

Université de Montréal

Écrire la constitution anglaise :
Portrait d'une antinomie idéologique

Par
Léo Mondor

Département de science politique
Faculté des arts et des sciences

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de *Maître ès sciences (M. Sc.)*
en science politique, option idées politiques

Mai 2024

© Léo Mondor 2024

Ce mémoire intitulé

**Écrire la constitution anglaise :
*Portrait d'une antinomie idéologique***

Présenté par
Léo Mondor

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes

Augustin Simard
Directeur de recherche

Charles Blattberg
Membre du jury

Laurence McFalls
Membre du jury

Résumé

Une dichotomie profonde est au cœur de ce mémoire. Un choc entre un champ des possibles heuristique et fécond et une expérience concrète limitée, voire enchaînée. Prenant racines dans les travaux d'Antonio Gramsci (1891-1937), Karl Mannheim (1893-1947) et Paul Ricoeur (1913-2005), ce mémoire s'intéresse aux influences de l'Idéologie sur les champs discursifs et politico-philosophiques entourant la constitution anglaise au courant des cent-cinquante dernières années. S'éloignant d'une conception strictement péjorative de l'Idéologie, c'est l'occasion de voir se chevaucher et s'entrechoquer diverses conceptions de la constitution tout en définissant un univers de discours.

En reconnaissant d'abord un matériau fertile étant donné l'aspect non-écrit et coutumier de la constitution anglaise, nous abordons de manière chronologique les grands courants de pensée du constitutionnalisme pour faire ressortir une antinomie fondamentale entre l'approche conservatrice normative et sa critique fonctionnaliste. Là où le champ aurait pu proliférer, nous reconnaissons un arc qui, se refermant sur lui-même, limite la possibilité de nouveaux discours. Notre recherche aborde dans un premier temps, l'apport indéniable d'Albert Venn Dicey à l'étude du constitutionnalisme anglais. En réponse à cette redéfinition du champ d'étude, nous abordons l'approche fonctionnaliste se référant à William Robson, Ivor Jennings et J.A.G. Griffith. Sur la base de cette opposition, nous étudions les réponses plus modernes de T.R.S Allan et Martin Loughlin tout en reconnaissant l'épuisement des discours.

Ce mémoire est donc animé par un double objet. D'une part, nous définissons diverses approches idéologiques de la constitution de manière historique et comparative. De l'autre, nous observons comment ces discours idéologiques se limitent en eux-mêmes et restreignent grandement l'univers discursifs du constitutionnalisme.

Mots-clés : Dicey, Gramsci, doxa, normativisme, fonctionnalisme, constitutionnalisme, Idéologie

Abstract

A profound dichotomy lies at the heart of this master's thesis. It is a clash between a heuristic and fertile field of possibilities and a limited, even chained, concrete experience. Rooted in the works of Antonio Gramsci (1891-1937), Karl Mannheim (1893-1947), and Paul Ricoeur (1913-2005), this dissertation examines the influences of Ideology on the discursive and politico-philosophical realms surrounding the English constitution over the past one hundred and fifty years. Departing from a strictly pejorative conception of Ideology, it is an opportunity to witness various conceptions of the constitution overlapping and colliding while defining a discourse universe.

By first recognizing the fertile material provided by the unwritten and customary nature of the English constitution, we chronologically approach the major currents of constitutional thought to highlight a fundamental antinomy between normative conservative approaches and their functionalist critique. Where the field could have flourished, we acknowledge an arc that, closing in on itself, limits the possibility of new discourses. Our research initially addresses the undeniable contribution of Albert Venn Dicey to the study of English constitutionalism. In response to this redefinition of the field of study, we delve into the functionalist approach, referring to William Robson, Ivor Jennings, and J.A.G. Griffith. Building upon this opposition, we examine the more modern responses of T.R.S Allan and Martin Loughlin while acknowledging the exhaustion of discourses.

Thus, this master's thesis is driven by a dual purpose. On one hand, we define various ideological approaches to the constitution historically and comparatively. On the other hand, we observe how these ideological discourses limit themselves and greatly restrict the discursive universe of constitutionalism.

Keywords : Dicey, Gramsci, doxa normativism, functionalism, constitutionalism, Ideology

Table des matières

Résumé.....	2
Abstract.....	3
Remerciements.....	5
Avant-propos – L’univers des possibles encarcené.....	6
Chapitre 1 – Dicey, la rule of law et l’Incomparable constitution.....	15
<i>1.1 De la rule of law.....</i>	<i>17</i>
<i>1.2 Le projet politique de Dicey.....</i>	<i>22</i>
<i>1.3 La tradition de pensée whig.....</i>	<i>29</i>
<i>1.4 Et ensuite.....</i>	<i>37</i>
Chapitre 2 – La désacralisation pragmatique de la constitution.....	39
<i>2.1 Une constitution ouverte sur le continent.....</i>	<i>39</i>
<i>2.2 Un constitutionnalisme advenu en constante évolution.....</i>	<i>48</i>
<i>2.3 Un pragmatisme franc et assumé.....</i>	<i>55</i>
Chapitre 3 – L’étonnant renouveau du constitutionnalisme anglais ?.....	63
<i>3.1 La renaissance de la tradition.....</i>	<i>64</i>
<i>3.2 Un détour heuristique dans le champ de la théorie politique.....</i>	<i>74</i>
Épilogue – Adam Tomkins et la constitution politique : un nouvel axe d’analyse.....	85
Conclusion – L’antinomie idéologique insurmontable.....	96
Bibliographie.....	101

Remerciements

Je remercie chaleureusement mon directeur de recherche Augustin Simard pour son soutien, sa confiance, ses conseils et son rôle immense dans la réussite de mon parcours académique. Ce mémoire n'aurait jamais pu naître sans toutes les heures passées à ses côtés dans les salles de classe, les cafés et à son bureau avec Miles Davis ou Ravel. Ses enseignements ont grandement influencé ma conception du droit et de la pensée politique. Merci d'avoir cru en moi même si la route a été longue, j'en suis infiniment reconnaissant. Être votre étudiant restera une de mes fiertés.

Merci aux professeurs du département de science politique de l'UdeM qui, de près ou de loin, m'ont inspiré et ont élargi mes horizons. Un merci tout spécial à Martin Carrier et Frédéric Mérand auprès de qui j'ai pu devenir vétéran auxiliaire, mais surtout avec qui j'ai beaucoup discuté, débattu et rigolé. Vous êtes au cœur de ma réussite et mon passage à la maîtrise aura été un réel bonheur à vos côtés.

Merci à mes parents pour.... Tout, au fond ! Merci pour votre support financier, les soupers à l'Express, les sorties au théâtre, la curiosité, la rigueur, l'entêtement, merci d'être toujours là à chaque instant. Maman, merci de m'avoir fait répéter cent fois le sujet de mon mémoire, j'ai dû comprendre ce que je faisais grâce à toi. Papa, merci m'avoir toujours invité à persévérer même si les trois dernières années n'ont pas toujours été faciles de ton côté comme du mien. Père, Mère, merci de m'avoir toujours encouragé à demander « pourquoi » et de n'accepter que le meilleur de moi comme des autres.

Merci à Julien et Mathilde pour les soupers, le vin, les discussions, les chalets et surtout pour Arthur. Merci à Matys pour ses réflexions même si j'ai la tête dure. Merci à Émile pour tous les moments de rire, je suis chanceux d'être ton frère.

En terminant, le plus immense de tous les remerciements va à Léonore pour son amour, sa patience, sa présence, ses idées, son sourire, sa confiance en moi et mille autres petites attentions. Merci d'être toi, d'être toujours là malgré mes multiples défauts. Merci de me pousser à toujours me dépasser et ne jamais perdre espoir. Surtout, merci de me rappeler que tout va bien et que j'y arriverai. Ik hou van jou, mijn kleine Noortje schatje. Je suis le plus chanceux de tous de pouvoir partager ta vie.

Veni, vidi, vici

Avant-propos ; l'univers des possibles encarcané

« Les hommes font leur propre histoire, mais ils ne la font pas arbitrairement, dans les conditions choisies par eux, mais dans des conditions directement données et héritées du passé. La tradition de toutes les générations mortes pèse d'un poids très lourd sur le cerveau des vivants. Et même quand ils semblent occupés à se transformer, eux et les choses, à créer quelque chose de tout à fait nouveau, c'est précisément à ces époques de crise révolutionnaire qu'ils évoquent craintivement les esprits du passé, qu'ils leur empruntent leurs noms, leurs mots d'ordre, leurs costumes, pour apparaître sur la nouvelle scène de l'histoire sous ce déguisement respectable et avec ce langage emprunté. »

Karl Marx, Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte

La constitution est centrale au sein de l'État de droit, alors qu'elle fait office de fondement de l'ordre juridique et qu'elle encadre les fonctions du gouvernement. À ce propos, la constitution britannique est souvent présentée comme l'archétype de toutes les constitutions, voire le modèle fondamental qui n'a jamais été surpassé¹. Or, le fait que cette constitution ne soit pas écrite et purement coutumière lui donne un caractère particulier. L'ensemble des règles qui déterminent la création et l'opération des institutions gouvernementales britanniques n'est pas un document formel et physique, mais une coutume qui remonte au XIII^e siècle². En ce sens, la constitution anglaise apparaît de prime abord comme une tradition inébranlable, mais en pratique, elle doit être périodiquement produite et reproduite sélectivement par les juristes. À plus forte raison, cet aspect éthéré permet à plusieurs constitutionnalistes de redéfinir la constitution en incluant ou excluant certains éléments lorsqu'ils théorisent et réactualisent la constitution.

Cette spécificité permet un affrontement idéologique inédit. Étant donné l'absence d'un document physique qui soit partagé, une incertitude naît et perdure quant au sens réel de la constitution. Son existence et sa signification sont intrinsèquement liées à la défense d'une tradition du constitutionnalisme. Ailleurs qu'au Royaume-Uni, l'intellectuel juridique peut se questionner sur le sens et l'application de la constitution en s'y référant concrètement. Le jurisconsulte anglais doit créer son objet avant toute chose. Dans un tel

¹ Denis Baranger, *Écrire la constitution non-écrite : une introduction au droit politique britannique* (Paris : Presses Universitaires de France, 2008), 1.

² Ivor Jennings, *The Law and the constitution*, 5th éd. (University of London Press, 1960), 36.

contexte, la doctrine produite par ces intellectuels du droit est fondamentalement performative. Au moment où elle est affirmée, elle fait du même coup exister la constitution. Ce qui crée le droit constitutionnel au Royaume-Uni n'est pas l'étude savante de la constitution, c'est la création de celle-ci par les intellectuels juridiques.

En l'absence d'une constitution écrite, les réflexions sur son sens et ses implications sont matière à débat dans une mesure qui est difficilement envisageable dans un quelconque autre État³. N'ayant pas de base commune écrite, le champ des possibles est large quant au sens qu'elle peut prendre. Dès lors que la constitution est écrite, un cadre d'analyse balisé est nécessaire et les débats sont circonscrits à un objet clair. Au Royaume-Uni, l'objet n'existe pas et l'ensemble des discours argumentés sur la constitution la fait vivre et la définit. Comment s'entendre sur le sens pour en débattre si l'objet n'existe qu'à travers les esprits et les régimes discursifs ?

La constitution prend un sens différent selon les époques et selon les discours que l'on tient sur elle. Elle apparaît donc comme un objet variable qui répond à des intérêts différents selon les contextes et s'insère dans différents discours en ayant plusieurs sens. Qui plus est, les juristes doivent créer l'objet — constitution — qu'ils étudient avant même de pouvoir l'étudier. Cet acte même de création et de redéfinition constante de l'objet s'inscrit dans un contexte précis et sous des schèmes de pensée observables. N'est-ce pas là affirmer que la constitution est un objet idéologique ? En ce sens, la constitution existe uniquement à travers l'expression d'un droit constitutionnel performatif et ancré dans l'idéologie.

L'affirmation est toutefois hautement polysémique et il semble nécessaire de spécifier à quelles conceptions de l'idéologie s'attacher. Il faut d'ores et déjà préciser que si la constitution est un objet ancré dans l'idéologie, il n'est pas pour autant question d'une

³ Certains peuvent répondre à cette affirmation que le cas des États-Unis est tout aussi unique. Le champ des possibles est certes vaste aux États-Unis, mais une distinction fondamentale demeure. D'un côté, il est question d'interprétation et de l'autre, il faut créer le sens même de la constitution. Les juristes et juges américains peuvent bien débattre sur une interprétation originaliste ou morale de la constitution, mais ils partagent tout de même un objet. Les intellectuels anglais ne s'entendent pas sur un objet commun « constitution » sur lequel on pourrait débattre des interprétations.

conception de celle-ci se rapportant à la domination. La constitution est une coutume qui vient assurément répondre à des besoins concrets et servir des intérêts précis, mais elle est modifiée non pas uniquement pour asservir un certain groupe, mais simplement répondre d'une manière plus adéquate à des réalités changeantes. Dans le même ordre d'idée, nous ne pouvons pas associer à la constitution une quelconque forme de domination intrinsèque en ce qu'elle n'a pas une fonction univoque et déterminée. Elle est mise en discours par différents penseurs qui adhèrent à différentes conceptions du politique selon les époques. Elle est donc inévitablement un objet non neutre, mais il n'y a pas pour autant de connotation négative ou strictement péjorative qui l'entoure.

