

Table ronde internationale de justice constitutionnelle

“Constitution et pratiques de la Constitution”

Rapport préalable Royaume-Uni

Le présent rapport préalable entend répondre d'une façon synthétique aux questionnements soulevés par les grilles des différents ateliers avant une refonte postérieure en vue de la publication du rapport définitif.

ATELIER 1 Penser dans la science du droit les pratiques anticonstitutionnelles

I— Que faut-il entendre par ce terme ? Quelles sont les questions théoriques qui sont soulevées par cette question ? Quelles opérations intellectuelles doivent être mobilisées pour apprécier la régularité d'une pratique ? Quelle est la marge d'appréciation existante pour pouvoir valablement l'apprécier ? Peut-on avoir une appréciation objective d'une pratique anticonstitutionnelle ? Peut-on dresser une typologie des pratiques anticonstitutionnelles ? Peut-on établir une échelle d'irrégularité des pratiques anticonstitutionnelles ?

La notion de pratique anticonstitutionnelle est conditionnée par la nature de la Constitution propre à chaque système juridique. Du point de vue théorique, elle questionne le concept même de Constitution dans ses liens avec ce qui relève de la politique. Dans ce prolongement, elle interroge les classifications traditionnelles : Constitution formelle/rigide, souple, coutumière, matérielle... Déterminer l'inconstitutionnalité d'une pratique, revient *a priori* à s'interroger sur l'irrégularité formelle et matérielle de celle-ci. Au Royaume-Uni, la Constitution coutumière complique la détermination de l'irrégularité constitutionnelle tout en laissant une marge de manœuvre importante aux acteurs politiques. La dimension plurielle, « multiniveaux »¹, « composite »² de la Constitution offre différents types d'irrégularités reposant sur les différentes sources du droit et « normes » de référence impliquées dans ses irrégularités.

L'irrégularité peut concerner les lois « constitutionnelles » au sens de la décision *Thoburn* de la Haute Cour de 2001 et *HS2* de la Cour suprême 2013. Une telle irrégularité repose sur le fait que le législateur qui souhaite remettre en cause une loi dite constitutionnelle, telle que la *Magna Carta 1215*, le *Bill of Rights 1689*, les *Parliaments Acts 1911* et 1949 ou le *Human Rights Act 1998 (HRA)*, ne peut le faire qu'explicitement. Une abrogation implicite de ces textes constitue une irrégularité. La difficulté réside dans la qualification par les juges de la nature constitutionnelle de ces lois car une telle consécration conditionne le régime de l'irrégularité de celles-ci. Ainsi, la liste des lois qui ont été qualifiées de constitutionnelles dans l'affaire *HS2* et *Thoburn* diffère légèrement³.

¹ Nicholas Bamforth and Peter Leyland (ed.), *Public Law in a multilayered Constitution*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, 448 p.

² D. Swolarski, *La Constitution composite du Royaume-Uni et ses évolutions récentes*, soutenue le 04 novembre 2024 à Paris Université Paris-Panthéon-Assas.

³ Dans l'affaire *Thoburn* sont énumérées comme telles la *Magna Carta*, le *Bill of Rights 1689*, l'*Act of Union*, le *Reform Acts*, le *HRA*, le *Scotland Act 1998*, le *Government of Wales Act 1998* et le *European Communities Act 1972*. La Cour suprême dans l'affaire *HS2* mentionne les lois suivantes : la *Magna Carta*, le *Petition of Right 1628*, le *Bill of Rights et (en Ecosse) le Claim of Rights Act 1689*, l'*Act of Settlement 1701* et l'*Act of Union 1707*, le *European Communities Act 1972*, le *Human Rights Act 1998* et le *Constitutional Reform Act 2005*.

L'irrégularité peut également remettre en cause les sources législatives « ordinaires » : une loi qui porte matériellement sur les pouvoirs réglementaires des ministres comme au moment du Covid ou des lois postérieures à la jurisprudence *Thoburn/HS2*⁴ comme *le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* qui est une loi matériellement constitutionnelle qui n'a pas encore été qualifiée par les juges de loi constitutionnelle.

L'irrégularité peut concerner la jurisprudence matériellement constitutionnelle. A ce titre, l'affaire de la prorogation du Parlement par Boris Johnson témoigne du rôle déterminant du juge pour déterminer ce qui est ou non anticonstitutionnel. Dans la décision *Miller II*⁵, la Cour suprême a notamment tenu compte de la pratique de la durée des suspensions du Parlement qui ont eu lieu dans l'histoire contemporaine, c'est-à-dire d'une convention constitutionnelle, pour juger de la légalité de celle-ci.

