge est la bouche de la loi (Portalis). La décision récente de la Cour suprême britannique adoptant à l'unanimité une définition biologique et, par conséquent, issue du droit naturel, du mot sexe et femme au sens de l'*Equality Act 2010* en atteste<sup>28</sup>. Le juge britannique ne mobilise toutefois les ressorts de cette légitimité traditionnelle de la *common law* qu'en l'absence de loi ou pour l'interpréter. C'est en effet parce que les juges britanniques ont compris le basculement de la légitimité monarchique vers la légitimité démocratique à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle avec les réformes successives du droit de vote<sup>29</sup>, qu'ils ont maintenu la position qu'ils avaient envers le souverain monarchique au profit du souverain démocratique. Cette position, si l'on adopte une conception de Constitution de *common law*, ne repose néanmoins que sur leur bon vouloir et les juges pourraient en changer, si l'on reprend les termes de l'affaire *Jackson*<sup>30</sup>.

## **B- La déférence des juges à l'égard du Parlement**

L'absence de légitimité de la justice constitutionnelle se traduit par le refus des juges de contrôler et surtout priver d'effet des lois qui seraient contraires à certains principes constitutionnels. Ce positionnement s'explique purement et simplement par l'absence de constitution formelle qui pourrait servir de norme de référence à un contrôle des lois. En effet, la Constitution souple britannique ne reconnaît comme texte suprême que les lois du Parlement. C'est ainsi en vertu du principe de souveraineté parlementaire, résultant de l'article 9 du *Bill of Rights 1689*, conforté par la démocratisation des modalités d'élection des députés que les juges se refusent à contrôler les lois et à les déclarer invalides. Le juge britannique s'est d'ailleurs trouvé moins légitime à contrôler le souverain c'est-à-dire le Roi en son Parlement — car le souverain s'est historiquement limité. En effet, les juges de *common law* au XVII<sup>e</sup> siècle, tout comme le Parlement au moment de la Glorieuse révolution ont contribué à l'apparition d'une Monarchie limitée. Cette dernière est désormais combinée avec une démocratie d'opinion au sein de laquelle la question du contrôle de certains abus, comme au début des années 1980, ou plus récemment sous le Gouvernement de Boris Johnson, mérite d'être posée.

---

<sup>27</sup> *Case of Prohibitions* [1607] EWHC J23 (KB).

<sup>28</sup> *For Women Scotland v The Scottish Ministers* [2025] UKSC 16.

<sup>29</sup> Ces réformes débutent par le premier *Representation of the People Act* de 1832 pour se terminer par le *Representation of the People Act* de 1969 qui réduit le droit de vote à 18 ans.

<sup>30</sup> *R (Jackson) v. Attorney-General* [2005] UKHL 56, [2005] 3 WLR 733.

Le refus du contrôle des lois et par conséquent de la Justice constitutionnelle s'inscrit dans le cadre d'une doctrine de déférence des juges à l'égard du législateur. Il s'est manifesté dans des décisions anciennes précédemment envisagées<sup>31</sup> et, plus récemment, dans la deuxième moitié du XXe siècle en particulier dans le domaine des droits de l'Homme lorsque des lois étaient contestées pour avoir violé certains droits et libertés dits constitutionnels ou reconnus par des traités comme la CEDH qui n'avait pas encore été incorporée par le *HRA*. La *common law* ne peut, en effet, rien contre une loi explicite. Ce principe doit toutefois être nuancé.

Les juges ont eu recours à la technique de l'interprétation conforme pour reconnaître un effet indirect aux traités, dont la CEDH en présence d'une ambiguïté dans une loi<sup>32</sup>. Lord BRIDGE<sup>33</sup> a formulé ce principe en rappelant que le pouvoir d'incorporer la CEDH n'appartient qu'au Parlement et non aux Cours qui, si elles l'appliquaient, seraient coupables d'une « usurpation judiciaire des fonctions législatives »<sup>34</sup>. En pratique, l'utilisation de cette technique n'a pas été si fréquente et effective, les cours faisant preuve de réticence à trouver une disposition législative ambiguë<sup>35</sup>.

Pour limiter les abus du législateur, les juridictions britanniques ont, en outre, découvert une nouvelle règle d'interprétation impliquant une présomption selon laquelle une loi ne peut abroger des droits et libertés constitutionnels à moins qu'elle ne le précise explicitement<sup>36</sup>.

Ils ont également développé des standards de contrôle plus stricts que le traditionnel test de rationalité, le *Wednesbury* test à travers un contrôle approfondi (*anxious scrutiny*) des atteintes aux droits et libertés<sup>37</sup> qui ne conduisait toutefois pas nécessairement à des décisions favorables aux requérants. Ainsi, face au législateur, la principale arme des juridictions britanniques est l'instrument interprétatif et l'invalidation de la loi.

Cette doctrine de déférence se manifeste également depuis l'entrée en vigueur du *HRA* qui permet aux juridictions britanniques de déclarer des actes administratifs contraires aux droits et libertés de la CEDH, d'interpréter autant que possible les lois à la lumière de ces droits et qui autorise les plus hautes juridictions britanniques à procéder à une déclaration d'incompatibilité de certaines lois qui leur seraient explicitement contraires. C'est dans le cadre de l'exercice du contrôle des actes des autorités publiques et des lois<sup>38</sup> que les juges ont recours à la doctrine de la déférence. Ils préfèrent reconnaître dans certains domaines, tels

---

<sup>31</sup> Cf. *supra*.

