



HAL
open science

“ Constitution, histoire et mémoire. Rapport britannique ”

Aurélie Duffy-Meunier

► **To cite this version:**

Aurélie Duffy-Meunier. “ Constitution, histoire et mémoire. Rapport britannique ”. Annuaire internationale de justice constitutionnelle, 2023, vol. XXXVIII. hal-04584427

HAL Id: hal-04584427

<https://hal.science/hal-04584427v1>

Submitted on 29 May 2024

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

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

Royaume-Uni

Aurélie Duffy-Meunier

Citer ce document / Cite this document :

Duffy-Meunier Aurélie. Royaume-Uni . In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 38-2022, 2023. Constitution, histoire et mémoire. pp. 589-606;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2023.3094>;

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2023_num_38_2022_3094;

Fichier pdf généré le 24/05/2024

TABLE RONDE
CONSTITUTION, HISTOIRE ET MÉMOIRE

ROYAUME-UNI

*Aurélie DUFFY-MEUNIER**

La Constitution britannique trouve une résonance particulière dans la thématique de cette trente-huitième Table Ronde : *Constitution, histoire et mémoire* que ce soit dans la dimension objective et subjective de ces deux notions. L'une et l'autre sont distinctes, mais peuvent se combiner, comme certaines définitions du terme histoire – entendue, par exemple, en tant que « connaissance et récit des évènements du passé jugés dignes de mémoire »¹ – le laissent entendre. D'ailleurs, on peut d'ores et déjà se demander si le sujet proposé vise l'histoire dans toutes ses dimensions (sociale, scientifique, industrielle, littéraire...) et dans toute sa temporalité ou s'il est principalement limité à un domaine particulier de l'histoire : celui des institutions politiques et juridiques. L'ensemble des Constitutions, des acteurs constitutionnels et du contentieux constitutionnel embrassant aujourd'hui de nombreuses problématiques – la question environnementale le démontre amplement – une approche large de l'histoire semble la plus pertinente.

Quoiqu'il en soit, la Constitution britannique, de par sa nature coutumière, est d'abord une Constitution *historique* dans le sens où ses sources sont fondées sur l'histoire britannique dans toute sa continuité, ce qui n'exclut pas le rôle de la *mémoire* dans l'identification des sources constitutionnelles. Cette dimension subjective peut être fondée sur la *mémoire* – qui peut être entendue, si elle est

* Professeure de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France, Membre associée au Centre de Droit Public Comparé (CDPC), Membre associée à l'Institut de Recherches sur l'Évolution de la Nation et de l'État (IRENEE).

¹ *Le Robert*, Dictionnaire en ligne.

collective, comme un « savoir mystérieux d'un fond commun qu'on suppose inhérent au groupe », ou de façon plus *individuelle*, comme une « aptitude à se souvenir en particulier de certaines choses dans un domaine donné ». Cette dimension subjective, qui peut aussi reposer sur *une autre acception de l'histoire*, entendue comme la « mémoire que la postérité conserve des faits et des personnages du passé² », joue également un rôle déterminant dans la mise en cohérence par la doctrine des principes de la Constitution coutumière et dans le travail des juges dans le développement de celle-ci.

Ces deux aspects soulèvent la problématique, quelque peu paradoxale pour la démocratie britannique, du déficit démocratique de sa Constitution. Outre son processus d'élaboration et son identification, la Constitution britannique peut être instrumentalisée par des interprétations institutionnelles, jurisprudentielles, doctrinales divergentes sans qu'aucune garantie décisive ne puisse y faire obstacle. La gouvernance de Boris Johnson et le scandale du *Partygate* l'ont récemment illustré.

L'histoire paraît ainsi « dominer » la question de *l'identification* de la Constitution britannique et la mémoire survenir de façon quelque peu accessoire (I). L'inverse peut être constaté en ce qui concerne *l'édification* de la Constitution par la doctrine et la jurisprudence : la mémoire joue un rôle prééminent par rapport à l'histoire (II).

I. – LA PRÉÉMINENCE DE L'HISTOIRE DANS L'IDENTIFICATION DE LA CONSTITUTION BRITANNIQUE

L'*histoire* joue un rôle déterminant dans la qualification de la nature coutumière, voire « féodale »³, de la Constitution britannique (A). La *mémoire* joue, quant à elle, un rôle dans l'identification des composantes de cette Constitution historique (B).

A. – L'histoire pour qualifier la Constitution coutumière

1. – *Une Constitution sans pouvoir constituant*

L'histoire est l'un des traits distinctifs de la nature de la Constitution coutumière britannique que l'on oppose généralement, et à tort, aux Constitutions « écrites ». En effet, la Constitution britannique est partiellement écrite. Elle contient des lois, des décisions de justice réunies dans des *Law Reports* ainsi que des conventions dont certaines sont reprises dans des rapports parlementaires et des ouvrages doctrinaux. L'écrit est bien là. Ce qui la distingue des autres constitutions formelles c'est qu'elle n'est pas « née » d'un moment constituant ni codifiée dans un

² Larousse, dictionnaire en ligne.

³ En référence à R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, 1921, Marshall Jones Company Publishers, p. 1.

seul et même document. Le droit constitutionnel britannique n'a, en effet, jamais connu de moment constituant marquant une révolution historique et constitutionnelle. Malgré des évolutions importantes liées à l'accélération de l'écriture de la Constitution britannique dans des lois récentes (Lois de dévolution aux régions écossaise, nord-irlandaise et galloise en 1998, *Human Rights Act 1998* [HRA], *Freedom of Information Act 2001*, *Constitutional Reform Act 2005*; *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*; projet de *Bill of Rights Bill 2022* pour remettre en cause le HRA...), malgré les réflexions en faveur d'une Constitution écrite conduites par certains gouvernements, comme celui de Gordon Brown en 2007⁴, par certaines commissions parlementaires en 2015⁵, ce *momentum*, cette *tabula rasa* n'a jamais eu lieu. L'histoire n'est pas tant fondatrice d'un moment constitutionnel et constituant qu'inhérente à la nature et au développement même de la Constitution coutumière. La continuité constitutionnelle est caractéristique de la Constitution britannique qui, à l'exclusion de la période de la République de Cromwell, n'a jamais connu ni rupture ni révolutions constitutionnelles⁶. Son fonctionnement même repose sur le poids du passé et de l'histoire dans le sens où elle est juridiquement fondée sur des textes, des décisions de justice et des pratiques qui se sont succédé dans le temps sans discontinuer. Ces pratiques, comme celle de la désignation du Premier ministre par la Reine, sont devenues avec la répétition, l'adhésion de ses destinataires et l'écoulement du temps des conventions constitutionnelles.