Les conventions de la constitution compliquent l'appréhension d'une pratique anticonstitutionnelle en ce qu'elles sont des pratiques, des coutumes politiques que les juges ne doivent pas connaître et qu'ils ne peuvent sanctionner en raison de cette nature « purement » politique. Le rôle de la soft law est assez intéressant à cet égard, puisque les *Manuels de Cabinet* qui imposent des devoirs et obligations aux ministres peuvent participer au déclenchement de sanctions politiques. Il en a été ainsi dans l'affaire des notes de frais qui a conduit à la démission ou encore lors du *Partygate* qui a conduit à la démission, après commission d'enquête, de Boris Johnson.

On retrouve ainsi sur la distinction entre ce qui relève du politique, du juridique et du juridictionnel comme indice pour déterminer ce qu'est une pratique anticonstitutionnelle. Les opérations intellectuelles mobilisées pour déterminer la régularité d'une telle pratique diffèrent selon le type de normes mobilisées. Dans le cas des lois constitutionnelles, il s'agit d'une opération de conformité ou, en cas d'abrogation d'une loi constitutionnelle, de vérifier si elle est réalisée explicitement. Dans le cas des lois ordinaires, il s'agit d'une opération de conformité tandis que dans le cas des conventions de la Constitution, l'opération repose sur la logique de la coutume. La vérification de leur régularité se fait au regard de trois questions proposées par Ivor Jennings pour identifier les conventions de la Constitution⁶ : est-ce qu'elles correspondent au précédent, à savoir les précédentes pratiques politiques ? Est-ce que les acteurs concernés par ce précédent se croient juridiquement ou moralement liés par une telle règle (*opinio juris*) et y a-t-il une raison d'être, un fondement logique justifiant cette règle (*reason of the thing*). La vérification de la régularité d'une convention repose sur une vérification de sa conformité par rapport aux précédents, il s'agit d'une logique historique et non « hiérarchique ». La sanction du non-respect d'une telle convention relèvera de la sphère politique et non des juges (pression politique de la part des médias ou de l'opinion publique, perte de confiance issue d'un vote d'une motion de censure ou de la perte de soutien politique, remise en cause de la réputation et de la crédibilité d'une personnalité politique violant une convention, crise et instabilité constitutionnelle issue de la violation des conventions).

L'objectivité de l'appréciation des pratiques anticonstitutionnelles est une question délicate, car elle dépend de l'interprétation et de l'actualisation des normes constitutionnelles existantes. Lorsque la règle est écrite dans un texte législatif, qu'il soit qualifié de loi constitutionnelle ou non, l'objectivité de cette appréciation paraît facilitée par l'écriture de la règle, toujours sujette à interprétation. Lorsque la règle est issue d'une convention de la Constitution, la question des circonstances, de l'adhésion (*opinio juris*) et de la raison d'être d'une telle pratique pourra être à l'origine de sa remise

⁴ *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195; *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3.

⁵ *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* ([2019] UKSC 41).

⁶ *The Law and the Constitution*, University of London Press, 1959, p. 80 et s. 354 p.; *R (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; *Re Amendment of the Constitution of Canada* [1981] 1 SCR 753

en cause. À titre d'illustration, l'écriture dans la loi sur la dissolution de 2011, le *Fixed-term Parliaments Act 2011*, des règles de dissolution reposant jusqu'alors sur une pratique politique et l'abrogation d'une telle loi par le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*, pour revenir à la pratique politique des conventions de la Constitution témoigne de l'importance du contexte pour remettre en cause une convention de la Constitution. La loi de 2011 qui prévoit une majorité renforcée pour renverser le gouvernement a été adoptée pour empêcher le gouvernement de coalition conservateur du Premier ministre David Cameron et libéral démocrate du Vice Premier ministre Nick Clegg de se déliter pour un désaccord sur un texte de loi tranché à la majorité simple. La loi de 2022, adoptée à la majorité simple, a justement été votée pour rétablir les modalités traditionnelles de dissolution n'impliquant pas de majorité renforcée. Boris Johnson ne pouvait, en effet pas, réunir une majorité renforcée suffisante pour procéder à une dissolution respectant la procédure du *Fixed-term Parliaments Act 2011*.