<sup>32</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696

<sup>33</sup> Lord ROSKILL a rendu une opinion concurrente à la sienne.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 723.

<sup>35</sup> *Attorney-General v. Associated Newspapers* [1994] 1 All ER 556 ; *Champion v. Chief Constable of the Gwent Constabulary* [1990] 1 All ER 116 ; *Morris v. Beardmore* [1980] 2 All ER 556 ; *Attorney-General v. BBC* [1980] 3 All ER 161. Cf. N. BRATZA, « The Treatment and Interpretation of the European Convention of Human Rights by the English Courts », in J. P. GARDNER (dir.), *Aspect of Incorporation of the European Convention of Human Rights into Domestic Law*, The British Institute of International and Comparative Law, British Institute of Human Rights, London, 1993, p. 69 ; F. KLUG et K. STARMER, « Incorporation Through the Back Door », *PL*, 1997, p. 227.

<sup>36</sup> *Pyx Granite C Ltd v. Ministry of Housing and Local Government* [1960] AC 260, p. 286, Viscount SIMONDS ; *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115.

<sup>37</sup> *Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department* [1987] AC 514, p. 531E-G ; M. FORDHAM, « What is « Anxious Scrutiny » ? », *JR*, 1996, p. 8 ; *R v. Ministry of Defense, ex parte Smith* [1996] QB 517 ; M. FORDHAM et T. DE LA MARE, « Anxious Scrutiny, the Principle of Legality and the Human Rights Act », *JR*, 2000, pp. 40-51.

<sup>38</sup> Avec le recours à la notion de « sphère discrétionnaire de jugement » ou de déférence, cf. pour les autorités publiques : *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department* [2002] 3 WLR 344 (CA) et pour les lois, par exemple : *A and others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

ceux de la sécurité nationale<sup>39</sup>, de l'ordre public<sup>40</sup>, des dépenses publiques<sup>41</sup>, des politiques d'immigration<sup>42</sup> ou des relations internationales<sup>43</sup>, une « sphère discrétionnaire de jugement » au bénéfice de certaines autorités.

La légitimité traditionnelle des juridictions britanniques a logiquement dû céder devant la Souveraineté partiellement (pensons à la Chambre des Lords) démocratique du Parlement. Cette combinaison que Dicey traduit à travers les principes de prééminence du droit des juges de *common law* (*Rule of Law*) et de souveraineté du Parlement repose sur un cadre constitutionnel informel, souple du fait de sa dimension coutumière. C'est justement ce fondement et la nature de la légitimité des institutions qui en résultent qui explique cette absence de légitimité de la justice constitutionnelle dans un sens formel. Pourtant, le Royaume-Uni n'a pas complètement tourné le dos à toute forme de contrôle des lois surtout dans un domaine, celui des droits et libertés. C'est cette préoccupation qui a conduit le Royaume-Uni à emprunter la voie d'un modèle original de contrôle de constitutionnalité avec le *Human Rights Act 1998*. L'adoption d'une forme allégée de contrôle de constitutionnalité est ainsi la résultante de la dimension coutumière de la Constitution qui valorise une alliance entre suprématie législative et croyance dans l'importance du rôle des juges pour garantir les droits et libertés. Si le Royaume-Uni reconnaît la légitimité de la justice constitutionnelle, ce n'est qu'exceptionnel et que dans une dimension matérielle.

## **II — L'admission exceptionnelle d'une légitimité de la justice constitutionnelle au sens matériel**

Lorsque le Royaume-Uni a fait le choix d'une forme de justice constitutionnelle, il a opté pour un mécanisme inédit qui mobilise la tradition pour dénoncer les violations des droits et libertés et le politique, la démocratie, pour corriger ces violations. C'est par un mécanisme original de déclaration d'incompatibilité que les plus hautes Cours<sup>44</sup> peuvent pour la première fois déclarer une loi contraire avec les droits et libertés de la CEDH. La reconnaissance d'une compétence de contrôle du législateur reste toutefois une illustration de la confiance que les Britanniques persistent à avoir dans une Constitution fiduciaire basée sur une certaine foi dans la pratique et la tradition plutôt que dans la rationalité d'une constitution formelle (B).

En dépit de sa spécificité, cette compétence a participé à un processus de légitimation de la justice assez comparable à celui qu'ont pu connaître certaines juridictions

---

<sup>39</sup> *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, *op. cit.*, § 31, Lord STEYN ; § 62, Lord HOFFMANN ; *A and others v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 1502, [2003] 2 WLR 564, §§ 40 et 44.

<sup>40</sup> *R (Farrakhan) v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*

<sup>41</sup> *R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Spath Holme Ltd* [2001] 2 AC 349, [2001] 1 All ER 195, [2001] 2 WLR 15 (HL), § 395 ; *R (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, *op. cit.*, §§ 69-70, Lord HOFFMANN ; *Poplar Housing and Regeneration Community Association v. Donoghue*, *op. cit.*, §§ 70-71, Lord WOOLF ; *Wandsworth London Borough Council v. Michalak* [2002] EWCA Civ 271, [2003] 1 WLR 617, § 41, BROOK LJ ; *R (Carson) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2002] EWCA 978 (Admin), [2002] 3 All ER 994, § 68, Stanley BURNTON LJ.