2. – Une Constitution « ordinaire de common law »

La Constitution britannique est une constitution coutumière « ordinaire » dans le sens où le droit constitutionnel britannique au sens strict (c'est-à-dire, la notion de *strict law* de Dicey, englobant les lois, les actes réglementaires et la jurisprudence à l'exception des conventions constitutionnelles qui sont politiques) est du droit ordinaire et revêt les caractéristiques du droit de *common law*. C'est l'une des caractéristiques que Dicey mettait en avant pour valoriser la « Constitution de *common law* » (qui a tous les avantages, selon lui, du droit de *common law*) et pour critiquer les Constitutions codifiées, comme celles de la France, par exemple. L'opposition entre droit codifié et de *common law*⁷ vaut donc aussi pour le droit constitutionnel. La Constitution coutumière britannique basée sur le droit ordinaire

⁴ *The governance of Britain*, July 2007, CM 7170.

⁵ Political And Constitutional Reform Committee, *The UK Constitution, A Summary, With Options For Reform*, March 2015; <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=British+constitution+codification+committee&ie=UTF-8&oe=UTF-8>.

⁶ A. VIDAL-NAQUET, « Révolutions et Constitutions : une analyse comparée », *Confluence des droits*, La revue [En ligne], 03 | 2022, mis en ligne le 24 mars 2022. URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1821>

⁷ S. SOLEIL, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de droit codifié et de common law. Les controverses anglo-américaines (1820-1835)*, Société de législation comparée, sensus, iuris, 2021.

est irriguée par la tradition de *common law*. Cela signifie, nous le verrons, qu'en l'absence de loi, la *common law* (voire l'*Equity*) et les conventions constitutionnelles s'appliquent avec un regard nécessairement tourné vers « le passé »⁸ et le détail, en raison de l'individualisation qui sous-tend la recherche d'un « *case* » ou d'une convention applicable. La Constitution de *common law* ne se développe pas par une approche déductive et un « regard » tourné vers « le haut », un texte suprême, général et, en principe, démocratiquement adopté, elle « pousse »⁹ grâce au passé, à l'histoire et suivant une logique inductive.

Par ailleurs, outre les lois, la jurisprudence et les conventions politiques de la Constitution, la coutume¹⁰, qui est une source juridique indirecte du droit, peut être mobilisée par les juges. En soi, elle est une source historique qui permettra, par exemple, dans une affaire de négligence médicale de tenir compte des témoignages de la pratique médicale, de la pratique d'une communauté en particulier. « La coutume dans le sens de ce que fait la communauté est par conséquent une source puissante et vivante du droit dans le sens où les Cours se fondent sur elle et la retravaillent dans l'application quotidienne de la *common law*¹¹. » Le droit coutumier ne joue, en revanche, pas un rôle décisif en droit public. En droit constitutionnel, il trouve surtout à s'appliquer en matière de droit parlementaire ou à propos des questions de prérogative royale en lien avec le Parlement.

Cela a été le cas dans l'affaire *Miller II* de 2019, lorsqu'il a été question de savoir si le recours par Boris Johnson à la suspension (ou prorogation) du Parlement pendant plusieurs semaines en plein cœur des négociations du *Brexit* était une décision justiciable et légale. La pratique des précédents Premiers ministres a été mobilisée par la Cour suprême qui a jugé que la prorogation décidée par Boris Johnson était d'une durée exceptionnellement longue, dans des circonstances exceptionnelles et ne correspondait pas à la pratique habituelle. La coutume a donc été l'un des éléments de la motivation du jugement conduisant à juger la prorogation illégale et à déclarer que le Parlement devait se réunir. Lorsque la saisine du juge n'est juridiquement pas envisageable, c'est la pratique respectueuse ou irrespectueuse « d'auto-corrrection » des acteurs politiques qui prévaudra. L'entêtement de Boris Johnson à se maintenir au poste de Premier ministre en dépit

⁸ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company Publishers Francetown, New Hampshire, p. 3 et p. 24 ; Louis ASSIER-ANDRIEU, *L'autorité du passé ; essai anthropologique sur la common law*, Paris, Dalloz, 2011, 271 p.

⁹ A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, Girard & Brière, 1902, p. 150 ou p. 208.

¹⁰ G. MAHER, « Custom and Constitutions », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 1, n° 2, 1981, p. 167-76.

¹¹ M. ZANDER, *The Law-Making Process*, 7th ed., 2015, p. 399, dans MARSHALL, « The Constitution, its theory and interpretation », dans V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, London, Hart Publishing, 2009, p. 70.

de la publication du rapport accablant de Susan Gray à la suite du *Partygate*¹² en est un témoignage.

3.– Une constitution « féodale »

Lorsqu'il décrivait, en 1921, « L'esprit de la *common law* », la première caractéristique proposée par Roscoe Pound était sa dimension « féodale »¹³. Comme dans les sociétés traditionnelles, le droit de *common law* renvoie à l'idée d'un « droit sacré », d'un « droit plus haut »¹⁴ fondé sur des « coutumes établies dont il est dangereux de se départir », sur l'autorité de « déclarations fixes du droit traditionnel » et sur la « conception d'un droit naturel éternel et immuable que le droit d'un lieu et d'un moment donné ne fait que déclarer » par opposition à « la création consciente et délibérée du droit par la mise en place de nouveaux fondements ou par la promulgation de règles qui ne peuvent pas découler des fondements existants »¹⁵. Cet élément « féodal » semble aussi valoir pour la Constitution britannique de *common law* dont l'origine et le contenu sont moins accessibles et par conséquent moins démocratiques. En effet, à l'absence de pouvoir constituant, s'ajoute la difficile lisibilité de cette Constitution. Si l'on cherche à présenter la Constitution britannique, il ne suffit pas de lire un texte codifiant les principes, règles et procédures constitutionnels, il faut s'y retrouver dans les méandres labyrinthiques des éléments constitutifs de celle-ci.

