

Aurélien ANTOINE

Droit
constitutionnel
britannique

2^e édition

Préface de Lord MANCE

Avant-propos d'Anthony W. BRADLEY

Aurélien ANTOINE
*Professeur à l'Université Jean-Monnet,
Saint-Étienne*

Droit constitutionnel britannique

2^e édition

Préface de Lord MANCE
Avant-propos d'Anthony W. BRADLEY

LGDJ une marque de
Lextenso



Retrouvez tous nos titres

**Defrénois - Gazette du Palais - Gualino
Joly - LGDJ - Montchrestien**

sur notre site

www.lextenso-editions.fr

© 2018, LGDJ, Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN 978-2-275-05700-2
ISSN 0987-9927



Pour Camille

Sommaire

Foreword to the first edition	9
Préface à la première édition	13
Avant-propos à la deuxième édition	17
Introduction	21
CHAPITRE 1	
Les principes structurants du droit constitutionnel britannique	39
CHAPITRE 2	
Les sources contemporaines du droit constitutionnel britannique	57
CHAPITRE 3	
La Couronne et le Monarque	81
CHAPITRE 4	
Le Parlement	97
CHAPITRE 5	
Le Gouvernement central.....	155
CHAPITRE 6	
L'organisation territoriale du Royaume-Uni	173
Conclusion	193
Bibliographie	195
Index.....	197

Foreword to the first edition

It is a privilege and pleasure to be asked, as a British judge, to write a foreword for Professor Aurélien Antoine's work on British Constitutional Law. The breadth and depth of his insights into the British constitutional scene, both contemporary and historical, are remarkable. They make rewarding reading for a British lawyer, and I am sure that they will do so for civilian lawyers as well as the more general readership they deserve.

As Professor Antoine makes clear, the United Kingdom has a constitution. But it is not a written Constitution interpreted by a Constitutional Court. It is a living and developing concept, resting on various foundations: the doctrine of supremacy of Parliament, various quasi-constitutional instruments, the common law concept of the rule of law, and numerous conventions.

Queen Victoria's favourite Prime Minister, Benjamin Disraeli, remarked that England was governed not by logic, but by Parliament. But a later Conservative politician and Lord Chancellor, Lord Hailsham, described the executive's dominance over Parliament as giving rise to "elective dictatorship". Professor Antoine identifies this as a major peril facing modern Britain, while noting, fairly, that the dominance has been alleviated by improved Parliamentary procedures to scrutinise governmental action. Other contributions towards alleviate the problem have been the revived activity and credibility of the House of Lords, since the removal from it of most hereditary peers in 1999, and the striking development by the courts of administrative law controls over secondary legislation and executive action. The latter has been so notable that in 1987 the Treasury Solicitor produced a guide for government entitled *The Judge over Your Shoulder*, since regularly updated.

As to quasi-constitutional instruments, the most famous start with Magna Carta 1215 (or perhaps more accurately 1225, though this year has seen celebrations which will surely not be repeated in 2025). They include the Petition of Right 1628, the Bill of Rights 1688-1689, the Act of Settlement 1701 and, more recently, the European Communities Act 1972, the Human Rights Act 1998, the devolution statutes (the Scotland, Northern Ireland Act and Wales Acts) and the Constitutional Reform Act 2005. The European Communities Act and the Human Rights Act both take effect (in British constitutional theory) by Parliamentary enactment and could (in theory) be repealed tomorrow. But in practice they operate as strong additional controls over Parliamentary freedom of action, in important spheres; so much so, that they are treated as prevailing over any subsequent legislation, unless and until Parliament were ever expressly to provide the contrary.

There is no doubt that the European influence over domestic legislation, and the consequent sense of disempowerment at the domestic level, has proved frustrating for United Kingdom Parliamentarians and in some public discourse, although much good work is in fact done in the UK Parliament by way of scrutiny of European measures and representations to ministers at the stages when measures are proposed by the Commission and considered by the Council of Ministers and European Parliament. The need for a proper recognition of the importance of subsidiarity, or an appropriate margin of freedom at national levels, is a topical European theme. As Professor Antoine points out, it led to the Brighton Declaration of 2012 on the European Court and Convention of Human Rights, which has marked a new and positive relationship between the Convention and national systems over recent years. At the European Union level progress still needs to be made to give subsidiarity a real content. The European Court of Justice's jurisprudence in the area has been disappointingly limited.