<sup>42</sup> *R (Farrakhan) v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 71, Lord PHILLIPS OF WORTH MATRAVERS MR ; *R (Saadi) v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 31, Lord SLYNN OF HADLEY.

<sup>43</sup> *R (Carson) v. Secretary of State for Work and Pension*, *op. cit.*, §§ 68 et 70, Stanley BURNTON LJ .

<sup>44</sup> La déclaration d'incompatibilité ne peut être effectuée que par la Chambre des Lords, la Cour d'Appel en Angleterre et au Pays de Galles, la Cour de Session en Écosse, la Cour Martiale d'Appel, la Haute Cour et le Conseil Privé de la Reine selon la section 4 (5) du *HRA 1998*.

constitutionnelles, à l'instar du Conseil constitutionnel, mais qui paraît difficilement réalisable compte tenu de la nature propre du droit de *common law* (A).

### **A — Une forme faible de contrôle des lois fondée sur une Constitution fiduciaire**

S'il est un cas où les Britanniques ont accepté que les juges puissent avoir un rôle comparable à un succédané de justice constitutionnelle, ce sont les droits de l'Homme. Pourtant, la nature de ce rôle atteste de l'absence de légitimité de décisions des juges, y compris des juges de *common law*, à prévaloir sur les décisions adoptées démocratiquement par le Parlement. Ainsi, les juridictions britanniques n'ont pas le dernier mot lorsqu'il s'agit de contrôler les lois ordinaires. En effet, les procédures que prévoit le *HRA* sont originales en ce qu'elles traduisent le compromis constitutionnel britannique : celui du rôle du juge pour dénoncer les violations des droits conventionnels et celui du dernier mot laissé au pouvoir politique à travers le Gouvernement et sa majorité parlementaire pour les corriger. La section 4 du *HRA* permet aux plus hautes Cours, qui ne parviennent pas à interpréter une loi conformément aux droits conventionnels (section 3), de constater son incompatibilité. Cette déclaration n'affecte pas la validité de la loi, mais alerte les pouvoirs publics de sa contrariété avec les droits conventionnels. Cette procédure constitue un simple signal d'alarme qui avertit le Parlement et les pouvoirs publics de la contrariété d'une loi par rapport aux droits conventionnels. Cette mesure, comme la technique de l'interprétation conforme ne révolutionne pas, a priori, les rapports entre les Cours et le Parlement puisqu'elle n'affecte pas la validité ou l'exécution de la législation en cause. Elle permet simplement d'identifier une contrariété entre une loi et un droit conventionnel, tout en respectant la souveraineté parlementaire. Cela étant, elle constitue une invitation formelle qui s'adresse au ministre compétent afin qu'il reconsidère la loi incompatible soit par l'introduction d'un nouveau projet de loi, soit, dans des circonstances limitées, par la procédure de *remedial order* d'adoption d'une ordonnance selon une procédure accélérée prévue par la section 10 du *HRA*. La déclaration d'incompatibilité est, par conséquent, susceptible de déclencher un mécanisme de résolution politique des incompatibilités suite au constat, par une juridiction compétente, de la contrariété d'une loi avec les droits conventionnels. C'est principalement dans ce mécanisme novateur que réside toute l'originalité du *HRA*.

Ce qui l'inscrit en porte à faux avec la justice constitutionnelle formelle, c'est qu'il repose sur l'absence d'effet juridique d'une décision de justice et sur la confiance dans la correction politique d'une atteinte aux droits et libertés à une majorité simple. La justice constitutionnelle formelle donnant généralement le dernier mot à une majorité parlementaire renforcée, à travers la procédure de révision constitutionnelle qui permet de remettre en cause une décision d'une juridiction constitutionnelle. La procédure de déclaration d'incompatibilité, qui donne le dernier mot à la majorité simple est plus démocratique, mais, contrairement au contrôle de constitutionnalité formel, qui a pour effet de priver une loi de sa validité, parfois après avoir été saisi par une minorité politique, elle protège moins les minorités. En effet, en ne permettant qu'à la procédure de révision constitutionnelle qui nécessite de réunir un consensus plus large que la majorité simple de revenir sur des décisions des juridictions constitutionnelles, le dernier mot donné au pouvoir constituant assure une protection plus forte des minorités. À l'inverse, avec les corrections des incompatibilités dont la pratique dépend de la majorité politique en place, le gouvernement majoritaire va protéger des valeurs majoritaires qui alternent davantage dans le temps.

Au-delà du mécanisme même de la déclaration d'incompatibilité qui n'a aucun effet sur la loi déclarée incompatible, l'approche du Gouvernement en matière de correction des incompatibilités est, en effet, pragmatique et manque de systématisation. Cela nuit à l'efficacité de la garantie des droits et libertés dans la mesure où certaines violations subsistent pendant plusieurs mois, voire plusieurs années avant d'être corrigées. Tel a été le cas dans l'affaire *H*, à propos de l'illégalité de l'internement de personnes dans des hôpitaux psychiatriques qui n'a été corrigée que quelques mois après la déclaration d'incompatibilité ou encore de la poursuite de la détention des suspects d'actes de terrorisme dans l'affaire *Belmarsh*. La Commission parlementaire mixte pour les droits de l'Homme a donc demandé au Gouvernement d'adopter une politique plus claire en matière de déclaration d'incompatibilité. Elle recommande que le Gouvernement y réponde plus systématiquement quitte à utiliser plus fréquemment la procédure de *remedial orders*<sup>45</sup>. La quatrième section, puis la Grande Chambre de la CourEDH se sont également prononcées sur cette question dans l'affaire *Burden c. Royaume-Uni*<sup>46</sup>. La CourEDH a indiqué, à propos des déclarations d'incompatibilité, que « le ministre n'est soumis à aucune obligation légale de modifier une disposition législative qu'un tribunal a déclaré incompatible avec la Convention. » Elle remarque cependant qu'« [...] à un stade ultérieur, des signes d'une pratique établie et de longue date consistant pour les ministres à donner effet aux déclarations d'incompatibilité des tribunaux seront peut-être suffisants pour convaincre la Cour du caractère effectif de cette procédure. À l'heure actuelle, toutefois, il n'y a pas d'éléments suffisants pour justifier une telle conclusion »<sup>47</sup>. La procédure de déclarations d'incompatibilité n'est par conséquent pas un recours effectif au sens de la Convention car elle repose sur le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif.