Cette première façon de présenter la Constitution historique britannique, à partir des différentes sources du droit constitutionnel et des conventions politiques de la Constitution contient une dimension subjective lorsqu'il s'agit d'identifier ces textes, ces décisions et ces conventions constitutionnelles.

B. – La mémoire pour reconnaître les sources historiques de la Constitution

Ainsi, comment savoir quels sont les textes, décisions de justice ou pratiques de la Constitution britannique ? Comment les identifier à défaut de moment constituant et de Constitution formelle et codifiée ?

¹² À ce sujet, cf. A. DUFFY-MEUNIER, « Droit constitutionnel britannique (juillet 2021-août 2022) », *RFDC*, n° 132, 2022, p. 980-983.

¹³ R. POUND, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴ E. S. CORWIN, « The "Higher Law" Background of American Constitutional Law (I et II) », *Harvard Law Review*, 1928-1929, vol. 42, p. 149-185 et p. 365-409 cité dans E. ZOLLER, « Les deux Constitutions de John Marshall : une relecture de l'arrêt *Marbury v. Madison* », *RFDC*, n° 123, 2020, p. 538.

¹⁵ *Ibid.*, p. 12.

1. – Les textes constitutionnels

Le droit constitutionnel britannique étant issu de sources ordinaires, c'est l'historicité de ces textes, on pense par exemple à la *Magna Carta* 1215, au *Bill of Rights 1689* ou à l'*Act of Settlement 1707*, ainsi que leur matérialité, organisation de la procédure législative, des rapports entre Westminster et les régions, des droits et libertés qui en font des textes constitutionnels. La dimension subjective de la mémoire, en tant que « savoir mystérieux d'un fond commun qu'on suppose inhérent au groupe »¹⁶, joue un rôle fondamental pour déterminer les éléments « supposément » inhérents au droit constitutionnel d'un État donné. Ils peuvent varier en fonction de « qui » va les identifier : la doctrine ? Les parlementaires lors de débats ou dans les rapports de commissions ? Le Gouvernement devant le Parlement ou dans des Livres Blancs ? Les juges ? Comment les identifier ? Selon quels critères ?

S'il existe un consensus, un « fond commun », dans la liste des textes constitutionnels au sein de la doctrine, quelques différences peuvent apparaître, deçà delà, en fonction des ouvrages des différents auteurs. De plus, les parlementaires individuellement pris ou le Gouvernement insistent, selon leurs tendances politiques, davantage sur un texte comme le *Bill of Rights* pour valoriser « le politique » à travers les lois ou sur les décisions du juge Coke au XVI^e siècle pour insister sur le nécessaire contrôle juridictionnel des Cours sur l'exécutif. L'approche jurisprudentielle témoigne également, nous le verrons, de cette subjectivité.

Plus délicate est l'identification juridictionnelle des lois constitutionnelles, surtout lorsqu'il s'agit de leur conférer une portée normative distincte de celle des lois ordinaires. Ainsi existe-t-il une différence entre la liste des lois qualifiées de constitutionnelles par la Haute Cour dans l'affaire *Thoburn* de 2001¹⁷ et dans celle identifiée, certes avec une terminologie différente, par la Cour suprême dans la décision *HS2* de 2014¹⁸. Cette dernière ne mentionne pas, par exemple, les lois de dévolution¹⁹. La décision de la juridiction suprême devrait prévaloir, mais tout dépend si l'identification qu'elle opère est faite *obiter dictum* (« en passant ») ou constitue un élément du *ratio decidendi* décisif pour le jugement. La Constitution coutumière, qui est louée pour sa flexibilité, pose un problème fondamental de la

¹⁶ J.-C. FILLOUX, *La Mémoire*, Paris, Puf, 1967, p. 51 ou « ensemble des faits passés qui restent dans le souvenir des hommes, d'un groupe », Larousse, dictionnaire en ligne.

¹⁷ « 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. »

¹⁸ *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. »

¹⁹ Cf. G. MARSHALL, « The Constitution, its theory and interpretation », *op. cit.*, p. 36.

subjectivité et de l'incertitude dans l'identification de certaines sources constitutionnelles et de leur valeur.

Une question quelque peu différente peut se poser à propos d'un projet de loi récent, le *Northern Ireland Troubles Legacy Bill 2022*, qui a pour objet de s'attaquer à l'héritage des Troubles en Irlande du Nord. Cette loi, qui revêt une dimension mémorielle, ce qui est rare au Royaume-Uni, sera-t-elle considérée comme une loi constitutionnelle ? Ce texte contient des dispositions visant à promouvoir la réconciliation en établissant une Commission indépendante pour la réconciliation, en restreignant les enquêtes pénales, les procédures judiciaires, les enquêtes et plaintes à la police pour des faits s'étant déroulés durant les troubles, en étendant le programme de libération de certains détenus et en prévoyant que ces expériences seront consignées et conservées et que les événements seront étudiés et commémorés. Ces différentes propositions, comme l'amnistie conditionnelle pour des personnes accusées de meurtre ou de crimes liés au conflit, ont particulièrement été critiquées par les députés nord-irlandais et par le Conseil de l'Europe. Des divergences d'approche dans la *mémoire* de cette *histoire* récente du Royaume-Uni et, plus largement, de l'Europe pourraient faire obstacle à l'adoption de ce projet de loi.

2. – Les décisions constitutionnelles

L'identification des décisions de justice « constitutionnelles » peut poser la même difficulté que l'identification des lois ordinaires. Outre leur domaine et leur matérialité, parmi les listes qui sont généralement présentées par la doctrine ou les rapports parlementaires, ce sont notamment les décisions constitutionnelles historiques du juge Coke, des affaires retentissantes, comme l'affaire *GCHQ* relative au contrôle de la prérogative sous le Gouvernement Thatcher²⁰ ou les affaires *Miller I* de 2017 et *Miller II* de 2019²¹ au moment du *Brexit* qui auront l'honneur d'être mentionnées au détriment, d'autres décisions, plus confidentielles ou techniques, comme l'affaire *HS2* en 2014²². Mais en réalité, toutes les décisions de justice sont potentiellement constitutionnelles puisque la Constitution est issue du droit ordinaire. À qui donc se fier pour déterminer ces éléments puisqu'il n'y a pas d'exercice constituant permettant d'opérer ce tri, cette reconnaissance, en érigeant au rang formellement constitutionnel ces éléments ? Là encore, le champ d'application de la décision et son importance, c'est-à-dire la subjectivité de la mémoire, jouent un rôle décisif.