La question de l'échelle d'irrégularité des pratiques anticonstitutionnelles est complexe, car, pour la mesurer, il faudrait analyser la violation de règles identiques, par de mêmes acteurs. Il semble que l'échelle d'irrégularité dépend de la nature de la règle, des acteurs et des circonstances. À titre d'exemple, Boris Johnson a dû démissionner à la suite de l'affaire du *Partygate* non pas pour les seules violations du dispositif législatif relatif au Covid, mais parce qu'une enquête parlementaire a révélé qu'il avait menti devant le Parlement. Durant cette même période, Keir Starmer, qui était chef de l'opposition, a également vu un scandale entourer une réunion d'une équipe de campagne travailliste qui a pris une pause pour manger un curry et boire de la bière. Une telle pratique n'a pas été sanctionnée au regard des règlementations liées au Covid, car les activités professionnelles nécessaires restaient autorisées, ce qui était le cas d'une telle réunion. On voit ainsi qu'il est difficile d'établir une échelle d'irrégularité, car pour des faits assez comparables, les normes, les acteurs et les circonstances conduisent à des sanctions différentes.

II — Sous l'angle de la doctrine, comment la doctrine juridique appréhende ce concept dans l'analyse des pratiques politiques ? La doctrine diffuse-t-elle un discours de connaissance et/ou un discours public à destination de l'opinion publique portant sur l'appréciation de la régularité constitutionnelle des pratiques politiques ? L'appréciation de la régularité constitutionnelle des comportements des pouvoirs publics — donc la défense du respect de la Constitution — est-elle un cadre général d'analyse intégré à la pratique de la science du droit constitutionnel ?

Sous l'angle du pouvoir politique, le concept de « pratiques anticonstitutionnelles » est-il mobilisé dans la vie politique ? Le cas échéant, dans quelles circonstances est-il utilisé ? Par quels acteurs ?

La doctrine britannique révèle un clivage assez marqué entre les tenants du constitutionnalisme politique et les tenants du constitutionnalisme juridique (*political v. legal constitutionalism*). Le premier de ces courants valorise l'importance des mécanismes politiques (responsabilité politique à travers le contrôle parlementaire, la motion de censure ou l'opinion publique) pour encadrer les pratiques des acteurs constitutionnels, tandis que les seconds privilégient le contrôle juridictionnel, le *judicial review* et notamment la garantie juridictionnelle des droits et libertés).

Dans la période contemporaine, J.A.G. Griffith a été le fer de lance du *political constitutionalism*. Dans une conférence publiée intitulée « The political constitution »⁷, il résume les choses ainsi : « La Constitution du Royaume-Uni perdure, évoluant de jour en jour, car la Constitution n'est ni plus

⁷ J.A.G., "The Political Constitution", *The Modern Law Review*, Vol. 42, No. 1 (Jan., 1979), pp. 1-21; J.A.G. Griffith, *The Politics of the judiciary*, London, Fontana Press, cop. 1991, 352 p.

ni moins que ce qui se passe. Tout ce qui se passe est constitutionnel. Et si rien ne se passait, cela serait également constitutionnel.». Dans cette perspective et pour résumer à grands traits, la régularité constitutionnelle repose principalement sur la pratique et la responsabilité politique. À la suite de J.A.G. Griffith, Richard Bellamy⁸, Adam Tomkins⁹ ou encore Richard Ekins¹⁰ défendent une telle approche de la Constitution, qui valorise son pilier politique, la souveraineté du Parlement. Ces auteurs vont plus facilement admettre la régularité constitutionnelle de pratiques politiques que les auteurs du *legal constitutionalism* critiqueront. À l'inverse, les défenseurs du pilier juridique et juridictionnel relevant de la *Rule of Law*, comme T.R.S. Allan, Lord Bingham, Aileen Kavanagh ou encore David Dyzenhaus valorisent les contre-pouvoirs juridictionnels. Cette branche de la doctrine s'avère plus critique à l'égard de certaines pratiques politiques. La procédure de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne a été l'occasion de prises de position assez antagonistes au sein de la doctrine à l'égard de certaines décisions gouvernementales. Les analyses portant sur la tentative de Theresa May de sortir de l'Union européenne par la voie réglementaire et non législative en sont un exemple, tout comme celles relatives à la décision de suspension du Parlement par Boris Johnson ou encore la décision d'avoir recours, à une loi, le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*, pour revenir à la procédure coutumière de dissolution du Parlement afin de surmonter les exigences de majorité renforcée prévues par le *Fixed Term Parliament Act 2011*. Compte tenu d'une telle différence d'approche de la Constitution, les *political constitutionalists* n'ont pas un cadre d'analyse identique à celui des *legal constitutionalists*. Pour les premiers, la défense du respect de la Constitution n'est autre que le respect des pratiques constitutionnelles telles qu'elles sont dans le respect du cadre normatif législatif, mais surtout des principes de responsabilité politique tandis que les seconds auront une approche plus juridique des pratiques anticonstitutionnelles, à travers le respect du cadre législatif et réglementaire tel qu'il est sanctionné par les tribunaux.