Le *HRA* montre que si la légitimité traditionnelle des juridictions ne permet pas de justifier le contrôle démocratique des lois de leur propre fait, c'est par une habilitation législative que ces dernières peuvent emprunter la voie du contrôle des lois. Le *European Communities Act 1972 (EC Act)* en a témoigné puisque la Chambre des Lords a changé de paradigme constitutionnel après moultes hésitations dans l'affaire *Factortame* de 1991<sup>48</sup>. Après avoir d'abord refusé de contrôler une loi, le *Mersant Shipping Act 1988*, contraire au droit communautaire, les Lords ont finalement accepté cette révolution constitutionnelle. Selon Lord Bridge, en adoptant cette loi, le Parlement a limité sa souveraineté de manière « entièrement volontaire »<sup>49</sup> dans la mesure où le principe de suprématie du droit communautaire était établi dans la jurisprudence de la Cour européenne bien avant que le Royaume-Uni n'adhère aux Communautés européennes. Dès lors, en écartant une disposition législative contraire aux principes incorporés par une loi antérieure, ce qui porte atteinte à la règle de l'abrogation implicite, le juge ne fait qu'appliquer la volonté du Parlement qui a

---

<sup>45</sup> *Joint Committee on Human Rights, Monitoring the Government's Response to Court Judgements Finding Breaches of Human Rights, Sixteenth Report*, 28 June 2007, HL 128, HC 728, §§ 14-20 et §§ 109-140, plus particulièrement §§ 118-119; *Joint Committee on Human Rights, Thirty-first Report Monitoring the Government's Response to Human Rights Judgements: Annual Report 2008*, HL 173/HC 1078, 31 October 2008, § 6.

<sup>46</sup> CourEDH, 12 décembre 2006, *Burden c. Royaume-Uni*, Req. n° 13378/05 ; CourEDH, Grande Chambre, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, Req. n° 13378/05. À ce sujet, cf. M. Amos, « The Impact of the Human Rights Act on the United Kingdom's Performance Before the European Court of Human Rights », *PL*, 2007, p. 666.

<sup>47</sup> CourEDH, 12 décembre 2006, *Burden c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 39.

<sup>48</sup> *Factortame Ltd v. Secretary of State for Transport (No. 2)* [1991] 1 All ER 70.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 658-659.

délibérément limité son pouvoir souverain au profit de l'ordre communautaire<sup>50</sup>. Le Parlement se serait lui-même lié, en adoptant la loi d'adhésion, aux Communautés européennes. Le fait pour les Cours d'écarter le droit national au profit du droit communautaire, n'est pas un réel abandon de souveraineté car, en donnant effet au droit communautaire, les Cours appliquent simplement la volonté exprimée par le Parlement dans le *European Communities Act 1972*. Ce raisonnement permet de justifier l'altération de la souveraineté parlementaire comme un renoncement volontaire dont la source n'est pas le droit communautaire, mais la volonté du Parlement lui-même<sup>51</sup>. Cela étant, la Chambre des Lords, en acceptant d'écarter une loi au motif de sa contrariété avec le droit communautaire, a remis en cause l'idée d'une souveraineté parlementaire illimitée<sup>52</sup>.

L'affaire *Thoburn*<sup>53</sup> témoigne par ailleurs de l'aléa, si ce n'est de l'insécurité juridique, d'une justice dont dépend l'existence ou l'absence d'un contrôle des lois ainsi que la reconnaissance de lois qualifiées de constitutionnelles. Dans cette affaire, la Haute cour avait déclaré que certaines lois faisaient exception à la doctrine de l'abrogation implicite (*implied repeal*) et qu'elles ne pourraient qu'être abrogées explicitement par le Parlement<sup>54</sup>. Quelques années plus tard, la Cour suprême a repris le précédent *Thoburn* pour également consacrer des lois constitutionnelles dans une liste ne mentionnant pas les mêmes textes législatifs et omettant, par exemple, les lois de dévolution<sup>55</sup>.