²⁰ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9.

²¹ *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.

²² *R (HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport*, *op. cit.*

3. – *Les conventions constitutionnelles*

La pratique du recours aux conventions constitutionnelles en témoigne. Dans l'un des moments décisifs du *Brexit*, alors que Theresa May voulait de nouveau soumettre aux Communes l'accord de retrait qu'elle avait négocié, le Président de la Chambre, John Bercow, a appliqué une convention constitutionnelle qu'il a exhumée non pas d'un Règlement de la Chambre des communes, mais d'un ouvrage doctrinal, le *Traité d'Erskine May*²³, qui a répertorié une règle rappelant qu'il est interdit pour le Gouvernement de présenter au cours d'une même session deux motions identiques. L'histoire – l'existence objective de la Convention – et la mémoire – le fait qu'elle soit répertoriée dans l'ouvrage doctrinal d'un auteur et mobilisée par une autorité politique telle que le *Speaker* – se conjuguent. Elles permettent d'identifier, puis d'appliquer des sources politiques du droit constitutionnel – les conventions – qui ont un effet décisif sur la vie des institutions. La place de la doctrine dans l'édification de la Constitution britannique est ainsi déterminante tout comme les manuels, les *text books*, qui vont réunir et commenter les principales sources d'une discipline donnée.

En forçant le trait, on pourrait dire qu'en l'absence de Constitution codifiée, c'est la doctrine britannique qui opère cette codification. Cela soulève la question de la place de la mémoire dans l'élaboration d'une Constitution dont la légitimité démocratique peut être contestée.

II – L'INFLUENCE DE LA MÉMOIRE DANS L'ÉDIFICATION DE LA CONSTITUTION BRITANNIQUE

La part de mémoire dans l'édification, la construction de la Constitution britannique apparaît principalement à deux niveaux : le rôle de la doctrine (A) et celui des juges (B). L'un et l'autre témoignent parfois d'une influence croisée de l'histoire et de la mémoire et des difficultés de légitimité démocratique suscitées par cette Constitution coutumière.

A. – Le rôle structurant de la mémoire de la doctrine : la construction d'une Constitution « doctrinale »

1. – *Mémoire de la doctrine et « codification » de la Constitution*

Structuration et codification de la Constitution par la doctrine. En raison de son caractère non codifié, deux façons de présenter la Constitution britannique sont généralement faites. La première, que nous avons abordée précédemment, est l'exposé de ses sources juridiques et politiques. La seconde est un exposé plus théorique qu'en a fait la doctrine et, plus particulièrement, Albert Ven Dicey à la fin

²³ *Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, 25th edition, 2019, disponible sur le site: <https://erskinemay.parliament.uk/browse/?part=1&chapter=1>.

du XIX^e siècle²⁴. Il n'est pas le seul à avoir marqué l'histoire constitutionnelle britannique. Bagehot et sa distinction entre régime parlementaire et régime présidentiel, Hallam, Maitland, Blackstone, Bagehot, Erskine May, Ivor Jennings sont aussi des auteurs de référence lorsqu'il s'agit de rechercher des réponses à des problématiques constitutionnelles. Si certains de ces auteurs sont régulièrement cités dans les décisions (comme Bagehot dans la décision *Miller II* de 2019²⁵), la postérité des principes dégagés par Dicey les dépasse. Il est un auteur *historique* du droit constitutionnel britannique. Son importance est telle que la grande majorité des manuels de droit constitutionnel reprennent, pour présenter la Constitution, les deux principes juridiques que Dicey avait identifiés, la *Rule of Law* et la souveraineté du Parlement à côté desquels il ajoute les conventions constitutionnelles. Plus encore, les Cours inférieures et suprêmes, telles que l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords et aujourd'hui la Cour suprême, ont repris et interprété les principes développés par Dicey comme si son ouvrage était l'expression historique d'un pouvoir « constituant doctrinal ». Tel est, d'ailleurs, également le cas, pour le droit parlementaire, du rôle joué par le Guide de pratique parlementaire de Thomas Erskine May's de 1844²⁶, décisif au moment du *Brexit*.

Subjectivité de la doctrine et conception « politique » ou « juridique » de la Constitution. Outre la problématique fondamentale du déficit démocratique d'une telle dimension « doctrinale » du droit constitutionnel, diverses difficultés, en termes de subjectivité surtout, surviennent. Avec une telle approche, on ne fait pas l'économie d'erreurs de la part des auteurs. Dicey l'avait d'ailleurs reconnu dans la dernière édition de son ouvrage, à propos de sa critique du droit administratif français et de son absence de pertinence pour le Royaume-Uni.

Par ailleurs, la Constitution britannique serait, lit-on souvent, ce que Dicey en a dit. Pourquoi lui ? Contrairement à d'autres auteurs, c'est avant tout Dicey que le « groupe » a gardé en mémoire. La subjectivité d'un auteur peut prévaloir alors que sa présentation de la Constitution a fait l'objet de critiques, encore vivaces aujourd'hui, notamment de la part des auteurs de la *London School of Economics*, Harlod Laski, Ivor Jennings ou encore J.A.G. Griffith, qui, contrairement à la vision « juridique » de Dicey, préférerait présenter la Constitution britannique comme une *Political Constitution*. Ainsi, s'opposent dans la doctrine deux façons de présenter la Constitution : les tenants d'une Constitution fondée en dernier lieu sur le Parlement, valorisant « le politique » et ses diverses expressions parlementaires ou administratives (*Green light Theory* de Carol Harlow et J. K. Rawlings) face aux tenants d'une Constitution de *common law* fondée sur l'ultime pouvoir des juges

²⁴ A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, op. cit.

²⁵ *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v. Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, op. cit.

²⁶ *A treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, 25^e éd.