Concrètement, la conception de l'idéologie que nous défendons emprunte librement à la pensée d'Antonio Gramsci, de Karl Mannheim et de Paul Ricœur. Nous définirons donc brièvement ces visions de l'idéologie.

L'axe par lequel Gramsci introduit sa vision de l'idéologie et une réflexion pragmatique sur la place qu'occupe l'hégémonie au sein de la société libérale. Quel que soit son rapport au pouvoir, l'individu existe dans une hégémonie qui véhicule une idéologie et il en est bien souvent conscient, ainsi, l'intellectuel est soumis à l'hégémonie comme un fait, une réalité qui le précède. À ce propos, l'intellectuel organique dépend inévitablement d'un groupe social et ne peut pas prétendre être parfaitement indépendant du pouvoir⁴. La naissance de toute classe est située dans un contexte particulier et un moment défini de l'histoire où un discours dominant est présent, tout comme des discours qui s'y opposent. Nous sommes donc portés à croire que l'idéologie est, pour Gramsci, un courant de pensée dominant qui est omniprésent, mais qui ne crée pas pour autant une quelconque situation d'oppression. Tout en prenant conscience qu'un groupe hégémonique véhicule une idéologie, l'individu peut y adhérer tout comme il peut s'y opposer. C'est l'aspect de la conscience qui permet d'avancer que l'Idéologie n'est pas péjorative de facto chez Gramsci.

⁴ Antonio Gramsci, *Cahiers de prison volume 3* (Paris : Gallimard), 310-1

Certes, Gramsci reconnaît la notion de pensée dominante qui guide la société, mais contrairement à la théorie marxiste classique de *l'Idéologie allemande*, il n'est jamais question de fausse conscience ou de *reflet inversé* chez lui. C'est d'abord et avant tout sur cette base qu'il nous semble important de distancer Gramsci de la pensée de Marx. Étant donné le caractère neutre *en soi* de l'idéologie, Gramsci reconnaît que l'intellectuel n'est pas soumis à une pensée unilatérale de classe et qu'un intellectuel organique issue de la classe ouvrière, n'est pas nécessairement un ouvrier révolutionnaire dont le but premier est de saisir les moyens de production. L'idéologie est donc un fait et les intellectuels prennent conscience de ce fait et de leur situation de classe, mais rien ne les empêche de penser en dehors de leur classe.

Puisque Mannheim n'est pas un théoricien marxiste, il propose une conception plutôt différente de celle de Marx, mais aussi de Gramsci. Il propose une vision de l'idéologie qui est totale en ce que tout point de vue témoigne d'une idéologie et que chaque groupe perçoit l'idéologie de manière partielle puisqu'il ne réfléchit qu'à travers son idéologie propre⁵. Bien qu'il puisse rejoindre la tradition marxiste classique sur la question du déterminisme de l'idéologie, Mannheim n'a pas pour autant une approche péjorative de l'idéologie. À son sens, l'idéologie est un point de vue situé qui est propre à un groupe et qui mérite d'être étudié pour comprendre le raisonnement, sans pour autant porter de jugement ou questionner le rapport qu'entretient une idéologie à la vérité, c'est-à-dire évaluer si l'idéologie a des bases « vraies » ou si elle a « raison »⁶. Bien qu'il défende une conception neutre de l'idéologie, il n'accepte pas pour autant la neutralité axiologique au sens où pour lui tout est idéologique, donc l'acteur ne pense jamais de façon neutre, mais toujours à travers une idéologie. Cela étant dit, il rejette l'idée de « démasquer » l'idéologie. Pour lui, l'idéologie n'est pas une forme de domination qui masque la réalité, mais bien une conception de la réalité aussi valide que celle de son voisin. Il propose donc d'accorder une plus grande importance aux liens qui rattachent l'idéologie à la société, qu'à la volonté de libérer un groupe de sa fausse conscience⁷. Enfin, Mannheim conçoit l'idéologie comme

⁵ Karl Mannheim, *Idéologie et utopie* (Paris : la Maison des sciences de l'homme, 2006), 71.

⁶ Karl Mannheim, 67.

⁷ *Ibid.*, 66.

concept neutre et total puisqu'il faut la penser comme un ensemble de relations et de dynamiques. Ainsi il n'y a pas, pour Mannheim d'idéologie absolue ou individuelle, mais toujours des idéologies en interaction et en lutte pour le haut du pavé⁸.

Bien que Gramsci et Mannheim soient tous deux de traditions idéologiques différentes, il est déjà possible d'observer certains liens ou points communs entre ces deux théorisations de l'idéologie. Si tous deux rejettent la distorsion et la fausse conscience dans l'idéologie, ils se rejoignent surtout sur la question de sa neutralité. Dans les deux pensées, l'idéologie est présentée comme un fait indéniable et tout acteur agit en son sein. Ils sont pourtant d'accord pour affirmer que l'idéologie n'est pas bonne ou mauvaise a priori, mais que sa valeur varie selon les points de vue. Surtout, en comprenant l'idéologie comme véhicule discursif de l'hégémonie au sens gramscien, un rapprochement surprenant s'opère alors que Mannheim constate aussi l'existence de multiples idéologies en lutte pour le rôle dominant.

Enfin, Ricœur propose une vision qui cadre plutôt bien avec celles de Mannheim et Gramsci, tout en accordant une place plus importante au chercheur et sa réflexivité, ce qui rend sa vision d'autant plus intéressante dans notre contexte. Il aborde l'idéologie dans une perspective herméneutique, donc principalement axée sur la place du chercheur dans sa recherche, mais aussi en s'inscrivant dans une approche qui sort du paradigme critique de Marx. D'entrée de jeu, Ricœur, au même titre que Gramsci et Mannheim, n'adhère pas à une conception désengagée ou détachée de l'idéologie alors qu'il affirme que l'intellectuel ne peut pas former une conception neutre et objective de la réalité puisqu'il fait lui-même partie de cette réalité. Il soutient donc que tout savoir est teinté par la classe sociale du penseur, sa tradition culturelle, son histoire, etc.⁹ Il existe donc chez tout penseur un biais fondamental qui peut être reconnu et contrôlé à divers degrés, mais qui ne peut être évité.

Pour Ricœur, le rôle premier de l'idéologie est l'intégration. Dans sa pensée, toute l'action sociale se fait à travers un ensemble de symboles qui sont partagés par les groupes

⁸ Karl Mannheim, *Idéologie et utopie* (Paris : la Maison des sciences de l'homme, 2006), 72.

⁹ Paul Ricœur. « Science et idéologie », *Revue Philosophique de Louvain* 72, n° 14 (1974), 352.

sociaux. Ces symboles communs, qui permettent à tout groupe de se définir et de se distinguer, sont l'idéologie, selon Ricœur. Ainsi, le groupe social a besoin de se représenter dans la société à travers l'idéologie pour se définir, se comprendre et, à plus forte raison, exister. Qui plus est, l'idéologie permet une intégration dans le temps et l'espace à travers la distinction par rapport aux autres groupes et idéologies, mais aussi une projection dans le temps¹⁰. C'est donc dire que l'idéologie permet de subsister dans le temps, mais aussi de s'allier à un contexte historique qui précède l'acteur et le dépasse grandement.

Au-delà de l'intégration, Ricœur reconnaît deux caractères particuliers à l'idéologie. D'abord, il mentionne un caractère « génératif » dans le sens où les caractéristiques symboliques de l'idéologie ne sont pas des reflets perpétuels, mais des projections qui créent de nouvelles réalités. L'idéologie est donc déterminée, mais les idées qu'elle produit sont efficaces et permettent au groupe de progresser et se renouveler¹¹. L'idéologie est donc fondamentalement créatrice. Ensuite, il perçoit un caractère « doxique » à l'idéologie puisque celle-ci est une opinion suffisante qui permet aux adhérents de se comprendre, ainsi qu'une façon de concevoir la réalité, mais elle ne repose généralement pas sur le discours savant. L'idéologie est donc toujours une forme simplificatrice et schématique de la réalité¹². Elle se veut toujours accessible et efficace.

Il paraît essentiel de comprendre que lorsqu'il est question de la constitution comme d'un objet idéologique, c'est dans le sens que Gramsci, Mannheim et Ricœur ont ici étayé. L'objet premier n'est pas de faire un rapport direct entre ces penseurs et ceux que nous citerons en lien avec la constitution, mais quelques points sont néanmoins à retenir. D'entrée de jeu, tout juriste proposant un discours sur la constitution est inscrit dans une idéologie qui lui est propre et dont nous ne tenterons pas de défendre la véracité ou la valeur, mais simplement d'en faire ressortir l'intérêt ou la pertinence.

¹⁰ Paul Ricœur. « Science et idéologie », *Revue Philosophique de Louvain* 72, n° 14 (1974), 331-32.

¹¹ Ricœur, 332.

¹² *Ibid.*, 333.

Dans le même ordre d'idée, les auteurs dont nous abordons la pensée peuvent prétendre étudier la constitution d'un point de vue extérieur, mais un aspect central de notre recherche et de démontrer que ces discours s'inscrivent dans des idéologies ou des cadres de pensée plus grand que les auteurs. Nous ne souhaitons pas nécessairement nous définir comme herméneutes ou nous étendre longuement sur ce sujet, mais nous reconnaissons certainement que notre vision de la réalité est teintée par bien des choses qui nous sont extérieures et qui forment notre idéologie. Il en est de même pour les auteurs que nous sollicitons.

Enfin, nous abordons la constitution comme objet idéologique et situons les discours que nous étudions dans un cadre idéologique, non pas pour soulever une vision critique ou péjorative, mais bien comme un état de fait réel qui n'a pas de valeur morale « par essence ». Autrement dit, si la constitution est parfois instrumentalisée pour renforcer un discours ou une idéologie, ce n'est jamais en ayant un présupposé critique que nous le soulevons.

La thèse fondamentale qui anime ce mémoire et le constat de l'épuisement rapide des discours savants du constitutionnalisme. Malgré les possibilités immenses et l'ouverture incomparable que peut laisser présager une constitution non écrite quant à la richesse des discours et leur variété, un siècle a suffi pour vider complètement la richesse heuristique du constitutionnalisme anglais. En moins de 150 ans, un arc conceptuel s'est développé rapidement pour se boucler de manière organique et aboutir à la forte impression qu'aucun discours nouveau et constructif du constitutionnalisme ne peut naître depuis maintenant près de quarante ans.

Alors qu'un progrès sans pareil aurait pu se dérouler, le discours sur l'ontologie de la constitution se coince dès l'arrivée au pouvoir de Margaret Thatcher, dans une antinomie profonde entre le conservatisme normatif de la fin du XIX^e siècle et le fonctionnalisme de l'entre-deux-guerres. Nous étudierons comment un progrès réel a pu exister pour mener à une grande déception et la fin rapide d'un arc conceptuel. Précisément, il sera question d'étudier chronologiquement la naissance du constitutionnalisme comme discours savant

chez Albert Venn Dicey, puis la réponse critique du fonctionnalisme articulée par William Robson, Ivor Jennings et J.A.G Griffith. Nous aborderons ensuite les tentatives de réactualisation du discours de T.R.S Allan et Martin Loughlin pour démontrer que l'arc s'est bouclé sans réellement faire avancer l'univers de discours idéologique entourant la constitution. Ce bouclage qui s'amorce avec Dicey et se complète chez Loughlin est l'affirmation frustrante d'un carcan imprévisible qui restreint et coince le constitutionnalisme tout en épuisant rapidement le sens des discours.

Cet épuisement rapide de l'univers idéologique du constitutionnalisme anglais surprend et déçoit. Toutefois, en retraçant l'origine de cet univers, nous pouvons en comprendre les raisons. D'une part, nous identifions les limites des discours et les carcans dans lesquels ils s'enferment ; d'autre part, par cette approche historique de l'idéologie, nous arrivons à comprendre pourquoi le débat devient vide de sens. Si cette thèse soutenant que l'univers constitutionnel anglais se referme sur une opposition stérile est vraie, cela signifie que les progrès et avancées au sein des cercles intellectuels du constitutionnalisme sont voués à ne jamais sortir de cette opposition stérile. Tout porte à croire que cette thèse est valide et c'est ce que nous souhaitons démontrer. Par notre démarche, nous soulevons les limites des discours au moment même où nous en abordons le sens et les origines. Nous sommes portés à critiquer l'épuisement des discours au moment même où nous en proposons une explication. En empruntant une métaphore théâtrale, cette recherche brise le quatrième mur. De manière exploratoire, notre désir était d'étudier un progrès discursif au sein de balises idéologiques, mais la réalité concrète et empirique a démontré les limites rapides du progrès pour laisser s'immiscer une critique.