Professor Antoine identifies the rule of law, and a legal culture making of the law one of the pillars of society, as a cardinal feature of British constitutional life. The common law with its need to base itself in social needs and to justify its legitimacy by clear reasoning, operates as a horizontal, or bottom-up, system, rather than a top-down statist system imposed from above. In recent decisions, the UK Supreme Court has emphasised that the common law has not been superseded in its relevance or development by the law of either the ECHR or the EU: see e.g. *Kennedy v Charities Commission* [2014] UKSC 20.

As to the relationship between the courts, Parliament and the executive, this was well-described by Lord Hope in the *Hunting Act* case (*Jackson v Attorney General* [2005] UKHL 56), which Professor Antoine mentions at several points. Lord Hope said that: "In the field of constitutional law the delicate balance between the various institutions whose sound and lasting quality Dicey likened to the work of bees when constructing a honeycomb is maintained to a large degree by the mutual respect which each institution has for the other". In practice, mutual respect, backed by strong cultural traditions, prevents conflicts. On one occasion, in the relation to a particular governmental proposal in the 1990s, the then Lord Chief Justice, Lord Woolf had to make clear that if, for example, Parliament "did the unthinkable" and removed the courts power of judicial review he would consider it necessary to make "clear that ultimately there are even limits on the supremacy of Parliament which it is the courts'inalienable responsibility to identify and uphold.". But the proposal was withdrawn. The need to consider whether and how far Parliamentary supremacy is a "construct" of the courts which the courts could change or modify (as Lord Steyn suggested) has not arisen.

A highly topical issue identified by Professor Antoine concerns the internal relations within the United Kingdom of its constituent parts –

arising in large measure from the preponderant weight of England and its population, the weakness of regionalism within England and the resulting difficulty of constructing a workable federal system within the United Kingdom. The current approach of devolving powers to Scotland, Northern Ireland and Wales does not yet appear to have achieved a stable equilibrium. However, the Scots recently voted by 55 % to 45 % to remain part of the United Kingdom, and many Britons, like the writer, have substantial Scots blood and Scottish relatives. As Disraeli also said (speaking on the Reform Bill of 1867): "In a progressive country, change is constant; change ... is inevitable". The writer is an optimist, and the history and development of the British constitution and institutions over the century, which Professor Antoine so well describes, give encouragement to optimism.

In summary, Professor Antoine's book is a real work of scholarship, valuable both for its description of what is and for its discussion of current trends, problems and issues. It deserves a wide readership among all who have any interest in the contemporary British scene and in British attitudes, both domestically and in relation to Europe. I warmly recommend it.

The Right Honourable the Lord Mance
Deputy President of the Supreme Court of the United Kingdom

Préface à la première édition

En tant que juge britannique, c'est un privilège et un honneur d'être sollicité pour écrire la préface de l'ouvrage du professeur Aurélien Antoine. L'ampleur et la profondeur de ses idées relatives à la scène constitutionnelle britannique, à la fois contemporaine et historique, sont remarquables. Elles méritent d'être lues avec intérêt par les juristes britanniques. J'ai la conviction qu'il en sera de même pour leurs homologues des systèmes civilistes et un lectorat plus large.

Ainsi que le professeur Antoine l'indique clairement, le Royaume-Uni dispose d'une Constitution. Cependant, ce n'est pas une Constitution écrite interprétée par une cour constitutionnelle. Il s'agit d'un concept vivant en développement constant et reposant sur des fondations diverses : le principe de suprématie du Parlement, une multiplicité d'instruments quasi constitutionnels, la notion de *rule of law* élaborée par le *common law*, et un grand nombre de conventions.

Benjamin Disraeli, le Premier ministre favori de la reine Victoria, soulignait que l'Angleterre n'était point gouvernée par la logique, mais par le Parlement. Toutefois, plus tardivement, le Lord Chancelier conservateur, Lord Hailsham, décrivait la domination de l'Exécutif sur le Parlement comme l'avènement d'une « dictature électorale ». Le professeur Antoine identifie cette tendance comme le péril majeur auquel est confronté le Royaume-Uni contemporain, tout en notant légitimement que cette domination a été atténuée par le perfectionnement des procédures parlementaires de contrôle de l'action gouvernementale. D'autres facteurs ont contribué à contourner cette difficulté, comme l'activité et la crédibilité accrues de la Chambre des Lords depuis la suppression de la plupart des pairs héréditaires en 1999. Il faut y ajouter le développement frappant du contrôle juridictionnel sur l'action de l'Exécutif, notamment dans le cadre de la législation déléguée. Ce dernier aspect est tellement remarquable qu'en 1987, le représentant et conseil juridique de l'Exécutif a jugé nécessaire de produire un guide régulièrement mis à jour à destination du Gouvernement dont le titre est *Le juge par-dessus votre épaule*.