Le contrôle de la loi n'est ainsi rendu possible que si le législateur l'a implicitement (droit communautaire avec le *EC Act*) ou explicitement (droit CEDH avec le *HRA*) décidé. La tradition juridictionnelle s'incline ainsi devant la rationalité démocratique et juridique qu'elle soit législative et/ou internationale. Il est toutefois des cas dans lesquels les juges se présentent comme des garde-fous sur le seul fondement de la *common law* et de la tradition. L'exemple récent le plus connu est celui de l'affaire *Jackson*<sup>56</sup> dans laquelle Lord Steyn et Lady Hale rappellent que le fondement ultime sur lequel la Constitution britannique est fondée est la *Rule of Law*, c'est-à-dire le pouvoir des juges et que dans l'hypothèse où une loi viendrait à remettre explicitement en cause la procédure de *judicial review*, qui est un mécanisme de contre-pouvoir face à l'exécutif, ou les droits individuels, ils pourraient être amenés à contrôler une loi. Les juges rappellent ici que la tradition britannique peut être un rempart contre les abus du législateur, mais une telle garantie est aussi aléatoire que la correction des

---

<sup>50</sup> P. CRAIG, « British Administrative Law », *REDP*, 1991, vol. 3, n° 2, p. 531.

<sup>51</sup> A ce propos, cf. Lord IRVINE OF LAIRG, « Constitutional Change in the United Kingdom : British Solution to Constitutional Problems », *The 1998 National Heritage Lecture, in Lord IRVINE of LAIRG, Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System, Selected Essays*, Hart Publishing, Oxford/Portland (Or.), 2003, p. 46.

<sup>52</sup> En ce sens, cf. notamment T. R. S. ALLAN, « Parliamentary Sovereignty : Law, Politics, and Revolution », *LQR*, 1997, p. 449.

<sup>53</sup> *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195;

<sup>54</sup> « The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights. Examples are the Magna Carta, the Bill of Rights 1689, the Act of Union, the Reform Acts which distributed and enlarged the franchise, the HRA, the Scotland Act 1998 and the Government of Wales Act 1998. The ECA clearly belongs in this family. »

<sup>55</sup> *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; *A v BBC* [2014] UKSC 25.

« The United Kingdom has no written constitution, but we have a number of constitutional instruments. They include Magna Carta, the Petition of Right 1628, the Bill of Rights and (in Scotland) the Claim of Rights Act 1689, the Act of Settlement 1701 and the Act of Union 1707. The European Communities Act 1972, the Human Rights Act 1998 and the Constitutional Reform Act 2005 may now be added to this list. »

<sup>56</sup> *R (Jackson) v. Attorney-General* [2005] UKHL 56, [2005] 3 WLR 733, § 102.

incompatibilités. Si cette dernière dépend de la majorité politique, le rôle de contre-pouvoirs des juges, en l'absence d'habilitation en ce sens dans un texte constitutionnel ou de loi, ne dépend que d'eux.

En l'espèce, la Chambre des Lords a accepté d'examiner cette question traitant de la validité d'une loi alors même que l'article 9 du *Bill of Rights 1689* interdit aux Cours de mettre en cause les procédures devant le Parlement. En effet, dans cette affaire, les Lords ont justifié leur compétence en expliquant qu'ils s'engageaient non pas dans une procédure de contrôle des lois, mais dans un processus d'interprétation législative, à savoir si le *Parliament Act 1949* était bien valide au regard des termes de la loi de 1911. Selon les Lords, ce procédé était légitime car ils n'intervenaient pas dans le travail interne au Parlement, mais examinaient si la loi de 1949 et le *Hunting Act de 2004* étaient du droit en vigueur.

Par ailleurs, plusieurs opinions ont laissé entendre qu'un nouvel équilibre s'était établi entre le principe de souveraineté parlementaire et la *rule of law*, les deux fondements de la Constitution britannique. En effet, Lord Steyn considère que, bien qu'il soit toujours « le principe *général* de [la] Constitution » britannique, le principe de souveraineté parlementaire présenté par A. V. Dicey est désormais « dépassé dans le Royaume-Uni moderne »<sup>57</sup>. Il n'est, selon lui, pas impensable que « certaines circonstances permettent aux Cours de qualifier un principe établi sur une hypothèse de constitutionnalisme différente »<sup>58</sup>. Lord Hope considère, pour sa part, que « le principe de souveraineté parlementaire n'est plus, s'il l'a jamais été, absolu ». Selon lui, « la *rule of law*, mise en œuvre par les Cours, est le facteur ultime de contrôle sur lequel [la] Constitution est fondée ». Par ailleurs, Lord Steyn et Lady Hale<sup>59</sup> suggèrent que, dans des circonstances exceptionnelles, une loi qui affecterait le principe de *rule of law* en abolissant la procédure de *judicial review* ou les droits des individus pourrait être contrôlée par les Cours. Il apparaît alors que le principe, plus démocratique et rationnel, de souveraineté parlementaire doit désormais être envisagé selon une « nouvelle hypothèse constitutionnelle »<sup>60</sup>, marquée par un rééquilibrage des fondements de la Constitution britannique en faveur de la tradition de *common law*.

En définitive, en dépit des apparences, la logique sur laquelle repose le contrôle des lois avec la procédure de déclaration d'incompatibilité, s'inscrit dans une logique très différente de celle des juridictions constitutionnelles, relevant du modèle des Cours suprêmes ou des Cours constitutionnelles. Elle ne repose pas sur le caractère exécutoire de la décision de justice et sur l'effet de la décision du juge sur la validité des normes, mais sur une pratique de confiance et de *fair play* politique consistant à corriger une violation dénoncée par les Cours. La pratique a pu montrer que cette correction n'était pas nécessairement rapide ni systématique et que des violations pouvaient persister en dépit de décisions de Cours britanniques ou de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'affaire *Hirst*<sup>61</sup> à propos du droit de vote des détenus montre d'ailleurs que sur certaines questions politiquement sensibles, à propos desquels l'opinion publique est divisée, il a fallu plusieurs années pour légiférer sur la question et minimiser la violation. Cet exemple montre la fragilité du mécanisme qui dépend d'une opinion majoritaire simple, facilement manipulable à l'ère

---

<sup>57</sup> *R (Jackson) v. Attorney-General*, *op. cit.*, § 102.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *R (Jackson) v. Attorney-General*, *op. cit.*, § 102 et § 159.