Ce cadre doctrinal se reflète assez bien au niveau des acteurs politiques qui justifient ou qui dénoncent des pratiques constitutionnelles irrégulières en adoptant, sans nécessairement les mentionner, des raisonnements relevant du *political* ou de *legal constitutionalism*. Un autre élément propre à la Constitution britannique est à prendre en compte en ce qu'elle repose sur le bon comportement (*good chaps*) et l'auto-limitation politique (*political self-restraint*), une forme de fair-play politique dont la teneur juridique est difficile à jauger et qui relève davantage d'une forme de moralité institutionnelle. Que faire si les dirigeants n'adhèrent plus au standard de la vie publique ? Une telle question s'est posée sous le gouvernement de Boris Johnson. Outre les rapports entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, l'union britannique repose également sur l'autolimitation politique avec la Convention de Sewel. Il s'agit d'une convention de la Constitution, qui préside aux relations entre le Parlement de Westminster, les Parlements écossais et gallois et l'Assemblée d'Irlande du nord. Ces derniers doivent donner leur accord sur certaines questions, comme on a pu le voir pour l'Ecosse au moment du Brexit. Une telle convention n'est pas toujours été respectée. Ainsi, les gouvernements conservateurs de Theresa May et de Boris Johnson ont promulgué le *European Union (Withdrawal) Act 2018* sans le consentement du parlement écossais, ainsi que le *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*, le *European Union (Future Relationship) Act 2020* et le *UK Internal Market Act 2020* sans le consentement des trois parlements dévolus. La Cour suprême a, en effet, jugé que le respect de cette convention ne relevait pas de sa compétence en ce qu'elles relèvent du domaine politique, *R (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5. Une telle confiance dans l'autolimitation politique fragilise la garantie de certaines convention constitutionnelle.

⁸ *Political constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007, 282 p.

⁹ *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, Bloomsbury Publishers, 2005, 168 p.

¹⁰ *The Nature of Legislative Intent* (Oxford: OUP 2012).

NE PAS COPIER

ATELIER 2

Saisir en droit positif les pratiques anticonstitutionnelles

Les juges sont-ils compétents pour se saisir de la question des pratiques anticonstitutionnelles ? En droit interne, le juge constitutionnel est-il le mieux à même d'exercer un contrôle sur ces actes ? Le cas échéant, quelles sont les éventuelles limites à son contrôle ? Le juge international ou européen peut-il sanctionner juridiquement ces pratiques ?

En dehors de la sanction juridictionnelle, peut-on envisager des sanctions non juridictionnelles ? Est-il possible de penser des sanctions non juridiques, par exemple morales ou politiques ? Quel rôle peut jouer le peuple dans la sanction de ces pratiques anticonstitutionnelles ?

Au Royaume-Uni, les juges ordinaires, qui ont des compétences matériellement constitutionnelles, sont saisis de la question des pratiques anticonstitutionnelles lorsqu'elles consistent en des irrégularités prévues par les dispositifs législatifs (important contentieux du *Human Rights Act 1998*, lié au *Bill of Rights 1689* dans l'affaire *Chaytor*¹¹, lié aux *Parliaments Act 1911* et 1949 comme dans l'affaire *Jackson* de 2005¹² ou habilitant le gouvernement et les autorités administratives à prendre des actes administratifs), par des dispositifs réglementaires conduisant à de nombreux recours en *judicial review* comme en matière de droit des étrangers, par exemple, et par la *common law*, à l'instar des affaires relatives aux *ouster clauses*, ces clauses exclusives de juridiction¹³ que le juge administratif français a eu à connaître dans l'arrêt *Dame Lamotte*¹⁴. La *common law* étant évolutive, les juges peuvent être conduits à la faire évoluer pour encadrer certaines pratiques qui pourraient être irrégulières. En témoigne l'évolution jurisprudentielle relative aux actes qui relèvent de la prérogative royale initiée par l'arrêt *GCHQ*¹⁵ et qui a trouvé un apogée récent avec l'arrêt *Miller II*¹⁶ sur la suspension du Parlement.