En réaffirmant la chronologie de notre recherche, qui a été brièvement annoncée, nous pouvons commencer à justifier la pertinence de chacun des trois chapitres que nous proposons. Le premier chapitre aborde rapidement les bases sur lesquelles le constitutionnalisme naît, pour surtout se consacrer à l'œuvre de Dicey qui fait unanimement figure de référence dans l'étude du constitutionnalisme comme sujet académique. Dès ce moment, en célébrant Dicey comme pilier fondamental, nous observons un nœud de notre critique, à savoir que tous ceux qui l'ont suivi ont voulu le

célébrer ou s'en distancier, mais tous réfléchissent en rapport à Dicey. Le second chapitre présente la principale approche critiquant sa pensée. Après avoir étudié le conservatisme normatif de Dicey, nous posons son opposition, soit le fonctionnalisme. Ce chapitre porte essentiellement sur les pensées de William Robson, Ivor Jennings et J.A.G. Griffith, qui procèdent toutes trois à une désacralisation de la constitution et à une mise en lumière des lacunes de Dicey, notamment concernant le rôle du droit administratif au Royaume-Uni. Ces deux premiers chapitres abordent une opposition jusque-là saine et heuristique, mais c'est à partir de ce moment que l'épuisement se fait réellement sentir. Notre troisième chapitre est consacré aux réponses modernes tant à Dicey qu'au fonctionnalisme. À ce moment, nous aurions pu nous attendre à de nouvelles perspectives, mais c'est à partir de ces « nouvelles » réponses que nous sommes conduits à constater la fin du progrès dans l'univers des discours. En nous appuyant sur T.R.S Allan et Martin Loughlin, nous aborderons leurs perspectives pour finalement constater que bien peu de renouveau en émerge. Étant insatisfaits de ce constat et des limites des discours, nous abordons de manière plus succincte la pensée d'Adam Tomkins qui, à travers une lecture républicaine de la constitution, semble proposer (enfin) un vent de renouveau, mais encore là un certain nombre de similitudes avec le passé ressort.

Notre mémoire ne se veut certainement pas nihiliste ou pessimiste. La très grande majorité des discours que nous étudions s'inscrit dans un réel progrès intellectuel qui a des répercussions observables sur la manière dont la politique s'est jouée au Royaume-Uni dans les cent cinquante dernières années. Tous les auteurs que nous abordons sont étudiés de manière à en faire ressortir la pertinence et le progrès. Autrement dit, nous ne voulons absolument tenter de cristalliser le constitutionnalisme anglais comme étant un univers discursif stérile. Avec l'étude chronologique des discours, nous constatons toutefois que le progrès annoncé s'est résorbé bien plus rapidement que ce que nous aurions cru et l'antinomie idéologique perdure malgré certaines tentatives d'offrir de nouvelles voix et de nouvelles perspectives analytiques.

Chapitre 1: Dicey, la rule of law et l'incomparable constitution

« This book is (as its title imports) an introduction to the study of the law of the constitution; it does not pretend to be even a summary, much less a complete account of constitutional law. It deals only with two or three guiding principles which pervade the modern constitution of England »¹³. Ce livre dont parle le désormais célèbre juriste victorien Albert Venn Dicey, c'est son œuvre, *Law of the constitution*. En amorçant son livre par ces deux phrases, Dicey semble vouloir s'approprier certains concepts phares de toute la tradition légale et juridique occidentale pour en faire des particularités fondamentales et inaliénables du système juridique anglais. Il est donc intéressant de voir comment les juristes anglais, et à plus forte raison Dicey, font renaître des concepts qui étaient jusque-là évidents, pour ne pas dire vide de sens, et se les approprient pour fonder une conception pédagogique et académique du droit constitutionnel.

Si la redéfinition de la *rule of law* comme objet distinctif du système constitutionnel britannique ouvre la porte à une approche logique, voire systématique du droit, il semble qu'il s'agisse d'abord et avant tout d'une volonté de placer ce système au-dessus des modèles européens continentaux. Par ailleurs, ce que nous concevons comme une approche pédagogique ou académique du droit va nécessairement de concert avec l'idée de logique et de systématisme. En défendant la mise en place d'une tradition pédagogique par Dicey, il n'est assurément pas question d'une vulgarisation ou d'une simplification du droit public destinée à un public d'étudiants. Cette conception pédagogique doit plutôt se comprendre comme l'arrivée d'une tradition répandue ailleurs sur le continent notamment par des penseurs comme Carl Friedrich von Savigny. C'est l'affirmation du droit comme une science institutionnalisée au sein de l'Université, qui se construit comme un langage ayant une logique intrinsèque et propre. Nous y reviendrons, mais Dicey fonde une conception pédagogique du droit constitutionnel anglais pour en affirmer la logique propre et unique.

¹³ Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution* (Londres : Macmillan, 1885), V.

Ainsi, sans entrer dans une perspective téléologique, il paraît raisonnable de croire que la volonté même de Dicey en publiant *Law of the Constitution* est de fonder une tradition académique du droit public anglais et de démontrer à certains publics en quoi le système juridique anglais est supérieur aux autres systèmes dans un contexte politique et idéologique bien particulier.

Nous étayerons ce propos, mais il faut comprendre d’ores et déjà que Dicey veut clairement être perçu comme un producteur de savoir objectif, et qu’il veut être lu par ceux qui possèdent le pouvoir et les intellectuels qui lui sont contemporains¹⁴. Au-delà de cet auditoire savant, Dicey fait paraître *Law of the Constitution* d’abord et avant tout pour combler un manque dans la formation des jeunes avocats. Dans son livre consacré à l’influence de Dicey, Richard Cosgrove avance que « [t]he chaotic state of scholarship about constitutional matters offended the intellectual tidiness Dicey preferred »¹⁵. Ce bref passage nous montre d’une part que Dicey est un juriste rigoureux qui base sa pensée sur une conception logique du droit, mais cet extrait montre surtout que Dicey est insatisfait par l’enseignement du droit qu’il observe. La première édition de *Law of the Constitution* voit le jour en 1885 et jusqu’à ce moment, le droit constitutionnel est une discipline qui ne s’enseigne pas réellement sur les bancs des grandes universités britanniques. Les Britanniques apprennent alors le droit dans des *Inns of Court* qui sont en quelque sorte un équivalent à l’école du *Barreau du Québec*, alors que le droit s’enseigne comme une discipline professionnelle. Devenir *barrister* au XIX^e siècle ressemble un peu à une formation de maçon ou de charpentier où il y a des maîtres et des apprentis. Dicey se désole de ce constat alors qu’il se positionne comme un penseur du droit constitutionnel et qu’il souhaite mettre en place une formation en droit qui se base sur la quête du savoir. Il dit d’ailleurs que « [t]he duty, in short of an English professor of law is to state what are the laws which form part of the constitution, to arrange in their order, to explain their meaning, and to exhibit where possible their logical connection »¹⁶. L’intérêt académique de Dicey n’est pas proprement empirique. Il n’aborde pas l’apprentissage du droit comme une série

¹⁴ Ian Ward, *Writing the Victorian constitution* (Londres : Palgrave Macmillan, 2018), 179.

¹⁵ Richard A. Cosgrove, *The rule of law : Albert Venn Dicey, Victorian jurist* (Chapel Hill : The University of North Carolina Press, 1980), 66.

¹⁶ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution*, 31.

d'exemples pratiques et de cas d'école. Comme cette citation le démontre, il prône bien plus une approche logique où se tissent des liens entre différents concepts au moyen de comparaisons et de mises en relation pour établir une forme de système. Par la parution de *Law of the Constitution*, Dicey veut faire du droit une discipline savante et il veut se faire reconnaître comme un juriste professionnel et savant au même titre que l'on conçoit un académicien professionnel de l'histoire ou de la politique ¹⁷.

1.1 De la rule of law

Nous affirmons que Dicey veut permettre au constitutionnalisme de rejoindre les bancs universitaires et qu'il veut être perçu comme un savant. Il y arrive essentiellement grâce à sa reconceptualisation de la *rule of Law*. Dicey n'invente pas le concept et il n'est assurément pas le seul auteur à s'y intéresser. Cela étant dit, l'objet central de sa postérité est son étude de la constitution britannique dans *Law of the Constitution*, et la *rule of law* y joue un rôle de premier plan. Essentiellement, depuis le début du XX^e siècle, lorsqu'il est question de *rule of law* en droit constitutionnel, c'est en rapport à la pensée de Dicey et si l'on parle de *rule of law* comme élément fondamental du système politique et judiciaire anglais, c'est grâce à Dicey. Dans un contexte où l'on veut étudier l'importance de Dicey dans le développement des discours idéologiques du constitutionnalisme au Royaume-Uni, aborder sa conception de la *rule of law* et l'importance qu'il lui accorde est un point de départ dont la pertinence est évidente.

Le premier pas à prendre pour étudier le concept de *rule of law* est d'en étudier les différentes itérations dans une perspective historique. Si nous mettons l'accent sur une renaissance du concept, c'est aussi dire qu'il existait bien avant que Dicey s'y intéresse. Nous présenterons donc deux origines du concept et nous enchaînerons avec quelques précisions et commentaires, pour offrir un portrait plus global et complet de ce qui était entendu par *rule of law* avant la parution de *Law of the Constitution*.

¹⁷ Ward, *Writing the Victorian constitution*, 179.

La première source est celle décrite par Harold Berman¹⁸. Pour lui, la *rule of law* représente d'abord et avant tout un moment dans l'Histoire où l'arrivée d'un droit séculier entre en opposition avec la loi de Dieu. Dans son œuvre *Law and Revolution*, il aborde le sujet et explique ce qu'est fondamentalement la *rule of law* comme moment. Selon Berman, le concept sous-entend trois choses. Dans un premier temps, les dirigeants étatiques et ecclésiastiques doivent mettre en place un système juridique qui leur est propre et qui doit promulguer la loi, établir un système juridique, organiser le gouvernement et plus généralement, gouverner par la loi. Dans un second temps, le concept conçoit que le dirigeant est limité par la loi qu'il a mise en place : il doit s'y conformer et y obéir. Il peut légalement abroger et changer la loi à certains moments, mais il doit toujours gouverner sous le regard de celle-ci. Enfin, Berman suggère que chacune des juridictions mises en place doit être limitée par la loi. Il en est ainsi au sens où chaque État est souverain et que son droit ne doit pas brimer celui de son voisin¹⁹. C'est autrement dire que la loi est au-dessus de l'individu, de la société, du roi, de l'Église et ainsi de suite. Le terme consacré pour définir la *rule of law* en français est la primauté du droit, et d'un point de vue simplement conceptuel, c'est ce qui est central ; le droit, la loi, sont au-dessus de tout. Berman en vient aussi à moderniser le concept en disant que dans une perspective contemporaine, il est surtout question de la séparation des pouvoirs à travers un ensemble de « *checks and balance* » qui empêche des tournants autoritaires et promeut les droits de la personne et les valeurs démocratiques. C'est en quelque sorte là le centre des revendications des Lumières. Sans entrer dans les détails de la Révolution française, il est facile d'y reconnaître les exigences de la philosophie politique du XVIII^e siècle. Cela étant dit, c'est aussi dans cette vision que l'on parle de *rule of law* comme d'un concept tenu pour acquis par les grandes démocraties occidentales, de manière à devenir un concept vide de sens ou du moins, bien difficile à catégoriser et concrétiser.

¹⁸ Harold J. Berman, *Law and Revolution, I : The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, MA : Harvard University Press, 1985).

¹⁹ Berman, 292.

Si la catégorisation de Berman fait souvent office de référence, Mirko Canevaro²⁰ propose une seconde origine à la *rule of law* qui remonte bien plus loin que le Moyen Âge. Selon Canevaro, il faut remonter à la Grèce antique et aux écrits d'Aristote pour voir naître une première définition de la *rule of Law*. Dans les mots d'Aristote et d'autres penseurs grecs par la suite, la *rule of law* s'entend comme étant le gouvernement de la loi en opposition au gouvernement des Hommes²¹. Ce gouvernement des lois est fondé en réponse à l'anarchie des Hommes et à l'arbitraire du pouvoir des gouvernements et des personnes exerçant l'autorité. C'est une sorte d'articulation antique d'un *Habeas Corpus* alors que l'on veut mettre en place une sécurisation du processus de jugement des accusés qui attendent d'être jugés par la loi. Dans la Grèce antique, la *rule of law* est donc synonyme du refus de l'arbitraire d'un seul homme qu'il soit monarque ou tyran. Selon cette définition, il reste que la loi est au-dessus de tout autre pouvoir politique. Canevaro se penche surtout sur le cas grec pour montrer en quoi une vision de la loi comme étant supérieure à tout crée une justice où la tyrannie et l'esclavage sont exclus de la sphère politique puisqu'il existe une vision du Juste qui prime sur le monde²². Nous ne voulons pas replonger dans la philosophie de l'Antiquité, mais on peut néanmoins reconnaître là une vision qui cadre absolument avec la pensée de Platon qui sépare le monde des idées du monde sensible et imparfait. Canevaro nous décrit bien la *rule of law* comme appartenant à l'idéal et au monde des idées alors que les Hommes imparfaits y font référence pour vivre dans un système qui est guidé par une loi suprême et où l'arbitraire des Hommes ne peut pas triompher.