Quant aux instruments quasi constitutionnels, le plus célèbre et le premier d'entre eux est la *Magna Carta* de 1215 (ou plus exactement la version de 1225, bien que l'année 2015 ait vu le déroulement de commémorations qui ne seront certainement pas rééditées en 2025). Ces textes incluent également la Pétition des Droits de 1628, le *Bill of Rights* de 1688-1689, l'Acte d'Établissement de 1701 ; plus récemment la loi sur les Communautés européennes de 1972, la loi relative aux droits de l'homme de 1998 (*Human Rights Act*), les lois sur la dévolution des compétences à l'Écosse, l'Irlande du Nord et le Pays de Galles et la réforme constitutionnelle de 2005.

Selon la théorie constitutionnelle britannique, la loi sur les Communautés européennes et le *HRA* puisent tous deux leur autorité juridique dans l'intervention du Parlement. Ils pourraient être en principe abrogés demain. Toutefois, en pratique, ces textes contribuent à un renforcement des contrôles sur le Parlement et sa liberté d'action en de nombreux domaines. Ils sont d'ailleurs considérés comme pouvant prévaloir sur la législation postérieure, à moins que – ou jusqu'à ce que – le Parlement ait clairement exprimé le contraire. Il n'y a guère de doute que l'influence européenne sur le droit interne implique une dépossession du pouvoir au niveau national. Celle-ci s'est avérée frustrante pour les députés britanniques et pour une partie de la classe politique. Pourtant, un travail considérable de grande qualité est en fait produit à Westminster grâce à un contrôle sur les normes européennes et les recommandations soumises aux ministres à chaque stade de l'adoption des mesures qui sont proposées par la Commission, puis prises en considération par le Conseil des ministres et le Parlement européen.

La nécessité d'une reconnaissance adéquate de la subsidiarité et d'une marge nationale d'appréciation appropriée est un sujet du droit européen particulièrement actuel. Ainsi que le souligne le professeur Antoine, cette préoccupation a conduit à la Déclaration de Brighton de 2012 sur la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a marqué ces dernières années une nouvelle relation positive entre le système de la Convention et les ordres juridiques nationaux. À l'échelon de l'Union européenne, les progrès sont encore nécessaires pour donner une réelle substance à la subsidiarité. Étrangement, la jurisprudence de la Cour de justice est limitée en ce domaine.

Par ailleurs, le professeur Antoine fait du *rule of law* et de la culture juridique d'élaboration du droit des piliers de la société et des données cardinales de la vie constitutionnelle britannique. Le *common law* se fonde sur les besoins de la société et justifie sa légitimité selon un raisonnement clair. Il se déploie dans une dimension horizontale. Il se diffuse ensuite du bas vers le haut plutôt que du haut vers le bas selon une logique qui prévaut dans un système étatique hiérarchisé. Dans des décisions récentes, la Cour suprême du Royaume-Uni a souligné que le *common law* n'a pas été supplanté dans ses bien-fondés et son développement par les droits européens des droits de l'homme et de l'Union européenne¹.

Tout comme les rapports entre les juridictions, le Parlement et l'Exécutif, cette situation a été fort bien décrite par Lord Hope dans l'affaire de la loi sur la chasse à courre que le professeur Antoine mentionne à maintes reprises². Lord Hope souligne que « dans le champ du droit constitutionnel, l'équilibre précaire entre les différentes institutions – que Dicey comparait

1. *V. Kennedy v The Charity Commission* [2014] UKSC 20.

2. *Jackson v AG* [2004] UKHL 56.

en raison de sa permanence au travail des abeilles construisant une ruche – est maintenu grâce au respect mutuel que chaque organe manifeste pour l'autre ». En principe, ce respect mutuel, garanti par des traditions fortes, évite les conflits. À une occasion, lors de la discussion d'un projet gouvernemental dans les années 1990, l'ancien *Lord Chief Justice* Woolf a clairement énoncé que si, par exemple, le Parlement « réalisait l'impensable » en supprimant le recours en *judicial review*³, il serait nécessaire d'établir « clairement, qu'en fin de compte, il existe même des limites à la suprématie du Parlement dont l'identification et la confirmation relèvent de la responsabilité inaliénable des tribunaux ». La proposition fut écartée. Le besoin de savoir dans quelle mesure la suprématie du Parlement est une « construction » des juridictions leur permettant de l'amender n'a pas encore émergé comme Lord Steyn a pu le suggérer.