(*Red light theory* de Carol Harlow et J. K. Rawlings)²⁷ dont dépendrait d'ailleurs la reconnaissance et la validité de la souveraineté du Parlement. Cette opposition a des conséquences sur la façon dont les fondements de la procédure de recours pour excès de pouvoir (*judicial review*) sont appréhendés : un fondement judiciaire, la *common law* ou la *rule of law*, ou un fondement législatif, la souveraineté du Parlement. Elle a trouvé à se manifester de façon assez virulente au cours du processus de sortie de l'Union européenne et durant le mandat de Boris Johnson pour justifier ou contester le contrôle juridictionnel des décisions gouvernementales relatives à la notification du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne ou à la suspension du Parlement²⁸. Ce n'est, en outre, que récemment que ces principes doctrinaux ont été explicitement mentionnés dans des lois à l'instar de la *Rule of Law* dans la section 1 du *Constitutional Reform Act 2005*²⁹ et, plus indirectement, la clause de souveraineté prévue par la section 18 du *European Union Act 2011*³⁰.

2.– Mémoire de la doctrine et interprétation de la Constitution

Le problème de cette approche réside dans la subjectivité et l'incertitude de l'interprétation constitutionnelle. Outre la pratique des conventions constitutionnelles qui ne sont pas justiciables³¹, en cas de doute ou de silence de la loi, les justiciables ou les différents acteurs constitutionnels peuvent se tourner vers les Cours pour trancher des questions constitutionnelles.

La question des modalités de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, suivant la voie législative ou exécutive, a été tranchée en faveur de la première option dans l'affaire *Miller I* de 2017³². À la question de savoir si un nouveau référendum sur l'Écosse pouvait être autorisé par une loi du Parlement écossais, la Cour suprême a répondu par la négative le 23 novembre 2022³³. Lorsque des questions surviennent, les juges doivent parfois interpréter les principes constitutionnels développés par la doctrine.

²⁷ C. HARLOW and R. RAWLINGS, *Law and Administration*, 4^e éd., Cambridge University Press, 2022, 895 p.

²⁸ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, *op. cit.* ; *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v. Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*

²⁹ « 1. The rule of law: This Act does not adversely affect—(a)the existing constitutional principle of the rule of law, or (b)the Lord Chancellor's existing constitutional role in relation to that principle. »

³⁰ Cette disposition indique que « le droit européen directement applicable ou d'effet direct (c'est-à-dire les droits, pouvoirs, responsabilités, obligations, restrictions, recours et procédures mentionnés à la section 2 [1] de l'EC Act 1972) ne sont reconnus et invocables au Royaume-Uni qu'en vertu de cette loi ou en vertu de toute autre loi lorsque cela est exigé ».

³¹ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, *op. cit.*

³² *Ibid.*

³³ *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998* UKSC 31.

Reprise par les Cours des principes constitutionnels doctrinaux. Les Cours ont donné des conséquences juridiques et normatives à ces principes dans des sens que n'aurait sans doute pas toujours approuvé Dicey. Cette forme de constitutionnalisation des principes doctrinaux va donner lieu à des interprétations qui peuvent varier. La *mémoire* de Dicey dans la jurisprudence peut évoluer au fil de l'interprétation qui est faite de cette source doctrinale historique. Le « droit constitutionnel doctrinal » de Dicey est interprété depuis sa parution par les Cours à la lumière des circonstances et des temps nouveaux et selon les opinions des différents juges de la juridiction suprême. Dans l'affaire *Jackson* de 2005, relative à la suppression de la chasse à courre, les juges Hale et Steyn ont valorisé la *Rule of Law* et laissé entendre que les Cours pourraient, dans certaines circonstances, connaître d'une loi remettant en cause le recours pour excès de pouvoir (*judicial review*) et la contrôler. La souveraineté en tant que fondement de la Constitution britannique a été questionnée par ces deux juges qui ont privilégié le rôle des Cours (avec les affaires historiques des *Proclamations* et des *Prohibitions* du juge Coke³⁴) et envisagé le contrôle juridictionnel des lois, contrairement à ce que Dicey défendait. Par ailleurs, nous avons vu que dans les affaires *Miller I* et *II*, les classiques de l'histoire constitutionnelle (décisions du juge Coke ; arbitraire du roi Jacques II ; différentes gouvernances des Premiers ministres dans la période récente) ont été mobilisés pour justifier, par exemple, dans l'arrêt *Miller IP*³⁵ l'intervention du juge sur une question qui pouvait très bien être interprétée comme politique et non juridique.

Mémoire de la doctrine et théories de l'interprétation constitutionnelle.

La mémoire de la doctrine ne s'est pas limitée à la mise en cohérence des principes constitutionnels, elle s'est étendue à l'interprétation doctrinale de la Constitution. Lorsqu'il s'agit d'identifier les différentes interprétations constitutionnelles, il est renvoyé à des approches doctrinales. Les interprétations constitutionnelles qui ont pu être distinguées pour le Royaume-Uni par J. Rees dans une conférence de 1955 « Interpreting the Constitution »³⁶ reposent non pas sur l'identification d'une interprétation jurisprudentielle de la Constitution, mais sur l'approche proposée par différents membres de la doctrine : Jennings (modèle de tolérance envers les décisions prises à la suite d'un vote majoritaire au Parlement et déférence envers celui-ci) ; Sir Ernest Barker (interprétation fondée sur le fondement moral d'une démocratie) ; L.S. Amery (interprétation fondée sur l'équilibre dans la Constitution entre la Couronne et le Peuple) ainsi que Harold Laski (interprétation de la Constitution à la lumière de la représentation des classes sociales et de la machine

³⁴ *Prohibitions Del Roy* [1607] 12 Co Rep 63 ; 77 ER 1342 ; *The Case of Proclamations* (1610) 12 Co Rep 74 ; 77 ER 1352.

³⁵ *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v. Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*

³⁶ Leicester University Press, 1955.

gouvernementale). Nous allons voir qu'en réalité, les interprétations traditionnelles des lois ou de la *common law* prévalent sur ces approches doctrinales.

L'ensemble de ces éléments témoigne du poids de la doctrine publiciste dans l'élaboration et l'interprétation de la Constitution britannique. Par ailleurs, les juges se réfèrent très fréquemment aux sources doctrinales, la postérité de ces sources pèse sur leur activité juridictionnelle.