Dans *On the Rule of Law*, Brian Z. Tamanaha²³ se penche lui aussi directement sur toute l'évolution que subit le concept de *rule of law*. Dès la première page, on peut lire : « The rule of law is the most important political ideal today, yet there is much confusion about what it means and how it works »²⁴. Il est donc d'accord pour dire que plusieurs

²⁰ Mirko Canevaro. « The Rule of Law as the Measure of Political Legitimacy in the Greek City States », *Hague Journal on the Rule of Law* 9, n° 2 (2017) : 211-36. <https://doi.org/10.1007/s40803-017-0054-1>.

²¹ Canevaro, 213.

²² Canevaro, 231.

²³ Brian Z. Tamanaha, *On the rule of law : history, politics, theory* (Cambridge : Cambridge University Press, 2004).

²⁴ Tamanaha, 1.

conceptions existent de ce même concept et qu'il n'est pas nécessairement simple de s'entendre pour dire ce qu'est précisément la *rule of law*. S'il conçoit que ce soit un concept difficile à saisir, il en vient néanmoins à affirmer que la *rule of law* fait l'unanimité dans l'Histoire comme étant l'idéal politique ayant été le plus généralement accepté et appliqué à l'échelle mondiale. Il va même plus loin en disant que le simple fait que ce concept revienne constamment dans l'histoire démontre avec force que la *rule of law* est une mesure adoptée internationalement pour juger de la légitimité d'un gouvernement et d'un État²⁵. Pour en revenir à la page d'introduction de ce livre, il revient sur sa conception de l'idéal politique que représente le concept et introduit Dicey en affirmant que *Law of the Constitution* est la première articulation moderne et la première analyse de la *rule of law* dans un système libéral démocratique. On peut retenir de cette affirmation que Tamanaha considère que le « moment Dicey » est historiquement et contextuellement situé et qu'il s'agit d'une articulation du concept comme une autre dans l'Histoire. D'ailleurs, le livre qu'il publie sur la *rule of law* est volumineux, mais la place qu'y occupe Dicey est minime et est surtout une forme de critique. Quoiqu'il en soit, il semble que Dicey va plus loin que de simplement analyser et décrire le concept, il vient à se l'approprier et Tamanaha reconnaît cette appropriation.

En arrivant à ce point, une nouvelle perception du concept et un rôle beaucoup plus concret naît. Au premier regard, c'est cette même définition du concept comme idéal tenu pour acquis et flou que Dicey propose dans *Law of the Constitution*. Il est pour lui primordial que l'exercice du pouvoir se fasse sous la suprématie du droit et de la loi²⁶. Nous parlons alors d'une réactualisation ou un retour du concept au sens où Dicey revient sur cette question de la *rule of law* alors que personne ne semble l'avoir remise en question depuis la *Magna Carta*²⁷. Durant tout près de 700 ans, on semble accepter la conception de la *rule of law* comme suprématie de la loi et du droit sur les autres branches du pouvoir. Or, sans tambour ni trompette, Dicey va un peu plus loin sur le sujet en revenant sur un texte de Tocqueville et en disant : « His words point in the clearest manner to the rule,

²⁵ Tamanaha, *On the rule of law*, 3.

²⁶ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution*, 179.

²⁷ Tamanaha, *On the rule of law*, 25-27.

predominance, or supremacy of the law as the distinguishing characteristic of English institutions »²⁸. Le concept abstrait et tenu pour acquis devient en un instant le propre du système anglais et Dicey accorde ensuite une grande importance à cette particularité alors qu'il livre une forme de plaidoyer pour justifier sa vision.

C'est toujours en reconnaissant l'ambiguïté et l'aspect vague de la *rule of law* qu'Augustin Simard qualifie la position de Dicey de « construction polémique » dans son article *Tocqueville, Dicey et le « problème » du droit administratif*²⁹. Cette affirmation porte la réflexion plus loin alors que l'on sort bien évidemment d'un cadre où, lorsque le concept n'est plus neutre, il devient un argument fort pour Dicey. Avant d'élaborer sur ce sujet, Simard montre que la définition que donne Dicey est beaucoup plus judiciaire que celle offerte par Berman : « La *rule of law* se caractérise d'abord par l'absence d'arbitraire, par le fait que les sujets ne peuvent être atteints dans leur personne qu'en conséquence « d'une violation manifeste de la loi, établie suivant la procédure légale ordinaire, devant les tribunaux ordinaires »³⁰. Il n'est déjà plus question de suprématie de la loi sur l'individu, mais plutôt de suprématie de la loi selon la procédure légale ordinaire et devant les tribunaux ordinaires. D'un concept neutre, arrive maintenant un ancrage certain dans le contexte de la *Common law* anglaise. Alors, quand Simard qualifie la *rule of law* de construction polémique, c'est qu'il remarque que Dicey utilise le concept comme point de démarcation du droit anglais qui doit s'opposer au *droit administratif* français.

Ian Ward aborde cet argument avancé par Simard dans son livre *Writing the Victorian constitution*. Il nous offre un chapitre entier sur *Dicey's Law*, mais deux sous-titres retiennent l'attention. Dans un premier temps, pour Ward, il est question de Dicey comme d'un académique, mais surtout d'un professeur. La perception que l'entourage de Dicey a de son œuvre est primordiale. Il souhaite publier une observation objective des principes fondamentaux du droit constitutionnel anglais. Or, pour Ward, *Law of the Constitution* est à la fois teinté par l'allégeance *whig* et par une conception du libéralisme

²⁸ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution*, 182-3.

²⁹ Augustin Simard. « Tocqueville, Dicey et le « problème » du droit administratif », *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville* 38, n° 2 (2017) : 273.

³⁰ Simard, 274.

qui s'inscrit dans la lignée d'Edmund Burke ou de Walter Bagehot, qui ont grandement contribué aux progrès de la constitution anglaise au XIX^e siècle³¹. De plus, Ward considère Dicey en quelque sorte comme un oracle. Il avance cette thèse alors que *Law of the Constitution* est publié par *Macmillan and Sons* à la demande de Dicey, tout comme *Origin of Species* de Charles Darwin a été publié par cette maison édition. C'est une autre démonstration de l'aspect scientifique central à l'approche académique de Dicey. Il voit son œuvre comme un savoir objectif et scientifique, qu'il publie avec un public très précis en tête. Il veut rejoindre ses collègues *whigs* et être lu par ceux qui gouvernent et tiennent les rênes du pouvoir. Ward fait d'ailleurs référence au libéral Harrington, au premier ministre conservateur Lord Salisbury et au *whig* Gladstone, qui a aussi été premier ministre, comme exemple de gens influents ayant lu l'œuvre de Dicey³². Témoignage clair de l'autorité judiciaire de Dicey, il a directement été cité en Chambre par Gladstone alors qu'il était au pouvoir³³.

1.2 Le projet politique de Dicey

Au-delà de l'idée d'une renaissance de la *rule of law*, l'aspect de la politisation du concept prend une dimension tout aussi importante. C'est cet axe de politisation que nous souhaitons ici étudier. À priori, l'affirmation semble banale, voire rhétorique ; oui, Dicey politise la *rule of law* pour en faire une image marquante et édifiante qui affirme la supériorité du droit anglais. Heureusement pour le lecteur, nous pensons que la réflexion dépasse cette réponse évidente. La lecture de Dicey fait certainement ressortir une opposition face au cas français, mais la politisation du concept va plus loin que de simplement affirmer une supériorité. Dicey crée un idéal de la *rule of law*, voire de la *Common law*, en ayant comme arrière-pensée une volonté pédagogique. Dans une perspective encore plus macro ou globale, toute la réflexion de Dicey sur la *rule of law* représente à peine le tiers de son discours dans *Law of the Constitution*. La volonté première

³¹ Ward, *Writing the Victorian constitution*, 168-70.

³² Ward, 178.

³³ *Idem*.

de Dicey dans cette œuvre est de structurer et de formaliser une constitution lourde d'histoire et incomparable, mais qui était jusque-là quelque peu informe.

Le premier point de réflexion à ce propos est donc l'aspect pédagogique. Dès la troisième phrase de *Law of the Constitution*, Dicey annonce explicitement cette volonté en disant :

My object in publishing the work is to provide students with a manual which may impress these leading principles on their minds, and thus may enable them to study with benefit in Blackstone's *Commentaries* and other treatises of the like nature those legal topics which, taken together, make up the constitutional law of England.³⁴

Au-delà de ce simple constat, il reste à démontrer en quoi Dicey est réellement pédagogue. L'article publié par Augustin Simard introduit le fait que Dicey soit à la fois juriste et pédagogue. Pour Simard, c'est donc dire que Dicey veut fonder une tradition juridique universitaire et que pour ce faire, il doit s'accrocher à certains concepts et certains aspects du droit britannique qui peuvent prouver une différenciation avec les autres traditions juridiques³⁵. Dicey considère donc que le Royaume-Uni a une tradition juridique qui se distingue et se démarque, mais il lui manque une porte d'entrée dans la tradition académique. Il veut donc justifier cette place sur les bancs universitaires et institutionnaliser le droit public anglais comme discours savant. Pour institutionnaliser une tradition juridique différente, il doit bien évidemment justifier cette différence. C'est donc là que se trouve la première démonstration de la politisation de la *rule of law*, mais aussi de la *Common Law*. Le concept sert d'outil premier pour analyser la particularité anglaise et tenter de discréditer l'opposition française. Il existe une grande littérature qui vient à conclure que Dicey base sa conception du droit administratif sur des préjugés et des faits qui sont parfois erronés. En parlant de ladite conception, Richard Cosgrove dit : « Constitutional scholars have questioned every aspect of his work on this subject. Dicey never made a more fertile error, for he has dominated the study of English administrative law for better or worse as has no other individual »³⁶.

³⁴ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution*, V.

³⁵ Simard, « Tocqueville, Dicey et le « problème » du droit administratif », 275-77.

³⁶ Cosgrove, *The rule of law : Albert Venn Dicey, Victorian jurist*, 91.

Nous avons mentionné que Dicey avait comme volonté d'être lu par ses pairs et qu'il voulait créer une École universitaire de droit au Royaume-Uni. Il ne souhaite donc pas proposer une représentation parfaite du droit français, il souhaite démontrer une différence suffisamment grande pour justifier le fait d'enseigner la *Common Law* au sein des universités. Le droit anglais doit faire preuve d'une certaine unicité pour être digne d'une place comme champ d'étude. Simard nous mène à penser que l'important chez Dicey n'est pas de produire un portrait parfait du droit administratif français, mais bien de s'en servir comme faire-valoir pour défendre coûte que coûte le système anglais. La *rule of law* devient donc un idéal poli et réfléchi en profondeur qui s'oppose à une conception erronée, voire dogmatique du droit administratif³⁷. Il faut d'ailleurs mentionner que la quasi-totalité de la conception du droit administratif qu'a Dicey vient du portrait qu'en dresse Tocqueville et que Tocqueville lui-même peint un portrait qui est critiqué et qui est perçu comme étant parfois exagéré³⁸. Simard va même plus loin sur la question du droit administratif en disant que « le terme ne désigne en effet plus un fait juridique précis, mais plutôt une sorte d'idéal-type ou, pire, un fétiche verbal »³⁹. Il est donc évident que la justesse et la véracité des affirmations de Dicey ne sont pas son principal intérêt. Simard offre une première démonstration que ce qui est primordial pour Dicey, c'est de poser des bases qui distinguent la *Common Law* et que le point central de cette distinction est la *rule of law* comme absence d'arbitraire et jugement selon des lois ordinaires devant un tribunal ordinaire. C'est ainsi que Dicey tente de justifier la place du droit comme discipline académique au Royaume-Uni.

Sans traiter directement de la vocation pédagogique de la *rule of law* Judith Shklar offre une perspective intéressante qui permet de mieux comprendre pourquoi c'est la *rule of law* qui se retrouve au centre de l'argument de Dicey et pas un autre concept. Elle dit:

In his version the Rule of Law was both traditionalized and formalized [...], but wildly exaggerated, he began by finding the Rule of Law inherent in the remote English past, in the depth of the early Middle Ages. Its validity rested on

³⁷ Simard, « Tocqueville, Dicey et le « problème » du droit administratif », 292.

³⁸ Simard, 282-83.

³⁹ Simard, 282.

antiquity, on its having grown, rather than being made, as was the case among the unfortunate countries of the Continent, especially France and Belgium ⁴⁰.