Un dernier sujet hautement problématique identifié par le professeur Antoine a trait aux relations internes entre les différentes nations formant le Royaume-Uni. Cette question a émergé en raison du poids prépondérant de l'Angleterre et de sa population, de la faiblesse du régionalisme qui y règne et la difficulté d'élaborer un système fédéral viable pour le Royaume-Uni. L'approche actuelle de la dévolution des pouvoirs à l'Écosse, à l'Irlande du Nord et au Pays de Galles ne semble pas être parvenue à établir une situation stable. Toutefois, les Écossais ont récemment voté pour leur maintien dans le Royaume-Uni par une majorité de 55 % contre 45 %. De nombreux Britanniques, tout comme l'auteur de ces lignes, ont du sang et des proches écossais. Comme Dicey le disait aussi en s'exprimant sur le *Reform Bill* de 1867 : « dans un pays progressiste, le changement est constant ; le changement est inévitable ». Nous sommes confiants et l'histoire motive cet optimisme, tout comme le développement de la Constitution britannique et de ses institutions au fil des siècles que le professeur Antoine décrit si bien.

Pour résumer, l'ouvrage du professeur Antoine est un véritable travail érudit. Il est précieux tant pour sa description de l'état du droit constitutionnel que pour ses réflexions sur ses tendances, ses problèmes et ses questions actuels. Il mérite d'être lu pour tous ceux qui s'intéressent à la vie britannique contemporaine et à son peuple, que ce soit au niveau interne ou dans le cadre des relations avec l'Europe. J'en recommande donc chaleureusement la lecture.

The Right Honourable the Lord Mance
Vice-président de la Cour Suprême du Royaume-Uni

1 3. Il s'agit du recours contentieux contre les décisions de l'administration.

Avant-propos à la deuxième édition

Nous avons beau souhaiter que les choses soient différentes, chaque système constitutionnel semble être ancré dans un contexte culturel, social et historique spécifique. Et la comparaison entre ces systèmes souffre de la difficulté première de comprendre leurs termes et locutions idiomatiques. Cependant, l'interdépendance entre les gouvernements de chaque État et le renforcement des liens socio-économiques à travers le globe peuvent nous aider à comprendre qu'en dépit des dissemblances, des pays voisins ont plus de choses en commun que de sujets qui les opposent.

Au XVIII^e siècle, un jeune citoyen suisse de Genève exilé à Londres, Jean-Louis de Lolme, a écrit un ouvrage intitulé *Constitution de l'Angleterre*. Suivant le sillon creusé par Montesquieu, il a analysé la façon dont l'Angleterre est parvenue à assurer la stabilité de son gouvernement sur le long terme. Considérant qu'il s'agissait là d'un système unique dans lequel la liberté garantie par la Constitution dépendait de l'équilibre entre l'Exécutif et le Législatif, il a identifié pas moins de neuf avantages du gouvernement de l'Angleterre. Il a souligné en particulier les traits suivants :

1. Les diverses restrictions acceptées par l'autorité suprême (l'Exécutif) à ses prérogatives, et dont elle s'est privée, pour une large part, au profit des sujets.
2. La liberté d'expression et de publication.
3. Le droit de tous les sujets à prendre part aux débats d'intérêt public.
4. L'impartialité stricte de la Justice au profit de chacun.
5. Le principe de la loi pénale plus douce.
6. Le respect scrupuleux de la légalité par le pouvoir exécutif.
7. Et enfin, l'inutilité d'une armée pour maintenir les droits de la Couronne et, subséquemment, la soumission de la puissance militaire au pouvoir civil.

Nous pouvons douter que toutes ces affirmations aient été bien gravées dans les tables de l'Histoire au XVIII^e siècle. Mais De Lolme fut amené à préciser qu'il serait futile d'essayer d'établir de tels avantages dans d'autres pays sans importer toutes les spécificités qui caractérisent le gouvernement de l'Angleterre.