<sup>60</sup> J. JOWELL, « Parliament Sovereignty under the new Constitutional hypothesis », *PL*, 2006, pp. 562-580.

<sup>61</sup> *Hirst v United Kingdom (No 2)* (2005) ECHR 681.

d'internet, des réseaux sociaux, de l'IA et des mouvements populistes peu enclins à protéger les droits de certaines minorités.

## **B — Un processus chimérique de légitimation démocratique d'une justice ancrée dans le passé**

Le renouveau des compétences des juridictions britannique dans leur contrôle des lois au regard de la CEDH et du droit communautaire a contribué à percevoir la nécessité des réformes visant à démocratiser l'institution judiciaire très comparable à celle conduite dans des pays dotés d'une justice constitutionnelle formelle.

Elles se sont organisées autour de plusieurs axes dont le fer de lance a été l'adoption du *Constitutional Reform Act 2005* (CRA) : la mise en place d'une Cour suprême indépendante remplaçant l'ancienne Chambre des Lords avec une autonomie administrative et de fonctionnement par rapport à la Chambre Haute du Parlement en 2009, la réforme de la sélection et un souci de diversité des origines des juges ordinaires — dont les plus hautes Cours<sup>62</sup> peuvent contrôler les lois — et de la Cour suprême, l'ouverture et la transparence du fonctionnement administratif et juridictionnel de la Cour suprême avec une communication soucieuse du grand public<sup>63</sup>, la réforme de la motivation des décisions et de « grandes décisions ».

**L'indépendance** de la plus haute juridiction britannique est, en premier lieu, consacrée par l'installation de la Cour suprême hors de l'enceinte du Parlement dans le bâtiment du Middlesex Guildhall sur Parliament Square, qui témoigne au niveau géographique de l'indépendance administrative de la Cour suprême. Les juges de la Cour suprême ne pourront plus siéger à l'Assemblée parlementaire de la Chambre des Lords, ce qui constitue une garantie supplémentaire de leur indépendance<sup>64</sup>. En supprimant le droit de siéger et de voter à la Chambre des Lords, la section 137 du *CRA* entérine donc une convention constitutionnelle puisque le divorce était déjà existant dans les faits<sup>65</sup>. Dotée d'un siège distinct du Parlement, la Cour suprême dispose également d'un personnel propre alors qu'elle était autrefois dépendante, au niveau administratif, du personnel de la Chambre des Lords. Celui-ci est désormais recruté au sein du Civil service et géré par le Président de la Cour, seul ou en collaboration avec le lord Chancelier. La section 45(1) du *CRA* consacre également une autonomie dans l'établissement des règles de procédure qui relèvent de la compétence du Président de la Cour suprême après consultation du lord Chancelier, des barreaux et Sociétés du droit anglais et gallois, écossais et nord-irlandais. Ces règles sont posées dans le *Supreme court Rule 2024*.

La **désignation** des juges de la Cour suprême a, tout d'abord, gagné en transparence avec l'intervention d'une Commission de sélection qui a permis de lever l'opacité entourant la nomination des *Law Lords*. Ces derniers étaient désignés par la Reine sur recommandation du

---

<sup>62</sup> Cette déclaration ne peut être effectuée que par la Chambre des Lords, la Cour d'appel en Angleterre et au Pays de Galles, la Cour de Session en Écosse, la Cour Martiale d'appel, la Haute Cour et le Conseil Privé de la Reine selon la section 4 (5) du *HRA* 1998.

<sup>63</sup> Lord REED OF ALLERMUIR, *Judicial Transparency and Communication*, Montenegro, 20 June 2025.

<sup>64</sup> Sur cette question voir, MASTERMAN (R.), *op. cit.*

<sup>65</sup> Lord MANCE, « Constitutional Reforms, the Supreme Court and the Law Lords », *Civil Justice Quarterly*, 2006, p. 160.

Premier ministre agissant sur les conseils du lord Chancelier. Il ne désignait pas les juges de façon discrétionnaire, mais consultait les membres de la profession judiciaire avant toute désignation. Le processus de consultation restait cependant secret, ce qui pouvait susciter la suspicion. La désignation des juges de la Cour suprême est dorénavant précédée d'un processus de sélection conduit par une Commission de 5 membres<sup>66</sup> avec des consultations obligatoires de *senior judges*, du lord Chancelier et des exécutifs dévolus. La Commission propose un nom au lord Chancelier qui aura différentes options : il pourra soit notifier le nom de la personne désignée au premier ministre en vue de la désignation par la Reine, soit rejeter la proposition, soit demander à la Commission de considérer de nouveau la sélection<sup>67</sup>. Le lord Chancelier recommande, en dernier lieu, le candidat au Premier ministre en vue de sa désignation par la Reine. La section 25 du *CRA* exige que les candidats à la Cour suprême aient tenu de hautes fonctions judiciaires pendant au moins deux ans ou aient exercé des fonctions d'avocat pendant quinze ans. Les sections 27 (7) et (8) indiquent, pour leur part, que la sélection doit être basée sur la valeur du candidat et doit veiller à ce que les juges aient des connaissances et une expérience pratique du droit de l'ensemble des territoires du Royaume-Uni. Une convention constitutionnelle qui contribue ainsi à représenter les différents systèmes juridiques britanniques, ce qui assure dans le même temps la représentativité géographique, facteur de légitimité de la juridiction suprême.