La compétence des juges concernant les pratiques anticonstitutionnelles connaît un prolongement dans le contentieux des questions politiques dont ils refusent de se saisir et dont la détermination relève de leur office¹⁷, à l'instar de certains domaines régaliens, tels que la signature d'un traité ou des décisions relevant des compétences militaires, comme la décision de Tony Blair de soutenir les Etats-Unis pour une intervention militaire en Irak. Dans l'hypothèse d'une pratique relevant des questions politiques, qui ne peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, les limites relèvent du champ politico-sociologique ou éventuellement du champ du droit international. Dans le premier cas, le contrôle parlementaire (avec le travail des commissions, qui peuvent conduire des enquêtes ou avec la procédure de motion de censure) ou la pression de l'opinion publique¹⁸ informée par les médias peuvent jouer un rôle. L'affaire du *Partygate* témoigne de l'imbrication de la morale et de la politique pour sanctionner de telles pratiques. Les médias ont été à l'origine de la diffusion de l'information, une commission parlementaire a ensuite remis en cause la véracité des propos du Premier ministre devant la représentation parlementaire. La pression des membres du parti conservateur, des députés et ministres et de l'opinion publique ont conduit le Premier ministre Johnson à démissionner avant qu'il ne soit exclu du Parlement au terme de l'enquête parlementaire dont il a fait l'objet. À l'heure actuelle, la problématique des moyens d'information comme biais

¹¹ *R v Chaytor and others* [2010] UKSC 52.

¹² *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56.

¹³ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 AC 147.

¹⁴ Conseil d'Etat, Assemblée, du 17 février 1950, n°86949.

¹⁵ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (The GCHQ case)* [1985] AC 374, [1985] ICR 14.

¹⁶ *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* ([2019] UKSC 41).

¹⁷ C. Saunier, *La doctrine des « questions politiques » Étude comparée : Angleterre, États-Unis, France*, Paris, LGDJ, 2023, 560 p. et contribution AJJC.

¹⁸ A.V. Dicey, *Lectures on the relations between Law and Public opinion in England during the Nineteenth Century*, Liberty Fund, Indianapolis, 2008, originally published London, Macmillan 1917, pp. 307-311.

potentiels à l'opinion publique est accentuée par les *fake news* véhiculées par les réseaux sociaux. Cet élément fragilise considérablement le rôle d'une opinion publique éclairée.

Les juges internationaux et européens ne pourront sanctionner des pratiques anticonstitutionnelles que si cela relève de leurs compétences. La CourEDH peut être amenée à examiner de telles pratiques si elles constituent des violations de la CEDH et de ses protocoles, comme le droit à des élections libres de l'article 3 Protocole 1 ou encore la question du délit d'offense à chef de l'Etat déclaré contraire à la CEDH sur la base de l'article 10 CEDH¹⁹.

Le droit peut-il prévoir des mécanismes afin d'éviter sa propre violation ? Les pratiques anticonstitutionnelles sont-elles inévitables ? Un ordre juridique peut-il empêcher, en pratique, la méconnaissance des règles qu'il pose ? Le droit accorde-t-il une portée particulière à ces pratiques anticonstitutionnelles ? Sont-elles présentées comme des coutumes, des conventions, des règles, des précédents ? Peut-on empêcher que ces pratiques anticonstitutionnelles ne se présentent comme des normes ?

Le droit constitutionnel britannique prévoit des mécanismes pour éviter sa propre violation. Ils sont politiques, avec les procédures de contrôle parlementaire « information » et « sanction », et également juridiques avec les recours en *judicial review* et de *common law*, comme les droits des délits (*torts*). Le principal écueil est l'absence de mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois en raison du principe de souveraineté parlementaire. L'existence de mécanisme de contrôle des violations de la Constitution n'empêche quoiqu'il en soit pas les acteurs politiques de méconnaître les règles constitutionnelles. Le libre arbitre de ces derniers peut les conduire à agir inconstitutionnellement. L'existence d'un contrôle préventif, en amont, et non répressif, en aval de la violation peut être discutée à cet égard.

Les pratiques anticonstitutionnelles au Royaume-Uni ne seront présentées comme des conventions de la Constitution et, par conséquent, des normes politiques, qu'à condition de répondre aux critères de celles-ci (supra : précédent, *opinio juris* et raison d'être). Si elles rompent avec les précédentes pratiques politiques, elles ne constitueront pas en tant que telle des conventions de la Constitution. Ainsi, le précédent, c'est-à-dire la continuité historique, constitue une forme de rempart aux pratiques anticonstitutionnelles.

L'analyse des pratiques anticonstitutionnelles montre ainsi que les principales limites à celles-ci reposent sur des lois ordinaires ou constitutionnelles qui ne peuvent, à l'exception principale du mécanisme de déclaration d'incompatibilité du *HRA*, être contrôlées juridictionnellement, sur un contrôle politique et de l'opinion publique et sur un garde-fou reposant sur la tradition.

¹⁹ CEDH, *Eon c. France*, 14 mars 2013.