Shklar ne mâche pas ses mots quant à Dicey, mais son vocabulaire en soi est éclairant. Elle reconnaît d'entrée de jeu que Dicey formalise un concept qui est jusque-là polysémique. Mais Dicey ne fait pas que formaliser, il instrumentalise la *rule of law* comme une particularité anglaise qui remonte à des temps si lointains et qui grandit et se renforce avec l'histoire pour devenir un concept ancré dans le droit anglais. Shklar soulève aussi que toute cette instrumentalisation et cette romantisation de la *rule of law* n'est valide que dans la mesure où le Royaume-Uni en ressort plus fort et stable que les « pays malchanceux du Continent », à savoir la France. Shklar n'aborde pas la volonté pédagogique, mais elle livre un témoignage fort et succinct sur l'instrumentalisation de la *rule of law* comme élément de la supériorité anglaise sur la France.

Ward étudie aussi la volonté pédagogique de Dicey dans son livre *Writing the Victorian constitution*. Il avance d'abord une considération qui semble anodine, mais qui en dit long sur la notion de volonté chez Dicey. Il souhaite surtout traiter de l'impact de Dicey sur son époque, mais il commence en disant :

First, however, we must take a closer look at the law of the English constitution, as Dicey perceived it to be. And the matter of perception is of course critical. Dicey wanted to present an objective account of the fundamental principles of English constitutional law. But what he presented, unavoidably, was Dicey's opinion as to what the fundamental principles of English constitutional law might be. It is different, but also, in the edifying sense, the same ⁴¹.

Cette citation réaffirme que Dicey entreprend son projet avec une volonté d'objectivité, mais qu'il arrive néanmoins à des résultats fortement teintés. Lorsque nous avons précédemment abordé Ward, nous avons mentionné que pour lui Dicey écrit pour deux publics distincts soit ses collègues académiques et un public d'étudiants. Dans la perspective pédagogique, c'est le second public qui nous est le plus pertinent. Dicey écrit

⁴⁰ Shklar, Judith N., *Political Thought and Political Thinkers* (Chicago, IL : University of Chicago Press, 1998), 26.

⁴¹ Ward, *Writing the Victorian constitution*, 169.

Law of the Constitution pour un public de jeunes étudiants en droit. Il offre son livre comme outil pédagogique, comme une forme d'instruction objective et non une romantisation du droit. Ward nous l'exprime bien en parlant de Dicey comme d'un juriste professionnel au même titre que l'on parlerait d'un historien professionnel⁴². Ward vient donc à affirmer que Dicey ne visait pas une grande carrière de juriste ou de même de politicien, il se contentait d'une place sur le mur d'honneur de la faculté de droit d'Oxford et d'une carrière académique traditionnelle d'enseignement et d'écriture⁴³.

Mark D. Walters⁴⁴ consacre un chapitre à Dicey comme professeur de droit et il pose un constat qui retient l'attention. Il aborde Dicey comme académique en soulevant qu'à son inauguration comme *Vinerian Professor* à Oxford, il livre un discours inaugural qu'il intitule « *Can English Law be Taught at the Universities ?* ». Sans grande surprise, Dicey affirme le droit anglais devrait être enseigné au sein des universités. L'argumentaire qu'il sollicite est fort intéressant, alors qu'il comprend bien que sa position est opposée à l'ordre naturel des choses en Angleterre. Il amorce son discours en disant que tout avocat anglais « would reply with unanimity and without hesitation, that English law must be learned and cannot be taught, and the only places where it can be learned are the law courts or Chambers »⁴⁵. L'argument contre lequel il doit se battre est bien simple, l'apprentissage tel qu'il est relève de l'expérience uniforme de plusieurs générations. Or, Dicey regrette que le droit anglais soit appris à tâtons sans standardisation des apprentissages⁴⁶. Il compare l'apprentissage des étudiants dans les *Inns of Court* au travail de maçon pour un apprenti ne sachant pas faire une brique. Bien que cette forme d'apprentissage soit un témoignage formateur de la « réalité » du droit, le savoir obtenu dans les *Chambers* est fragmentaire, peu systématique et représente une perte de temps et d'efforts⁴⁷. En opposition, l'enseignement universitaire du droit permet une grande systématité, une compréhension

⁴² Ward, *Writing the Victorian constitution*, 179.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Mark D. Walters, *A.V. Dicey and the common law constitutional tradition: a legal turn of mind* (Cambridge, UK ; : Cambridge University Press, 2020).

⁴⁵ Albert V. Dicey, *Can English Law be Taught at the Universities?: An Inaugural Lecture* (Londres : Macmillan and Co., 1883), 1.

⁴⁶ Dicey, 4-5.

⁴⁷ Dicey, 10.

des relations intrinsèques au droit et un esprit analytique⁴⁸. Il réitère ici son désir de systématisme et de scientificité du droit qui est possible uniquement par l'enseignement du droit au sein de l'université. Il cite, par ailleurs, textuellement l'apport que peut avoir l'approche de Savigny pour résoudre plusieurs difficultés du droit anglais⁴⁹. Par l'introduction du droit à l'université, il peut opérer un changement d'approche et de conception du droit et fonder les nouvelles bases conceptuelles de cette science académique sur ses propres définitions.

Le second point de réflexion sur le projet de Dicey concerne la question de la formalisation de la constitution britannique. Pour Walters, le concept de *rule of law* est instrumentalisé par Dicey comme un moyen alors que la finalité est de donner une structure à la constitution anglaise à travers *Law of the constitution*. Cette affirmation nous rapporte au début de ce chapitre quand Dicey affirme : « This book [...] does not pretend to be even a summary, much less a complete account of constitutional law. It deals only with two or three guiding principles which pervade the modern constitution of England »⁵⁰. Il est question de trois principes fondamentaux grâce auxquels Dicey affirme pouvoir structurer et caractériser le droit constitutionnel anglais, certes, mais aussi la fondation même de la constitution britannique. Ces trois principes fondamentaux sont donc la souveraineté législative du Parlement, la *rule of law* et la dépendance des conventions constitutionnelles envers les lois de la constitution. Ensemble, ces trois principes modèlent la forme que tient encore aujourd'hui la constitution anglaise et c'est pour plusieurs une des grandes réussites de Dicey⁵¹. Walters abonde dans ce sens en disant que de structurer la tradition constitutionnelle anglaise permet des réflexions rationnelles sur la valeur et les caractéristiques de cette tradition. La structure qu'apporte Dicey est basée sur des principes plutôt que des règles (*rule of law* vs *droit administratif*) et le résultat qui en découle dans *Law of the Constitution* n'est pas une carte détaillée et parfaite, mais un paysage constitutionnel qui attire vers les points importants et caractéristiques permettant ainsi une

⁴⁸ Albert V. Dicey, *Can English Law be Taught at the Universities?*, 18-20.

⁴⁹ Dicey, 19.

⁵⁰ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution*, V.

⁵¹ Albert V. Dicey et J.W.F. Allison, *The Law of the constitution* (Oxford University Press, 2019) XI.

appréciation critique⁵². Donc dans cette optique, la *rule of law* est un concept qui devient politiquement situé au moment où il devient un des fondements de la constitution britannique comme élément de différenciation et de supériorité face au reste de la tradition légale occidentale. Elle est donc politisée, selon Walters, comme élément spécifique au Royaume-Uni qui est fondamental pour comprendre la formalisation de la constitution britannique.

Bref, il semble pertinent de croire qu'effectivement la *rule of law* est politisée pour vanter les mérites du système anglais, mais nous croyons surtout qu'elle est politisée et instrumentalisée comme outil pédagogique pleinement assumé par Dicey et aussi comme part d'une réflexion plus grande sur la formalisation de la constitution du Royaume-Uni.

Nous parlons de politisation de concepts et de formalisation des bases du constitutionnalisme pour s'inscrire dans une science du droit plus systématisée et évidemment ces gestes ne sont pas posés en vase close ou de manière désintéressée. Le travail « pédagogique » qu'effectue Dicey lui permet d'inscrire sa vision du constitutionnalisme dans une perspective qui le dépasse. Par son œuvre, il permet à une conception de survivre à un monde qui change rapidement. L'approche du conservatisme normatif associée à Dicey peut en quelque sorte survivre puisqu'elle cadre bien avec la tradition *whig* encore bien présente. Dicey, suivant une approche associée aux *whigs*, veut faire perdurer un constitutionnalisme qui n'est déjà plus tout à fait actuel, mais parfois idéalisé. Comme une idole dont la beauté fane, mais dont l'image reste. La réflexion sur la constitution comme objet tirant sa force de sa grande tradition historique et l'idée du constitutionnalisme anglais comme objet d'une science du droit reprennent le vocabulaire *whig* et c'est ce que nous souhaiterions désormais aborder.

⁵² Walters, A.V. *Dicey and the common law constitutional tradition : a legal turn of mind*, 135.

1.3 La tradition de pensée whig

D'entrée de jeu, il n'existe pas de caractérisation parfaite ou exhaustive de ce qu'est ou n'est pas la pensée *whig*. Il s'agit d'abord et avant d'un parti politique qui tire ses origines à la fin du XVII^e siècle en lien avec la Glorieuse Révolution. Les *whigs* sont un parti qui prône la monarchie constitutionnelle et le parlementarisme en opposition à l'absolutisme que les Stuarts ont tenté d'instaurer près d'un siècle avant cette Glorieuse Révolution⁵³. Comme tout parti politique et toute tradition idéologique, les positions varient grandement selon les époques et les circonstances ; le constat se pose comme une évidence. Dans sa forme la plus simple, la pensée *whig*, qui s'oppose aux *Tories*, défend la suprématie du parlement et une forme de libéralisme. À toutes fins pratiques, ce parti est l'alter ego de plusieurs partis libéraux occidentaux et l'ancêtre du parti Libéral britannique. Cela étant dit, pour inclure la pensée dicéyenne dans la tradition *whig* il faut inévitablement aller plus loin que cette forme simplifiée pour plutôt observer ce qui est entendu par whiggisme dans la seconde moitié du XIX^e.

Pour définir la pensée whig dans le contexte contemporain à Dicey, nous baserons notre réflexion sur les écrits de J.W. Burrow dans *Whigs and Liberals : Continuity and Change in English Political Thought* publié en 1988⁵⁴. Un des premiers constats de Burrow est d'affirmer qu'il serait maladroit ou inadéquat de chercher une identité mythique de ce qu'est le whiggisme et comment il se transforme en libéralisme. Il soulève au même moment un premier obstacle en ce que la littérature a souvent été rééditée de manière à remplacer le terme « whig » par « Libéral » à la fin du XIX^e alors que ce dernier terme semblait plus actuel que le précédent, ce qui peut rendre la définition de l'identité *whig* encore plus complexe⁵⁵. À cela s'ajoute une pluralité de whiggismes qui s'entrecroisent et rendent le concept mouvant, voire éthéré. À ce propos, Burrow dit:

⁵³ Barrington Moore, *Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World* (Boston : Beacon Press, 1966), 21-22.

⁵⁴ John Wyon Burrow, *Whigs and Liberals Continuity and Change in English Political Thought* (Oxford : Clarendon Press, 1988).

⁵⁵ Burrow, 2.

Our whole picture of the world of eighteenth-century political discourse has been immensely enlarged and complicated. Instead of a story from which, in its sparer and more ‘philosophical’ versions, even the word ‘whig’ tended to disappear, we are required to distinguish True or Real Whigs, Court Whigs, Establishment or Regime Whigs, Ciceronian and Catonic Whigs, sceptical, scientific, and vulgar Whigs, Country Whigs, radical Whigs, and two distinct species of New and Old Whigs, and there are no doubt other potentially useful distinctions (some of those listed are, admittedly, overlapping or even identical categories)⁵⁶.

La lecture de ce passage montre bien que le concept de « whig » est pour le moins polysémique. Malgré cette pluralité au niveau des déclinaisons, il est tout de même nécessaire de faire ressortir une forme de définition ou du moins un cadre qui permet d’analyser les écrits de Dicey dans une vision *whig*.

Burrow offre une première ligne directrice en citant le politicien et philosophe Edmund Burke. Il décrit donc la pensée politique *whig* du XVIII^e siècle comme étant la conception d’une nation comme un organisme vivant formé de structures complexes et de continuités historiques. Dans ce contexte, la constitution devient vêtement qui épouse le corps⁵⁷. L’historien victorien Leslie Stephen répond à cette affirmation de Burke en reconnaissant chez ces penseurs du XVIII^e une prétention au sérieux et à la scientificité qui dégoûte les penseurs du XIX^e. Dans ses *Essays on Reforms* Stephen qualifie le whiggisme du XVIII^e comme étant non pas un adversaire au jeunes *Liberals*, mais un vieux partenaire sceptique dont les beaux-jours sont passés et dont la présence est une *anachronistic encumbrance*⁵⁸. Les penseurs *whigs* semblent donc être passés de mode pour faire place aux *Liberals*, mais Burrow prend bien soin de rappeler qu’il s’agit plutôt là de jouer sur les termes que de réellement voir un grand changement dans l’idéologie⁵⁹. La tradition *whig* des années 1860 et suivantes est réaffirmée en quelque sorte grâce à la parution de *The English constitution* par Walter Bagehot en 1867⁶⁰ où il présente en quelques mots le *whig* comme étant un libéral plutôt conservateur. Bagehot est d’ailleurs inclus dans le dialogue par Burrow en disant qu’il reproduit dans son livre consacré à la constitution tous les vieux

⁵⁶ Burrow, *Whigs and Liberals Continuity and Change in English Political Thought*, 7.