La quatrième partie du *CRA* concerne les désignations des juges des juridictions inférieures. Les noms qui seront désormais proposés au Lord Chancellor devront être publiés par une Commission (*Judicial Appointment Commission*)<sup>68</sup> composée de 15 membres<sup>69</sup> dont la fonction est de désigner les juges en tenant notamment compte de la nécessité de favoriser la diversité entre les différents candidats à la nomination<sup>70</sup>. Bien que les règles puissent varier en fonction des postes à pourvoir<sup>71</sup>, la procédure consiste à ce qu'un jury de cette commission propose un candidat au lord Chancelier<sup>72</sup> qui le transmet au Premier ministre pour que la Reine le désigne formellement. La nouvelle procédure remplace le processus de désignation des hauts magistrats nommés par la Reine sur proposition du Premier ministre avec l'avis du lord Chancelier et des autres juges d'Angleterre et du Pays de Galles qui étaient nommés directement par le lord Chancelier<sup>73</sup>.

Malgré ces modifications, les critères de sélection laissent une marge de manœuvre aux autorités de désignation dont la sélection conduit, nous le verrons, à des résultats de plus en plus représentatifs notamment dans les juridictions inférieures si ce n'est au sein de la Cour suprême<sup>74</sup>.

---

<sup>66</sup> Un Président et un *Deputy President*, les représentants de la *Judicial Appointment Commission for England and Wales* et des organes équivalents en Écosse et en Irlande du Nord, *Constitutional Reform Act 2005*, Schedule 8.

<sup>67</sup> *Constitutional Reform Act 2005*, Section 29(2).

<sup>68</sup> Il faut la distinguer de la Commission de sélection des membres de la Cour suprême.

<sup>69</sup> Un Président qui n'a jamais exercé de fonctions judiciaires ou qui n'a jamais été avocat, 5 juges (de la Cour d'appel, de la *High Court*, un issu soit de la Cour d'appel ou de la *High Court*, un juge de circuit, un juge de district), deux avocats en exercice, cinq membres qui n'ont jamais exercé de fonctions judiciaire ou été avocat, un membre de tribunal légal et un *lay magistrate*, *Constitutional Reform Act 2005*, Schedule 12.

<sup>70</sup> *Constitutional Reform Act 2005*, Section 64.

<sup>71</sup> *Constitutional Reform Act 2005*, Section Section 67 à 94.

<sup>72</sup> Le lord Chancelier dispose des mêmes pouvoirs que lorsqu'il s'agit de la désignation des juges de la Cour suprême.

<sup>73</sup> Il pouvait également les recommander à la Reine.

<sup>74</sup> Lady ROSE OF COLMWORTH DBE, « Women in the Law: the story so far... now read on », A talk to mark International Women's Day 19 March 2025.

Une **nouvelle rédaction** des arrêts inspirée de ceux de la Cour suprême américaine a été adoptée. L'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords rendait des jugements *seriatim* qui ne contenaient pas de motivation unique et collégiale, marqués par la pratique parlementaire dont il était l'une des commissions. Les Lords ont rejeté l'idée d'un jugement unique, mais ont opté pour la technique américaine du « jugement de la Cour ». Les décisions peuvent désormais être rendues au nom de la Cour unanime par un ou plusieurs Justices. La longueur des décisions est ainsi réduite ce qui en favorise l'accessibilité. Lorsque la Cour n'est pas unanime, s'ajoutent à l'opinion majoritaire des opinions qualifiées d'« individuelles » ou « concordantes », approuvant la décision majoritaire pour d'autres motifs et des opinions dissidentes, qui s'écartent des motifs et des dispositifs<sup>75</sup>.

La Cour suprême, comme la Chambre des Lords d'ailleurs, ont rendu de « grandes décisions »<sup>76</sup> témoignant, comme les affaires *Miller* et plus particulièrement celle de 2019<sup>77</sup> concernant la Prorogation du Parlement d'une forme de « courage » face à la situation du Brexit et à la décision de Boris Johnson de suspendre le Parlement. Dans ces cas, la position de la Cour suprême a souvent été justifiée par des principes traditionnels de *common law*, comme le montre l'affaire de la suspension du Parlement de 2019. Le jugement de la Cour unanime remonte aux affaires des *Proclamations* rendues par le juge Coke dans laquelle il affirme que le Roi n'a pas d'autre « prérogative que celle que le droit du pays lui confère » ou à l'affaire *Entick v. Carrington* de 1765<sup>78</sup> selon laquelle un ministre ne peut pas ordonner de s'introduire dans une propriété privée sans l'accord du Parlement ou de la *common law* — pour développer sa motivation soutenant l'illégalité de la décision de suspendre le Parlement.