B. – Le règne décisif de la mémoire des juges : la permanence d'une Constitution de *common law*

La mémoire trouve moins à s'appliquer au niveau de l'interprétation qu'au niveau de la mise en œuvre du droit de *common law* à travers la règle du précédent. Dans le premier cas, comme dans le second, le constat de Geoffrey Marshall selon lequel « au Royaume-Uni... la seule source d'autorité judiciaire pour contrôler l'autorité législative du Parlement est la *common law* »³⁷ confirme l'importance du juge de *common law*.

1. – La part de mémoire et d'histoire dans l'interprétation juridictionnelle de la Constitution

Puisque les sources du droit constitutionnel britannique sont du droit ordinaire, les techniques d'interprétation concrètes du droit positif relèveront du droit ordinaire. Outre la particularité de l'interprétation des principes doctrinaux (souveraineté parlementaire, *rule of law*, *accountability*), les Cours britanniques doivent interpréter des lois, des principes jurisprudentiels et non une Constitution formelle. Cela peut expliquer des différences de techniques d'interprétation par rapport à d'autres pays dotés de Constitutions rigides. Le principe de souveraineté du Parlement remplace celui de suprématie de la Constitution. Les Cours appliquent et respectent les lois, suivant ainsi la prescription de l'article 9 du *Bill of Rights*³⁸. Elles restent toutefois maîtres de leur interprétation.

Les techniques d'interprétation législative. Parmi les techniques d'interprétation législative que les juges utilisent, c'est l'interprétation littérale qui prévaut, avant la *Golden Rule*³⁹ et la *Mischief Rule*⁴⁰. Dans leur travail d'interprétation, les juges britanniques restent attachés à l'interprétation littérale qui témoigne de la déférence dont ils font preuve à l'égard du législateur, du moins

³⁷ G. MARSHALL, « The Constitution, its theory and interpretation », *op. cit.*, p. 48.

³⁸ « Que la liberté de parole, des débats ou des procédures dans le sein du Parlement, ne doivent être entravés ou questionnés dans aucune Cour (de justice) ni où que ce soit en dehors du Parlement. »

³⁹ Elle a pour objet de corriger les absurdités auxquelles cette dernière peut parfois conduire. *Grey v. Pearson* [1857] 6 HLC 61, 106.

⁴⁰ Elle a pour objet de donner aux dispositions une signification qui parvient à corriger, au mieux, les défauts de la loi afin de remplir les objectifs qu'elle a fixés. *Heydon* (1584) 3 Co. Rep.7a, 7b.

avant que la section 3 du *Human Rights Act 1998* ne permette une interprétation plus audacieuse des lois⁴¹. Les interprétations historiques ou génétiques ne sont pas véritablement mobilisées. Le respect de l'intention du Parlement domine, tout comme l'exclusion de tout élément pouvant orienter le sens des lois au-delà de la formulation utilisée dans les textes eux-mêmes⁴². Cette approche contribue à un certain conservatisme.

Ainsi, ces règles d'interprétation ne sont pas propices à la protection des droits et libertés « modernes » en présence d'une loi liberticide explicite. Si ces règles ont récemment évolué en ce domaine, c'est à partir de moments *historiques* : la ratification de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) en 1951 et la reconnaissance du droit de recours individuel devant la CourEDH, le 14 janvier 1966⁴³ ou l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne en 1972. L'interprétation a donc évolué au fil de l'histoire en raison de contraintes internationales, représentatives d'un « droit positif plus haut ». Le rôle historiquement créateur du juge a considérablement fait évoluer l'interprétation des lois lorsqu'il a créé des présomptions de *common law* qui s'imposent au législateur. Le droit historique (la *common law*) pèse, en quelque sorte, sur la démocratie (la loi) dans des affaires souvent rattachées au droit européen et lorsque *l'histoire* (adhésion à une organisation régionale, reconnaissance du droit de recours individuel, par exemple) le justifie. Il ne peut toutefois pas créer de droits là où la *common law* est muette ou inadaptée, comme en matière de lutte contre les discriminations et de droits sociaux.

Cela a, par exemple, été le cas de présomptions d'interprétation des lois en conformité avec le droit international et conventionnel ou de présomptions d'interprétation de lois en conformité avec les droits et libertés de *common law* avant l'entrée en vigueur du *HRA*. Par le jeu de ces présomptions, les juges de *common law* jouent sur l'interprétation des lois futures et ont renforcé la protection des droits et libertés. Par exemple, dans *l'affaire Waddington v. Miah* de 1974, les juges ont créé une présomption selon laquelle le Parlement n'a pas l'intention de légiférer de façon contraire à ses obligations dérivées du droit international. La Cour d'appel a aussi créé une présomption d'interprétation de la *common law* à la lumière de la CEDH, lorsque la *common law* est incertaine ou bien lorsqu'elle était claire, mais incomplète⁴⁴. Le *HRA* a imposé une interprétation particulièrement forte des lois disposant, dans sa section 3, que les Cours doivent « autant que possible » interpréter les lois à la lumière des droits de la CEDH⁴⁵. La puissance de la mise en

⁴¹ Cf. *infra*.

⁴² G. MARSHALL, « The Constitution, its theory and interpretation », *op. cit.*, p. 75.

⁴³ *Waddington v. Miah* [1974] 2 All ER 377.

⁴⁴ *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd* [1992] QB 770, [1992] 3 All ER 65, [1992] 2 WLR 28. Ils confirment ainsi la décision de la *High Court*, *R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudury* [1991] 1 QB 429, [1991] 1 All ER 306, p. 320, WATTKINS LJ.

⁴⁵ À ce propos, cf. A. DUFFY-MEUNIER, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique*

œuvre de cette interprétation a été telle que, parmi les dispositions du *Bill of Rights Bill 2022* qui propose d'abroger et de remplacer le *HRA 1998*, c'est la technique de l'interprétation conforme qui va être supprimée. Le *HRA* a introduit une logique d'interprétation différente, moins conservatrice, que celle qui prévalait jusque-là, ce qui lui coûtera peut-être « la vie » et son remplacement par ce qui est encore un projet de Déclarations de droits⁴⁶.