⁵⁷ Burrow, 9.

⁵⁸ Burrow, 10.

⁵⁹ Burrow, 16.

⁶⁰ Walter Bagehot, *The English constitution* (Oxford: Oxford University Press, 1867).

arguments *whigs* qui préfèrent la représentation par intérêts à la représentation par nombre (le suffrage universel moderne) et qu'il est plutôt critique face aux avancées qui découlent de la Réforme de 1867 ⁶¹. Burrow introduit là une démonstration de la continuité entre les « jeunes libéraux » et les « vieux *Whigs* » en disant :

It was the democratic and republican enthusiasm of Stephen's generation of young radical liberals [...] which cut them off from the more cautious Whiggism of Macaulay and Bagehot, which by that time formed the chief line of unbroken connection back to the eighteenth century. Yet the subsequent reaction, the disillusionment with democracy and fear for the future of liberalism, so prevalent among liberal intellectuals in the last three decades of the century, often takes forms which seem like a kind of nostalgic Whiggishness, and even idealization of aspect of the eighteenth century ⁶².

La tradition *whig* du XIX^e peut donc être comprise comme un mouvement plus réformateur et libéral que celui du siècle précédent, mais la représentation par intérêt reste priorisée face à la représentation par tête, soit le suffrage moderne que nous connaissons. Au-delà de la représentation par intérêts, la tradition *whig* peut aussi être comprise sous un autre angle. La pensée *whig* de la seconde moitié du XIX^e siècle encense Tocqueville qui, à travers son portrait de la démocratie en Amérique et sa critique de L'Ancien Régime et de la Révolution française, a lui-même une pensée *whig* ⁶³. Comprenons de cet amour pour Tocqueville un intérêt qu'ont les penseurs *whigs* pour l'historicité et l'inévitabilité de la démocratie, mais surtout une forme de discours qui permet de légitimer le rôle de l'aristocrate et assurer sa survivance. Burrow laisse donc entendre que la tradition *whig* qui s'observe au XIX^e siècle s'ancre dans l'historicisme et la continuité à travers un refus du combat et de la lutte, c'est encore là un héritage de Burke⁶⁴. Les *Whigs* défendent donc un ordre établi et semblent refuser de comprendre la sphère politique comme une lutte constante entre plusieurs intérêts. Ils tiennent leur force et leur légitimité d'une grande tradition historique un peu au même titre que la stabilité de la constitution qui n'est pas écrite, mais qui est la continuité d'une longue coutume.

⁶¹ Burrow, *Whigs and Liberals Continuity and Change in English Political Thought*, 12.

⁶² Burrow, 13.

⁶³ Burrow, 19.

⁶⁴ Burrow, 34-35.

C'est là l'introduction d'un point de caractérisation important de cette typologie de la pensée *whig*. L'historicité et la tradition consacrent pour Burrow l'importance de la constitution britannique comme un élément mouvant et en constant équilibre entre les intérêts et les passions⁶⁵. Les intérêts propres au contexte doivent être reflétés dans la constitution de manière à calmer les passions, mais aussi dans une logique où la tradition de pensée *whig* en elle-même n'est pas oubliée ou perdue par l'inclusion de ces nouveaux intérêts. Le penseur *whig* se définit alors tant en opposition avec l'intransigeance *tory* qui refuse, pour Burke, le progrès, qu'en opposition avec l'utilitarisme de Bentham ou James Mill qui n'est que calcul pour maximiser le bonheur et le gain⁶⁶. La pensée *whig* peut donc se traduire par un ajustement et une actualisation des idées pour rester fidèle à la tradition, tout en y incorporant de nouvelles avenues, c'est l'équilibre dans la représentation des intérêts qui prime⁶⁷. Il est encore une fois pertinent de rappeler que Burrow décrit dans son livre une série de petites variations entre les différents *Whigs* qui bien souvent entrent eux-mêmes en conflit, mais la représentation des intérêts, la balance de ces intérêts et le respect de la tradition semblent être des points qui ressortent des différentes variations de whiggisme.

Burrow revient sur ces trois thèmes pour les unir en disant que la notion classique de balance des pouvoirs dans la constitution coutumière s'oppose au suffrage universel en se faisant gardienne des libertés politiques et du progrès⁶⁸. Ce progrès, Burrow se fait prudent en le qualifiant de balance des forces et des passions, alors que John Stuart Mill parle plutôt de balance des classes et des ordres⁶⁹.

Nous parlons ici d'aristocratie, mais les *Whigs* ne sont pas des aristocrates au sens premier du terme. Les penseurs *whigs* ne sont généralement pas des chevaliers ou de grands propriétaires terriens, bien que ce soit parfois le cas. Ce sont généralement des membres de la *Gentry*, donc une forme de noblesse intellectuelle de petits propriétaires qui est née

⁶⁵ Burrow, *Whigs and Liberals Continuity and Change in English Political Thought*, 35.

⁶⁶ Burrow, 37-39.

⁶⁷ Burrow, 40.

⁶⁸ Burrow, 102-3.

⁶⁹ Burrow, 106; John Stuart Mill, *On Liberty, Utilitarianism, and other Essays* (Oxford : Oxford University Press, 2015).

dans la seconde moitié du XVII^e siècle avec le mouvement des *enclosures* et la fin du féodalisme anglais au profit de l'industrialisation, mais qui n'est pas titrée⁷⁰. Lorsque nous parlons de *Whigs* ou de Dicey qui veulent défendre leur classe aristocrate, il faut donc le comprendre dans le sens d'une noblesse de robe. C'est une élite intellectuelle et commerciale, voire bourgeoise, qui tente de justifier son existence.

Il s'agit donc maintenant de situer la publication de *Law of the Constitution* dans une tradition *whig* que nous comprenons comme étant la défense d'une représentation par intérêts, un équilibre entre les intérêts qui permet le progrès et le respect des traditions et de la continuité historique. En arrière-plan de cette tradition se découvre aussi une volonté de justifier le rôle de l'aristocrate et d'assurer sa survie. Plusieurs auteurs précédemment cités qualifient Dicey de *whig* sans trop préciser leur pensée, mais Walters propose une réflexion plus intéressante en affirmant que Dicey se considère lui-même ouvertement *whig*⁷¹. Il propose une définition similaire à la typologie que nous avons développée à la différence qu'il se concentre plus directement sur une perspective juridique et constitutionnaliste. Dans cette vision il situe Dicey comme *whig* en disant que les juristes *whigs* « accepted reform only if it was measured and incremental and reinforced constitutional traditions associated with a monarchy limited by law and by parliamentary institutions that served to protect propertied interests »⁷². Le vocabulaire est différent, mais on peut clairement reconnaître les différents points de la typologie que nous avons formulée. Walters reconnaît aussi chez Dicey une volonté de favoriser le développement de la liberté à travers une sorte de vertu publique et d'expérience politique pour autant que cette expérience de liberté soit encadrée par la loi et le maintien d'un équilibre⁷³. Burrow propose une formule similaire pour décrire Dicey en le qualifiant de *New whig* du fait de son adhésion à une idéologie *whig* assez proche des libéraux. Pour Burrow, Dicey et ses contemporains observent bien que la démocratie de masse est aux portes du Royaume-Uni et ils n'ont plus aussi peur de la représentation par tête, mais ils gardent une place

⁷⁰ Moore, *Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World*, 37-39.

⁷¹ Walters, *A.V. Dicey and the common law constitutional tradition: a legal turn of mind*, 26-27.

⁷² Walters, 27.

⁷³ Walters, 35.

importante pour la loi qui prime sur l'opinion publique et l'expérience politique de tous⁷⁴. À ce propos, Walters ajoute : « In constitutional terms, to be a whig in the mid-nineteenth century was to embrace a confident and perhaps somewhat complacent, but still a cautious, grounded, and critically reflective constitutionalism, one in which law always disciplined power »⁷⁵. Walters cadre clairement Dicey comme un juriste *whig* par cette image juriste prudent qui place la loi comme gardienne du pouvoir, c'est même là une grande partie de l'argument de Dicey sur l'importance et la puissance de la *rule of law* dans le système anglais. Certains auteurs et notamment Ivor Jennings, dont nous aborderons les positions dans notre second chapitre, viennent à critiquer Dicey en affirmant que sa conception de la *rule of law* est uniquement valide dans un contexte de réflexion *whig*. Walters réfute cette critique en affirmant que si *Law of the Constitution* est grandement influencé par l'allégeance *whig* de Dicey, cela ne fait que renforcer son argumentaire alors qu'il garde comme objectif central de comprendre comment le pouvoir gouvernemental est intimement lié à la *Common Law* (la loi ordinaire/commune) où la liberté est une partie implicite et inséparable du discours juridique « ordinaire ». La perspective *whig* ancrée dans les traditions et coutumes, tout comme l'équilibre des intérêts permettent de donner une profondeur à la réflexion de Dicey et rend son œuvre plus intelligible et adaptée à son contexte, selon Walters⁷⁶.

En parlant de la constitution comme partie du projet politique de Dicey dans *Law of the Constitution*, nous avons aussi introduit une piste de l'identification *whig* de Dicey. Rappelons que les trois principes qui guident la constitution pour Dicey sont la souveraineté législative du Parlement, la *rule of law* et la dépendance des conventions constitutionnelles sur les lois de la constitution. Nous venons de situer la *rule of law* comme élément *whig* chez Dicey, dans les mots de Walters, mais qu'en est-il des deux autres principes ? D'abord, le lien est fort évident entre la souveraineté législative du Parlement que Dicey chérit et le principe *whig* de suprématie du Parlement. Dans une perspective historique, la suprématie du Parlement est entendue comme une primauté de celui-ci sur

⁷⁴ Burrow, *Whigs and Liberals Continuity and Change in English Political Thought*, 127-28.

⁷⁵ Walters, *A.V. Dicey and the common law constitutional tradition: a legal turn of mind*, 28.

⁷⁶ Walters, 255.

les aspirations du monarque dans un contexte où les *Whigs* s'opposent à l'absolutisme. Cette suprématie du Parlement est donc synonyme de monarchie constitutionnelle et d'indépendance dans l'adoption des lois entre le Parlement qui représente les intérêts pluriels de la société et la volonté du monarque. La souveraineté législative qui, pour Dicey, est un principe fondamental de la constitution est donc un héritage direct de la volonté *whig*. Dans le vocabulaire de Dicey, cette souveraineté législative permet au Parlement d'être pleinement indépendant de tout autre pouvoir, alors qu'il peut altérer toutes les lois ; qu'il ne fait pas de distinction entre les lois « ordinaires » et les lois constitutionnelles ; et qu'il n'est pas soumis à quelque autorité ayant le pouvoir d'invalider un Acte du Parlement ou rendre une loi anticonstitutionnelle ou inapplicable⁷⁷. On reconnaît donc la tradition *whig* plutôt directement dans ce principe que défend Dicey. Cette souveraineté législative du Parlement est en d'autres mots le constitutionnalisme *whig* prudent où la loi discipline le pouvoir, comme nous l'avons précédemment souligné dans les mots de Walters⁷⁸.

Le troisième principe semble plus abstrait, alors que Dicey l'appelle « the convention of the constitution »⁷⁹. Dans son édition de 2019, Allison reformule ce principe par « the dependence of conventions of the constitution upon the law of the constitution »⁸⁰. La traduction littérale serait donc la dépendance des conventions constitutionnelles, comme nous l'avons précédemment annoncé, mais ce terme peut porter à confusion. Il est plus clair d'y référer en parlant d'un équilibre entre les conventions constitutionnelles et les lois de la constitution. On retrouve dans le système anglais des lois et des conventions. Les lois peuvent être écrites comme le *Bill of Rights* ou l'*Habeas Corpus* ou elles peuvent découler de la coutume. Ces règles, qu'elles soient écrites ou non, peuvent être mises en application par les tribunaux ordinaires. Les conventions, pour leur part, ne sont pas des règles ou des lois. Elles relèvent de la "moralité constitutionnelle". C'est un reste qui n'est pas du droit à proprement parler, puisqu'il ne peut pas être appliqué directement par les tribunaux. Ce troisième principe de la constitution est de dire que les conventions sont

⁷⁷ Dicey et Allison, *The Law of the constitution*, 51-53.

⁷⁸ Walters, *A.V. Dicey and the common law constitutional tradition: a legal turn of mind*, 28.

⁷⁹ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution*, XLVIII.