Toutes les grandes décisions ne sont évidemment pas fondées sur la *common law*, notamment lorsqu'elles mettent en œuvre certaines lois, dont le *HRA*, mais même dans ce domaine, une tendance souhaitant revenir aux droits de *common law* avant d'aller chercher les droits conventionnels s'est manifestée dans l'opinion unanime de l'affaire *Osborne*<sup>79</sup>. Dans le premier cas, comme dans le second, les juges britanniques ne semblent pas juger dans un monde clos et éthéré d'un droit traditionnel préexistant. Le contexte géopolitique ou politique peut éclairer ces décisions, comme d'autres. L'affaire *Osborne* a été rendue en 2013, peu après le Protocole de Brighton promu par le Premier ministre David Cameron en écho à un certain euroscepticisme des britanniques auquel semble répondre la mise en avant des droits de *common law* par la Cour suprême. La décision *Miller II*, s'inscrit quant à elle, dans le marasme de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, à laquelle a contribué Boris Johnson et qu'il veut négocier sans intervention du Parlement. L'opinion publique britannique était prête dans l'affaire *Osborne* à une forme de nationalisation de la protection des droits et libertés après l'influence parfois critiquée du *HRA* sur le droit britannique (en matière de sécurité nationale ou d'immigration par exemple), elle ne pouvait toutefois pas admettre dans le

---

<sup>75</sup> A. ANTOINE, « Écrire les décisions de justice... une comparaison franco-britannique », *RDP*, 2014, p. 759-783.

<sup>76</sup> Cf. par exemple, une sélection réalisée par la Chaire droit public et politique comparé à l'aide de l'Open Law Project — Constitutional Law hébergé par la plateforme BAILII, ainsi qu'à l'aide de manuels, traités et Cases and Materials britanniques : <https://chaire-droit-public-politique-compare.fr/ressources-bibliographie-sitographie-ouvrages-articles-blogs/grandes-decisions-des-juridictions-de-common-law/grandes-decisions-des-juridictions-du-royaume-uni-2005-2023/>.

<sup>77</sup> *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41.

<sup>78</sup> *Case of Proclamations* (1611) 12 Co Rep 74 ; *Entick v Carrington* (1765) 19 State Tr 1029; 2 Wils KB 275.

<sup>79</sup> *Osborn, Booth, Reilly v The Parole Board* [2013] UKSC 61.

second cas, que la décision de sortir de l'Union européenne ne puisse être négociée que par l'exécutif. Cela aurait été à l'encontre d'un aspect informel fondamental de la Constitution britannique qui est difficile à saisir du point de vue du constitutionnalisme écrit : l'autolimitation politique.

Cet aspect informel de la Constitution britannique doit être mis en contraste avec sa dimension formelle qui repose sur des règles jurisprudentielles de *common law*, des règles législatives, des conventions constitutionnelles « écrites » ou « codifiées » ainsi que des formes de « soft law » — c'est à dire, des guidances. Le constitutionnalisme informel repose, quant à lui, sur l'utilisation et la pratique qui sont faites de règles constitutionnelles dont certaines peuvent donner un pouvoir discrétionnaire au Premier ministre ou autorités publiques. En dépit toutefois de ces pouvoirs discrétionnaires, il y a une règle informelle fondamentale selon laquelle la constitution britannique repose sur le bon comportement (*good chaps*), l'autolimitation politique (*political self-restraint*), une forme de modération ou de *fair play* politique<sup>80</sup>. Si le Brexit a animé le débat politique à la faveur de partis ou de programme populistes, l'adhésion des citoyens à une pratique politique débridée s'est arrêtée au seuil du scandale du *Partygate* et des mensonges de Boris Johnson devant le Parlement qui ont conduit à sa démission<sup>81</sup>. Comme pour les corrections des incompatibilités, le garde-fou en vie politique et judiciaire britannique n'est pas une Constitution ou une justice constitutionnelle formelle aux décisions exécutoires, qui en dépit de ses faiblesses repose sur une légitimité légale rationnelle plus sécurisante que celle sur laquelle repose le système britannique. C'est, en effet, principalement le poids de l'opinion publique, des citoyens-justiciables sur le politique au sens large et, dans une moindre mesure, sur la justice qui joue un rôle fondamental. Dans le cas du pouvoir politique, le rapport de légitimité et de légitimation est toutefois plus direct (refus d'élire de nouveau un député et de désigner un Premier ministre) que dans le cas de la Justice qui peut prendre des décisions dans le courant ou à contre-courant de celles de l'opinion publique. En effet, cette dernière trouve encore, en dépit de sa démocratisation institutionnelle, sa raison d'être dans la tradition historique du droit de *common law*. Face à cette démocratie d'opinion, le rempart que ce droit constitue peut paraître bien fragile de par son conservatisme intrinsèque et car il dépend, en dernier lieu, des opinions individuelles des juges, qui sont des hommes et des femmes, presque comme les autres.

---

<sup>80</sup> A. BLICK, P. HENNESSY, *Good Chaps No More ? Safeguarding the Constitution in Stressful Times*, Report, The Constitution Society, 2019, 33 p. et A. Duffy-Meunier et A. Young, « Populisme et changements constitutionnels au Royaume-Uni », in *Populisme et changements constitutionnels*, co-direction scientifique A. DUFFY-MEUNIER, avec N. PERLO, Confluences des droits, 2024, pp. 161-182.

<sup>81</sup> *HC Committee of Privileges, Matter referred on 21 April 2022 (conduct of Rt Hon Boris Johnson): Final Report*, 15 June 2023, HC 564.