Ces présomptions peuvent aussi s'appliquer aux principes constitutionnels. Cela a été très explicite dans l'interprétation faite de la souveraineté du Parlement au regard du principe de primauté du droit de l'Union européenne par la Chambre des Lords dans l'affaire *Factortame* de 1991⁴⁷. Lord Bridge a ainsi indiqué qu'en dépit du principe de primauté, le Parlement britannique restait souverain, car il a souverainement décidé de se limiter dans la mesure où la primauté du droit de l'Union était un principe existant au moment de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes. Les Lords ont ainsi jugé que le *European Communities Act 1972* contenait une présomption selon laquelle toutes les lois futures devaient le respecter ainsi que les principes et les règles qu'il incorpore. Les affaires *Miller I et II*⁴⁸ illustrent également cette force interprétative dans un moment historique clé, comme la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, en ce qui concerne le principe constitutionnel de souveraineté du Parlement que la Cour suprême a mobilisé, garantie dans les deux affaires.

Ces exemples témoignent de la contrainte que l'interprétation des juges de *common law* peut faire peser sur le pouvoir politique. À l'instar des juges constitutionnels qui interprètent leurs constitutions et reconnaissent de nouveaux principes et/ou droits constitutionnels, les juges britanniques modèlent, dans leur constitution de *common law*, les contours des lois et principes constitutionnels jurisprudentiels souvent à des moments *historiques*⁴⁹. Entre eux, une différence de légitimité : légitimité historique des juges britanniques de *common law* ; légitimité plus démocratique et/ou historique des Cours suprêmes ou des juridictions constitutionnelles lorsqu'elles sont établies démocratiquement par des Constitutions formelles à des moments historiques, comme la Cour suprême des États-Unis ou la Cour constitutionnelle allemande.

face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, Paris, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2007, 636 p.

⁴⁶ À ce sujet, cf. A. DUFFY-MEUNIER, « Droit constitutionnel britannique (juillet 2021-août 2022) », *RFDC*, p. 988-999.

⁴⁷ *Factortame Ltd v. Secretary of State for Transport* (n° 2) [1991] 1 AC 603.

⁴⁸ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, *op. cit.* ; *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v. Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*

⁴⁹ On peut également penser à l'affaire *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service (GCHQ)*, *op. cit.* consacrant le contrôle de la prérogative.

2. – La part de mémoire et d'histoire dans la technique du précédent

C'est lorsque les Cours manient le droit de *common law*, que la mémoire trouve davantage à s'appliquer. En témoigne le rôle de la mémoire dans la technique du précédent ainsi que le subjectivisme de l'histoire que chaque juge peut mobiliser dans des opinions séparées.

Parmi les techniques utilisées, c'est sans doute le recours au précédent qui témoigne au plus haut niveau du recours à *l'histoire combinée à la mémoire*, dans la formalisation du droit ordinaire et du droit constitutionnel. La règle du précédent recouvre deux idées : « Dans un sens large, le précédent implique de traiter des décisions judiciaires précédentes comme des déclarations ayant autorité juridique qui peuvent servir de bonne raison juridique pour une décision judiciaire ultérieure. Dans un sens étroit, le précédent (souvent décrit comme le *stare decisis*) exige que les juges traitent certaines décisions antérieures, particulièrement celles des Cours supérieures, comme des décisions contraignantes. Dans ce sens, le précédent offre une raison suffisante pour la décision »⁵⁰. Le poids de l'histoire dans cette technique a été tel que ce n'est qu'en 1966 que la Chambre des Lords a déclaré qu'elle n'était plus liée par ses propres précédents, se laissant ainsi l'opportunité de faire des revirements de jurisprudence « dans l'intérêt de la justice et afin d'aider le développement du droit »⁵¹.

Le rapport de contrainte entre les décisions historiques antérieures et les décisions ultérieures montre l'importance de *l'histoire* de la jurisprudence dans le développement du droit constitutionnel britannique. Si dans un sens large, la plupart des juridictions d'autres pays peuvent éprouver ce poids de l'histoire jurisprudentielle en appliquant des décisions antérieures, le Royaume-Uni se caractérise par l'application de la règle du *stare decisis* qui introduit une dose de *mémoire* dans l'histoire jurisprudentielle. Selon cette règle, ce ne sont pas l'ensemble des jugements antérieurs qui constituent le précédent, mais seulement le « noyau dur »⁵² de ces jugements, le *ratio decidendi* qui est « une proposition de droit qui tranche l'affaire à la lumière ou dans le contexte de faits matériels »⁵³. Le reste de la motivation constitue les *obiter dicta* qui peuvent avoir une influence persuasive (*persuasive*), mais non contraignante (*binding*). Ainsi, ce qui prévaut dans le raisonnement de *common law* sera un *binding precedent*, une décision antérieure dont le *ratio decidendi* s'appliquera à l'affaire en cause. Le *binding precedent* montre que l'histoire, le passé jurisprudentiel peut constituer une raison suffisante pour trancher une affaire. Il n'est pas question de dire que les juges de *common law* ne raisonnent pas, mais que leur raisonnement est systématiquement sous-tendu par la recherche *historique* d'un précédent et la recherche parfois *subjective* du *ratio-*

⁵⁰ G. BELL, dans P. BIRKS (dir.), *English Private Law*, Oxford, OUP, 2000, § 1.64.

⁵¹ *Practice Statement, Judicial Precedent* [1966] 1 WLR 1234. La Cour d'appel est liée par ses propres précédents, dans sa formation civile, sauf quelques exceptions et dans sa formation pénale cette règle n'est pas appliquée rigide-ment.

⁵² G. MARSHALL, « The Constitution, its theory and interpretation », *op. cit.*, p. 75.

⁵³ M. ZANDER, *The Law-Making Process*, 7th ed., 2015, p. 263.

decidendi. En effet, la difficulté pour tout juriste travaillant sur la *common law* britannique est d'identifier ce qu'est ce *ratio* pour chaque décision et s'il s'applique à l'affaire qu'il a à trancher. La *mémoire* du *ratio* d'une décision et la subjectivité de chaque juge pour l'identifier pourra s'exprimer dans des opinions séparées, qui jouent ici un rôle déterminant. Une difficulté réside dans le fait que le *ratio* d'une décision est souvent exprimé d'une façon différente, plus ou moins abstraite, dans les opinions des juges. Ils peuvent concerner un large ensemble de faits très précis, le *ratio* sera donc lui aussi étroit. En revanche, si peu de faits sont concernés par une décision, le *ratio* sera très large et pourra s'appliquer à de nombreuses affaires ultérieures⁵⁴. Ainsi, la quête *historique* du précédent et *subjective* du *ratio* peut avoir des conséquences importantes sur l'interprétation des lois et principes constitutionnels.