⁸⁰ Dicey et Allison, *The Law of the constitution*, XI.

intrinsèquement reliées aux lois écrites et qu'elles sont aussi importantes les unes que les autres dans le bon fonctionnement de la constitution. Dicey reconnaît donc qu'il existe autre chose que les lois, soit les conventions, mais il les exclue et ne s'en soucie pas réellement, même s'il reconnaît que les lois et les conventions forment ensemble le droit constitutionnel anglais (*constitutional law*) du Royaume-Uni⁸¹. Essentiellement, c'est dire que la coutume est au fondement du droit et de son application dans les cours, alors que les conventions ne sont pas justiciables. Dicey va plus loin que ce constat et rend ce point bien plus lié à la pensée *whig* alors qu'il dit que cette coutume est aussi importante que les lois fondamentales qui sont écrites. La tradition et le droit « ordinaire » sont élevés dans la constitution sur un pied d'égalité avec les fondements de la société⁸². Cette importance des conventions constitutionnelles est aussi intelligible sous l'argument *whig* de la balance des intérêts. Comme les conventions ne sont pas écrites et formalisées, elles peuvent se modifier et se réactualiser pour mieux représenter la réalité de la société anglaise et maintenir un équilibre et un ordre dans la société. En opposition, Dicey soulève dans le cas de la France ou des États-Unis, une formalisation de la grande majorité des lois et une minorité de conventions, ce qui peut mener à plus de mécontentement dans la société alors que le changement est bien plus difficile à appliquer et que l'équilibre entre les intérêts et l'ordre peut être perdu⁸³.

Ces trois principes qui, pour Dicey, rendent la constitution anglaise supérieure et différente des autres Constitutions sont inspirés ou teintés par l'allégeance *whig* de la pensée de Dicey. À plus forte raison, la constitution est un objet qui, bien que coutumier et peu formalisé, est profondément *whig* et permet aux intellectuels qui adhèrent à cette tradition de pensée de promouvoir leurs idées et en assurer la survie. Aussi, il est pertinent de constater qu'au moment d'écrire *Law of the Constitution*, le parti *whig* en tant que tel a déjà été remplacé par le parti Libéral au Royaume-Uni. C'est donc dire que toute la réflexion *whig* que nous avons exposée se déroule au moment où le parti traditionnel qui représente ces idées est en train de se décomposer. Ainsi, si le parti a été remplacé par les

⁸¹ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution*, 27-28.

⁸² Dicey, 26-27.

⁸³ Dicey et Allison, *The Law of the constitution*, 22-23.

Libéraux, les intellectuels et les juristes se donnent pour rôle de garder la pensée *whig* vivante en dehors du contexte de la joute politique. L'idéologie *whig* vit désormais donc à travers la pensée d'historiens, de juristes, de philosophes et dans la constitution à défaut d'être encore représentée dans la *House of Commons* de Westminster. C'est un peu la réflexion finale que nous voulons aborder sur Dicey et la pensée *whig*. Sans entrer dans la pensée de Tocqueville et basculer dans une réflexion plus critique, il faut observer que la question de la coutume, de la balance et de la représentation des intérêts sont des moyens évidents de maintenir le rôle de l'aristocratie dans la société anglaise, nous l'avons déjà mentionné. Dicey n'échappe pas à cette logique. Étant donné sa vocation pédagogique, Dicey veut aussi permettre à sa pensée de se reproduire chez les étudiants qui suivent ses cours. Si le parti *whig* n'existe plus, Dicey peut néanmoins faire vivre l'idéologie *whig* chez ses étudiants et ses contemporains à travers ses cours et *Law of the Constitution*. Sans le mentionner haut et fort, il propose un savoir qu'il annonce comme étant objectif tout en étant plutôt une défense du constitutionnalisme anglais qui est intrinsèquement liée à la pensée *whig*⁸⁴. L'ouvrage de référence sur la constitution de l'époque est donc bien plus qu'un ouvrage de référence, mais une défense aristocratique d'un constitutionnalisme *whig*⁸⁵.

1.4 Et ensuite...

Il reste un tout dernier point à aborder. Comme dans toute réflexion, il est pertinent de se questionner à savoir à quoi bon produire ce savoir, qu'apporte-t-il de nouveau ou de différent ? Notre réponse à cette question est en deux points. D'une part, cette recherche place la publication de *Law of the Constitution* dans un contexte beaucoup plus subjectif et historiquement situé qu'une grande partie de la littérature. Il est généralement entendu que Dicey publie ce livre en ayant une volonté académique, nous n'avons pas réinventé la roue en défendant ce point. En revanche, si plusieurs voient la subjectivité dans cette volonté académique, nous dépassons ce constat pour affirmer que Dicey présente comme objectif son livre alors qu'il y présente une conception tout à fait subjective et *whig* de ce qu'est la

⁸⁴ Dicey et Allison, *The Law of the constitution*, XXXI-XXXIX.

⁸⁵ Ward, *Writing the Victorian constitution*, 173-76.

constitution anglaise pour pouvoir reproduire sa tradition de pensée chez ses étudiants. De plus, la littérature moderne sur le constitutionnalisme s'entend généralement pour dire que Dicey avait complètement tort sur sa conception du *droit administratif* et que cela rend sa théorie moins pertinente et caduque, nous l'avons déjà abordé dans les mots de Simard, Shklar, Cosgrove et Walters. Or, il nous semble y avoir certaines lacunes à s'arrêter à ce constat, en ce qu'il nous semble que l'important n'est pas de savoir si Dicey avait pleinement raison ou non et que cette « erreur » n'enlève rien à la validité de sa théorie. Comme nous l'avons annoncé auparavant, nous voulons avancer que Dicey était conscient du fait qu'il pouvait tourner les coins ronds à certains égards, mais que son but était de cristalliser une distinction et d'affirmer la supériorité du système anglais. Dans cette optique, on peut soutenir qu'il ne cherchait pas à avoir « raison », son but était tout autre, il voulait fonder une tradition juridique académique et universitaire pour véhiculer et enseigner sa conception de la *Common Law* comme étant le meilleur système juridique. Il a donc réussi cet objectif puisque le droit est désormais une discipline universitaire tant au Royaume-Uni que dans le reste du monde occidental et l'idée de différenciation ou de singularité du cas anglais au niveau constitutionnel est toujours vivante, ce chapitre en est la preuve.

En conclusion, ce chapitre avait pour objectif de situer l'instrumentalisation du concept de *rule of law* comme objet politique et académique qui s'inscrit dans la pensée *whig* populaire à l'époque victorienne. Le concept de *rule of law* y est donc étudié comme objet neutre et polysémique pour ensuite devenir un prétexte pour étudier la publication de *Law of the constitution* par Dicey et son inscription dans le whiggisme. Nous avons donc tenté de démontrer que Dicey politise et instrumentalise le concept pour démarquer le droit anglais du *droit administratif* et fonder un droit académique et pédagogique tout en formalisant et en renforçant et distinguant la constitution anglaise.

Chapitre 2 : La désacralisation pragmatique de la constitution

That is only how it is *supposed* to work: this is how it *appears* to work and, therefore, there must be some other way in which it actually *does* work⁸⁶.

Ivor Jennings, *The British constitution*, 1945

Les XVIII^e et XIX^e siècles ont vu naître une réflexion de plus en plus complexe et poussée sur la constitution, mais cette pensée a réellement explosé au tournant du XX^e siècle. Si les grands penseurs d'autrefois comme Blackstone, Bagehot et Dicey restent des références centrales, c'est souvent pour les remettre en question qu'on les sollicite. La montée en puissance de la bureaucratie, l'industrialisation massive du Royaume-Uni et les deux Guerres mondiales viennent créer un tout nouveau paradigme dans la pensée constitutionnelle britannique. La constitution, longtemps considérée intouchable, descend de son piédestal et est de plus en plus étudiée pour obtenir des réponses concrètes. Du lendemain de la Première Guerre mondiale jusqu'à la fin du régime Thatcher, cette nouvelle conception de la constitution s'observe dans plusieurs discours et repose sur de multiples raisonnements qui paraissent à priori biens différents, mais qui gardent en sous-texte la volonté de faire de la constitution un objet utile, réel et fonctionnel.

2.1 Une constitution ouverte sur le continent

Un premier exemple de cette reconceptualisation et reformulation de la constitution s'observe à travers son étude dans un contexte d'internationalisation. Nous étayerons le propos, mais comprenons par internationalisation une ouverture sur le monde. Il faut aborder le sujet non pas dans une perspective d'impérialisme ou de colonisation des esprits du Royaume-Uni vers l'Europe, mais bien l'inverse. Cette ouverture se fait dans la mesure où certains juristes reconnaissent une lacune dans la littérature juridique qui les précède et

⁸⁶ Ivor Jennings, *The British constitution* (Londres : Cambridge University Press, 1945), vii.

c'est en regardant de l'autre côté de la Manche qu'ils pensent combler cette lacune. Ainsi, il n'est pas question de rendre la Common Law applicable à l'Europe, mais bien d'importer certaines idées du continent au sein du Royaume-Uni pour rendre la constitution plus fonctionnelle. En d'autres termes, la constitution ne répond plus parfaitement à la réalité britannique et pour remédier à cette situation les juristes vont chercher ce qui fonctionne le mieux et, le cas échéant, c'est en partie grâce aux références au droit administratif que la constitution peut combler ses lacunes.

D'entrée de jeu, souvenons-nous qu'un des piliers du raisonnement de Dicey est le rejet catégorique du droit administratif à la française au sein de la Common Law anglaise. En niant l'existence droit administratif au Royaume-Uni, il vient surtout tenter d'affirmer son inexistence tant en pratique que dans la conceptualité juridique anglais. « The words “ administrative law ” which are its most natural rendering, are unknown to English judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation »⁸⁷. Les mots qu'emploie Dicey dans ce passage en disent long sur l'image qu'il se fait de la constitution en opposition à l'Europe. Si le concept de droit administratif est inconnu des juges anglais, c'est que pour Dicey, il ne peut pas y avoir de juridictions particulières. La constitution ne reconnaît pas l'existence d'autres juridictions que celles des juges ordinaires. Il est impensable pour Dicey qu'il existe au sein du royaume une juridiction administrative autonome et indépendante de la Common Law. Qui plus est, Dicey ne peut accepter un tel système qui soit imperméable à la Common Law. Le droit constitutionnel anglais et la constitution sont ainsi étrangers à l'esprit du droit européen. Dicey fait d'ailleurs plus souvent référence au « Droit Administratif » qu'au « administrative law » notamment pour faire ressortir l'extériorité et l'aspect inassimilable de ce droit à la culture anglaise⁸⁸.

L'argument de Dicey repose aussi sur l'affirmation « mythique » de la non-réception du droit romain au Royaume-Uni. Ayant connu une centralisation politique

⁸⁷ Dicey et Allison, *The Law of the constitution*, 326.

⁸⁸ Augustin Simard. « Tocqueville, Dicey et le « problème » du droit administratif », *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville* 38, n° 2 (2017) : 277.

précoce, le Royaume-Uni a un tribunal unifié de Common Law au moins depuis la fin du Moyen Âge. La réception du droit romain au courant des XII^e et XIII^e siècles n'aurait donc pas une très grande influence sur un système juridique fonctionnel et déjà plus que centenaire. Le système anglais des *Inn's of Court* et le *King's Bench* sont des institutions bien installées qui finissent inévitablement par évoluer, Dicey en est lui-même la preuve. Alors qu'il transforme l'enseignement du droit d'une pratique artisanale à une discipline académique⁸⁹, il ne se rallie pourtant jamais à une conception du droit héritée du code Justinien, comme bien des pays européens. Dans le même ordre d'idée, Loughlin aborde l'opposition entre constitutions modernes écrites et la constitution coutumière anglaise. Il affirme que les constitutions écrites se basent sur les grandes idées des Lumières, dont la redécouverte du droit romain fait partie, alors que la constitution britannique a des racines bien plus lointaines⁹⁰. Il considère même qu'il aurait été impossible que le Royaume-Uni ait une constitution du type moderne alors que « [...] the British – strictly the English— had their political revolution too early »⁹¹. Il y a donc non seulement une non-réception du droit romain, mais Loughlin laisse entendre qu'il serait anachronique d'envisager que le Royaume-Uni puisse se reconnaître dans les constitutions écrites européennes.

Pour en revenir au rejet de l'exemple européen, il faut noter que Dicey fonde sa conception du droit administratif principalement en rapport aux écrits de Tocqueville. Simard pose ce constat en soulignant que la conception de Tocqueville est polémique et lacunaire et que Dicey, étant au fait de ces lacunes, reconnaît une certaine faiblesse au raisonnement de Tocqueville, mais conserve l'essentiel des intuitions et du raisonnement de ce dernier⁹². L'essentiel de la réflexion de Dicey repose sur une sorte d'homme de paille du droit administratif que Tocqueville érige comme caricature de ce qu'il peut réellement être. Tout cela pour dire que Dicey nie l'existence du droit administratif au Royaume-Uni et qu'en réponse à la vision quasi hégémonique de Dicey, plusieurs voix se lèvent et affirment une vision bien différente de la constitution.

⁸⁹ Simard, « Tocqueville, Dicey et le « problème » du droit administratif » 290.

⁹⁰ Martin Loughlin, *The British constitution a very short introduction* (Oxford : Oxford University Press, 2013), 14.

⁹¹ Loughlin, 15.

⁹² Simard, « Tocqueville, Dicey et le « problème » du droit administratif », 283.