Presque 250 ans après, le professeur Antoine attire notre attention sur « l'alchimie spéciale » entre l'Histoire, la politique et le droit qui procèdent du gouvernement britannique. Son étude clairvoyante du constitutionnalisme britannique n'aurait pu être écrite sans une connaissance étendue et précise

de la structure et des pratiques du gouvernement de l'autre côté de la Manche. Elle mérite d'être lue par un large public. Nombre d'enseignements peuvent être retirés, par exemple, de son examen de l'État de droit, de la souveraineté du Parlement, de la séparation des pouvoirs, des aspects permanents de la Couronne et de la tendance actuelle à la formalisation des pratiques constitutionnelles non écrites (conventions).

La Constitution britannique est, en effet, historique et dynamique (le professeur Antoine se réfère à la logique « de la mutation constitutionnelle permanente »). Il n'y a certainement pas de moment précis dans le déroulement de l'Histoire s'apparentant à un « nouveau départ ». Les instants constitutionnels significatifs peuvent surgir à tout moment – en témoigne la décision originelle (contestée avec vigueur en 1972) de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes, l'émergence récente du référendum comme dispositif constitutionnel de décision, ou le problème épineux auquel est confronté le Parlement de Westminster en 2017 à l'issue inattendue du référendum du 23 juin 2016 relatif à l'Union européenne. Les résultats de ce dernier scrutin ouvrent-ils un chapitre complètement inédit de notre histoire constitutionnelle ou s'agit-il plus simplement d'un éclairage nouveau de réalités plus anciennes ?

Hormis dans ses propos relatifs à la justice pénale, peu d'enseignements contemporains peuvent être retirés de l'analyse de De Lolme quant à ce que nous désignons à l'heure actuelle par le rôle constitutionnel des juridictions. Il est désormais un moyen essentiel au Royaume-Uni qui garantit le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif. Plusieurs exemples de décisions riches d'enseignements pour les autorités publiques témoignent de la façon dont notre système de *common law* aborde aujourd'hui les litiges relatifs aux pouvoirs constitutionnels. L'année 2017 aura été l'occasion de connaître deux illustrations notables de cette fonction.

En janvier, la Cour suprême du Royaume-Uni a considéré que le gouvernement ne disposait pas du pouvoir de donner une suite juridique au résultat du référendum de 2016 sur le *Brexit* sans l'autorisation du Parlement. Cette décision applique un principe fort ancien à une situation nouvelle¹. En juillet, à l'occasion d'un litige initié par un syndicat, la Cour a jugé que les modalités d'honoraires exigés des salariés dans le cadre des procédures mettant en cause leurs droits étaient illégales (en matière de licenciement abusif ou de traitement discriminatoire par exemple). Introduits par la voie de la législation déléguée en 2013, ces nouveaux honoraires avaient été imposés, en partie, pour payer les coûts des juridictions spécialisées du travail, mais également pour limiter le flux contentieux.

La Cour suprême a jugé, à l'unanimité, que « le droit constitutionnel de l'accès à un tribunal est inhérent à l'État de droit ». Sans accès à la justice, les « lois sont destinées à rester lettre morte, le travail effectué par le Parlement peut être vidé de sa substance, et les élections démocratiques

1. *R (Miller & Dos Santos) v Secretary of State* [2017] UKSC 5.

des parlementaires pourraient devenir un véritable simulacre»². De plus, l'accès à la justice ne saurait être conçu comme une valeur individuelle qui n'intéresserait que les parties au procès, mais doit être envisagé comme un principe fondamental de la société dans son ensemble.

Dans la conclusion de son ouvrage, le professeur Antoine souligne que « ce glorieux et emblématique acquis constitutionnel doit être sauvegardé » et il met en garde contre la menace grandissante de la rupture d'un équilibre dû aux divisions internes entre les nations britanniques. Il prévient aussi des dangers d'une assimilation superficielle du système britannique à un modèle européen ou du risque de tomber dans un isolement moribond qui serait préjudiciable aussi bien pour le Royaume-Uni que pour ses voisins. L'analyse opportune de l'auteur fondée sur une profonde connaissance de la Constitution britannique démontre qu'il n'y aura rien à gagner si celle-ci se coupe complètement du modèle européen de constitutionnalisme.

Anthony W. Bradley, QC

Professeur émérite de droit constitutionnel, Université d'Édimbourg,
Research Fellow à l'Institute de Droit européen et de comparé
de l'Université d'Oxford, Coauteur, avec Keiyh Ewing,
de l'ouvrage *Constitutional and Administrative Law* aux éditions Pearson

1 2. *R (on application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, paras 66, 68.