3. – *La mémoire des juges contre l'histoire*

Ces méthodes de retour vers le passé ont favorisé le conservatisme des juges particulièrement critiqué par J.A.G. Griffith dans son célèbre ouvrage, *The Politics of the judiciary*⁵⁵. Le juge bercé par cet « idéal du droit éternel »⁵⁶ et par l'approche « individualiste »⁵⁷ sous-tendue par la *common law* peut témoigner d'un conservatisme subjectif bercé par la mémoire des précédents ou des jugements moraux individuels. Les juges de *common law* ont fait preuve de réticence face au développement du droit public dans le contexte de l'émergence de l'État providence et du socialisme, notamment dans le champ des relations du travail, et ce jusqu'en 1966 date à laquelle la Chambre des Lords n'a plus été liée par ses propres précédents. Le conservatisme des juges s'est, par exemple, manifesté dans des décisions trouvant leur origine dans les mesures prises par des autorités locales contrôlées par le parti travailliste. Dans l'affaire *Roberts v. Hopwood*⁵⁸ de 1925, Lord Atkinson a dénoncé une décision illégale du *Poplar Borough Council* de fixer un salaire minimum pour ses employés et de payer de façon équivalente les hommes et les femmes. Il indique qu'ils ont été guidés par « des principes excentriques de philanthropie socialiste ou par une ambition féministe d'assurer l'égalité des sexes dans le monde des salaires »⁵⁹. Un an plus tard, le juge Astbury a déclaré la Grève générale de 1926 illégale au terme d'un *dictum* très critiqué⁶⁰. La Chambre des Lords a, par la suite, interprété les lois instaurant des compensations pour les travailleurs, en faveur des employeurs, et « manipulé » les règles d'interprétation des

⁵⁴ G. MARSHALL, « The Constitution, its theory and interpretation », *op. cit.*, p. 92.

⁵⁵ J.A.G. GRIFFITH, *The Politics of the judiciary*, London, Fontana Press, cop. 1991, 352 p.

⁵⁶ R. POUND, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁸ [1925] AC 578.

⁵⁹ M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, *op. cit.*, p. 172-173.

⁶⁰ *National Sailors and Firemens Union v. Reed* [1926] 1 Ch. 536.

lois pour faire obstacle aux lois sur le logement des années 1930, ce qui fut vivement critiqué par Ivor Jennings⁶¹.

Ces exemples témoignent de l'écueil du droit de *common law*. Ceci est vrai à tel point que la décision *Pepper v. Hart*, qui autorise en 1996 seulement le recours aux débats parlementaires, c'est-à-dire à l'histoire du texte de loi pour l'interpréter, a été une véritable révolution au Royaume-Uni. Pour certains, cela revenait sur l'article 9 du *Bill of Rights* qui interdit d'entraver ou de questionner la liberté d'expression, des débats et des procédures parlementaires.

Malgré toutes ces techniques, le formalisme des décisions est, à travers les opinions séparées, propice au recours à *l'histoire* telle qu'elle apparaît dans la *mémoire* de chaque juge. Ils peuvent mobiliser, à leur façon, non seulement des sources juridiques, mais aussi les grands moments de l'histoire constitutionnelle du contrôle juridictionnel de l'administration (*Miller II*, 2019 § 32), de l'indépendance des régions (*Miller I*, 2017, § 135), des rapports entre le Gouvernement et le Parlement (*Miller II*, 2019) ainsi que des rapports entre le futur Monarque et le Gouvernement⁶² pour ensuite les interpréter selon leur propre subjectivité. La présence d'opinions séparées dans une Constitution de *common law* où histoire et mémoire se mêlent peut alors exacerber la subjectivité des juges dans la façon dont ils appréhendent les problèmes juridiques et dans leur usage des événements historico-juridiques. C'est le piège dans lequel peut tomber cette tradition juridique « obstinément individualiste »⁶³, notamment au moment de l'émergence des classes sociales au début du XX^e siècle. Par ailleurs, le droit de *common law*, de par son origine coutumière, est fatalement aristocratique, car il est interprété par une classe de « connaisseurs », ceux qui manient « la raison artificielle du droit » comme le dit le juge Coke dans l'affaire des *Proclamations*⁶⁴. Cette approche est profondément contraire à la culture des lumières. Cet élément explique la difficulté des systèmes de *common law* à appréhender la question des inégalités là où le législateur n'intervient pas. Roscoe Pound soulignait cette difficulté lorsqu'il présentait la *common law* comme contenant un élément féodal. Il n'est pas anodin qu'au Royaume-Uni les règles juridiques de lutte contre les discriminations sont législatives et ont été adoptées grâce au droit « plus haut » de l'Union européenne et, dans une moindre mesure grâce au droit de la CEDH⁶⁵, et non pas grâce au droit historique de *common law*. Le principe d'égalité, fondement d'une société démocratique, ne fait

⁶¹ À ce propos, cf. I. JENNINGS, « Courts and Administrative Law – The Experience of English Housing Legislation », *HLR*, vol. 49, 1935-36, p. 426.

⁶² *Evans v. Information Commissioner and Seven Government Departments* [2012] UKUT 313.

⁶³ R. POUND, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁴ *The Case of Proclamations* (1610), *op. cit.*

⁶⁵ Grâce à l'article 14 de la CEDH : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

ainsi pas partie des fleurons de l'histoire constitutionnelle britannique ni des droits traditionnellement garantis, à l'instar de la vie, de la propriété ou de la liberté.

La problématique des rapports entre Constitution, histoire et mémoire au Royaume-Uni révèle, en raison de sa nature, de son contenu et des interprétations qui peuvent en être faites, la prééminence d'une certaine subjectivité et d'un certain conservatisme dans cette Constitution coutumière de *common law* dominée par la doctrine de Dicey. Si l'histoire et la mémoire peuvent être mobilisées à différents niveaux dans des Constitutions formelles, les sources juridiques et les principes d'une Constitution coutumière peuvent davantage être instrumentalisés au profit de lectures différentes de la Constitution et privilégier la tradition par rapport aux changements. L'avantage de la flexibilité laisse place à l'inconvénient de l'incertitude, de l'insécurité juridique, mais surtout du déficit démocratique de cette Constitution historique.