Loin d'être anecdotique, un constat biographique ressort concernant les auteurs affiliés à ce courant s'opposant à Dicey. Les auteurs que nous solliciterons ici émanent tous d'un contexte bien différent de celui de Dicey et cela a un impact sur leurs approches. Il s'agit bien évidemment de juristes, mais ils ne proviennent pas de la tradition académique classique mise de l'avant par Dicey. Fondamentalement, il s'agit de juristes qui évoluent surtout dans la sphère économique et politique. Comprenons d'ores et déjà qu'Ivor Jennings et William Robson sont des figures de proue dans l'avènement du modernisme juridique au Royaume-Uni⁹³. Robson, étant un professeur influent de la *London School of Economics*, a joué le rôle de mentor pour J.A.G Griffith et ils étaient tous deux membres du *Greater London Group*, groupe de recherche marquant du XXe siècle en matière d'administration publique⁹⁴. Enfin, Griffith a aussi été mentor pour Martin Loughlin à la LSE où Loughlin est encore à ce jour professeur⁹⁵. Ainsi nous sommes face à des auteurs qui gravitent tous autour de la *London School of Economics and Political Science* et qui agissent et publient dans le giron de cette institution. Comme modernistes et, à plus forte raison, travaillistes, ils tentent d'influencer le droit public anglais dans un contexte institutionnel bien situé. L'affirmation n'est pas surprenante, mais la LSE n'est pas Oxford ni Cambridge. Cette institution a été fondée à la toute fin du XIX^e siècle par des membres influents de la *Fabian Society*, qui est une organisation britannique qui défend les principes de la social-démocratie à travers une approche ouvertement progressiste et réformiste⁹⁶. Qui plus est, ces penseurs ne développent généralement pas leur pensée dans le contexte d'une faculté de droit, mais bien plus comme chercheurs en politiques publiques, pensons notamment à l'exemple de Robson qui est professeur de droit administratif, mais surtout d'administration publique⁹⁷ de 1926 à 1962.

La remise en question des idées de Dicey est une pierre d'assise de l'approche moderniste des fonctionnalistes tels que Jennings et Robson, mais une autre piste de

⁹³ Daniel Mockle. « Les approches critiques du droit administratif », *Les Cahiers de droit* 57, n° 3 (2016) : 522.

⁹⁴ George Jones. « The Greater London Group after 50 years », dans *London Government 50 Years of Debate: The Contribution of LSE's Greater London Group*, par Ben Kochan, London Development Workshops (London School of Economics and Political Science, 2008), 16.

⁹⁵ Martin Loughlin. « John Griffith obituary », *The Guardian*, 25 mai 2010.

⁹⁶ Margaret Cole, *The Story of Fabian socialism* (Stanford, California : University Press, 1961), 63.

⁹⁷ Edward Page. « William Robson and the Greater London Group at LSE », *LSE History*, 13 mai 2015.

réflexion permet de mieux comprendre la valorisation du droit administratif au Royaume-Uni. Autrement dit, il ne s'agit pas d'une simple réponse critique à Dicey, mais réellement plus une tentative de combler une lacune importante qui reste en angle mort chez Dicey. À travers le *Greater London Group*, Robson fonde un groupe de recherche qui s'intéresse directement au droit administratif. Or, le droit administratif apparaît comme étant en exorbitance au droit public tel qu'étudié par Dicey et cela soulève bien des problèmes pour Robson. Il ne s'agit pas du tout du même type de droit et il est peu organisé. Son mandat de recherche est d'abord et avant tout la planification stratégique et l'urbanisme dans la grande région de Londres. Observant une série de querelles privées et de juridictions ne sachant pas collaborer, Robson et son groupe proposent de centraliser la planification et la gestion des questions d'urbanisme du Grand Londres dans les mains d'une entité gouvernementale centrale⁹⁸. Pour se faire, il faut qu'une étude approfondie du droit administratif soit faite pour lier et unir l'ensemble des approches du droit privée en un droit cohérent.

Ainsi, un peu plus de quarante ans après la publication de *Law of the constitution*, le Royaume-Uni a bien changé. Au niveau politique, le pays se remet des traumatismes de la Première Guerre mondiale, le *Labour* naît et accède au pouvoir et le suffrage universel voit le jour. Dans ce contexte, William A. Robson publie, en 1928, *Justice and Administrative Law* qui viendra changer du tout au tout le discours sur la place du droit administratif. Dès les premières pages de son livre, il affirme qu'il n'y a rien de comparable au système de droit administratif français au Royaume-Uni, « but that need not to blind us to the fact that there exists in England a definite and extensive body of administrative law or executive justice which in its own sphere is no less significant ». Si le droit administratif est propre à la France, Robson laisse déjà poindre qu'il y a du droit administratif dans les institutions britanniques et qu'il prend son essor. N'en déplaise à Dicey, il existe au Royaume-Uni un droit qui soit particulier et qui soit en exorbitance par rapport au droit commun. Il existe des tribunaux administratifs qui ne fonctionnent pas selon la logique de la Common Law. Ce droit administratif anglais s'articule à travers des tribunaux qui ont une juridiction particulière et qui arbitrent des litiges entre un citoyen et l'État comme

⁹⁸ Jones, « The Greater London Group after 50 years », 16-17.

personne publique. Pensons à tous ces tribunaux administratifs sur le logement, les normes du travail ou encore les ordres professionnels. Le fonctionnement du Tribunal est complètement différent de celui de la Cour et le Royaume-Uni n'est pas exempt de ces Tribunaux⁹⁹.

Par ce livre, Robson ne veut pas détruire la pensée constitutionnelle qui le précède, mais il veut certainement corriger une erreur de ses prédécesseurs et faire ressortir l'existence et le rôle du droit administratif. Son objectif est donc de redorer le blason du droit administratif pour pouvoir mieux comprendre comment il peut s'articuler au Royaume-Uni. « If we are to have a body of Administrative Law, it should at least be a good one. So much will be conceded by even the most active opponents of constitutional changes »¹⁰⁰. L'internationalisation de la constitution doit se comprendre dans une optique de progrès. Robson, affirme qu'il existe un droit administratif au Royaume-Uni, mais qu'il n'est pas adéquatement défini et que le cas français peut être d'une grande aide pour remédier à cette situation. Si cette ouverture au continent entre dans une approche pragmatique de la constitution, le but n'est pas encore de désacraliser la constitution, mais bien de s'ouvrir à d'autres discours juridiques pour mieux la comprendre et la mettre en pratique. Robson laisse donc entendre que la constitution répond mieux à la réalité du XX^e siècle si elle accorde une place au droit administratif. Elle devient donc un outil plus utile et efficace. C'est cette ouverture au droit administratif que nous allons ici étudier à travers les mots de Robson.

C'est en réponse à l'expansion considérable de l'État au début du XX^e siècle, à la montée en puissance du pouvoir ministériel et exécutif et à la solidification de l'appareil bureaucratique de l'État que Robson voit le droit administratif gagner en popularité¹⁰¹. Il conçoit « l'administratif » comme une nécessité, dès lors que certaines fonctions du gouvernement ne peuvent pas être insérées dans la trinité du pouvoir

⁹⁹ La dualité est tout aussi présente et valide au Québec de nos jours. La Cour du Québec, comme tribunal ordinaire, fonctionne selon une procédure accusatoire et un raisonnement qui est distinct des Tribunaux administratifs qui sont bien plus inquisitoire et engagés.

¹⁰⁰ William A. Robson, *Justice and Administrative Law: a Study of the British Constitution* (Londres : Macmillan and Co., 1928), xvi.

¹⁰¹ Robson, *Justice and Administrative Law*, xv.

(judiciaire/législatif/exécutif)¹⁰². C'est en identifiant une distinction entre le pouvoir judiciaire et l'administratif qu'il critique le système britannique où il juge « [...] obvious that the decisions of the courts as to which functions are judicial and which are administrative have not proceeded on any consistent principle »¹⁰³. Cette lacune dans la classification des pouvoirs crée un vide au niveau du rôle du pouvoir, mais puisque la constitution bénéficie encore d'une sorte d'aura d'imprécision, peu de gens arrivent à cerner cette lacune que le droit administratif saurait combler. « The great majority of citizens are unconscious that there was any lack of constitutional neatness and logical order in the prevailing governmental arrangements »¹⁰⁴. Robson laisse donc entendre que la constitution qui ne reconnaît pas le droit administratif a une faille critique et qu'elle arrive à survivre principalement parce que la majorité de gens ne comprend pas ce qu'elle est.

Sans grande surprise, Robson reconnaît que les juristes formés dans les cinquante années précédant la parution de son livre pensent que le droit administratif n'existe pas au Royaume-Uni et il tient Dicey responsable de cette vision. À vrai dire, Robson n'a pas tout à fait raison. Certes, Dicey a eu un impact majeur et il a définitivement marqué plusieurs générations de juristes britanniques, c'est d'ailleurs pourquoi nous lui avons accordé un chapitre presque entier. Cela étant dit, il serait erroné de considérer que le droit administratif n'existe pas au Royaume-Uni avant que Robson s'y intéresse. Contemporain de Dicey, Frederic William Maitland aborde directement ce fameux droit administratif dans *The Constitutional History of England*. Son livre est publié de manière posthume en 1908, mais il prend racine dans les leçons que Maitland a données à Cambridge entre 1887 et 1888¹⁰⁵. Qui plus est, Dicey est même remercié par l'éditeur puisqu'il a été « kind enough to look over the manuscript and concurred in urging its publication »¹⁰⁶. Dans les dernières pages de cette histoire constitutionnelle, il aborde un point intéressant sur le droit administratif en disant que les différents organes du pouvoir souverain sont décrits dans le droit constitutionnel comme étant au repos ou stable. En opposition, les organes de ce

¹⁰² Robson, *Justice and Administrative Law*, 5.

¹⁰³ *Ibid.*, 10.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 17.

¹⁰⁵ Frederic William Maitland et H. A. L. (Herbert Albert Laurens). Fisher, *The Constitutional History of England* (Cambridge : Cambridge University Press, 1965), v.

¹⁰⁶ Maitland, vi.

pouvoir existent de manière vivante dans une autre branche du droit qui prescrit en détail leur activité, ce droit étant le droit administratif¹⁰⁷. Maitland n'aborde pas la place de la France comme exemple de référence, au même titre que Robson, mais il nomme néanmoins le droit administratif et souligne son importance parallèlement au droit constitutionnel dans le bon déroulement du pouvoir. Il reconnaît donc un rôle plus descriptif et structurel à la constitution dans la division du pouvoir, alors que le droit administratif répond à un besoin plus fonctionnel en encadrant le rôle concret des institutions du pouvoir¹⁰⁸. Il pose un regard qui est aussi plutôt différent de celui de Dicey, alors qu'il affirme que toutes ces questions du rôle de la constitution et du droit administratif demeurent « questions of convenience, because our constitutional law has no special sanctity »¹⁰⁹. C'est bien la preuve que Dicey n'est pas nécessairement hégémonique et que le droit administratif était reconnu au Royaume-Uni avant que Robson s'y intéresse.

Robson, donc, en se référant au système français, tente de rendre évident que le développement du droit administratif est un développement considérable et positif de la constitution puisqu'elle encadre mieux la réalité qu'elle décrit. L'essentiel de son propos consiste donc à montrer, chapitre par chapitre, quel peut être l'apport du système français tant sur les juges au sein des cours, que sur la création de tribunaux administratifs, ou encore la mentalité judiciaire et la raison. Nous n'accorderons pas une place immense aux différents arguments, mais le raisonnement qui est sous-jacent montre bien l'avènement d'un nouveau régime discursif de la constitution. Trois grands arguments ressortent donc du discours de Robson dans ce livre. D'abord, le droit administratif existe au Royaume-Uni ; c'est ce que nous venons d'aborder. Ensuite, non seulement ce droit existe-t-il, mais il est tout à fait valide et souhaitable dans le système britannique. Robson revient sur ce point en insistant notamment sur le fait que le droit administratif nécessite une plus grande responsabilité personnelle des juges et de la cour. Le juge de droit administratif doit rendre son raisonnement intelligible et peut être sanctionné si son raisonnement est erroné ou fallacieux¹¹⁰. Cette forme d'imputabilité est, pour Robson, souhaitable en ce que le citoyen

¹⁰⁷ Maitland, *The Constitutional History of England*, 533.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 535.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 536.

¹¹⁰ Robson, *Justice and Administrative Law*, 47.

dont la liberté personnelle et la propriété privée est liée à la décision judiciaire doit avoir un recours et une certitude qu'une mauvaise décision aura des conséquences¹¹¹. Il est évident qu'un tel raisonnement est bien loin de la conception de Dicey où la langue du juriste est inconnue au profane et où le droit, basé sur une longue tradition, ne peut pas rendre le juge directement imputable de ses décisions.

Le troisième grand argument en sous-texte dans *Justice and Administrative Law* est l'inexorable avenir du droit administratif au Royaume-Uni. Pour Robson, c'est un grand mouvement de changement qui suit le droit administratif et ces changements ont généralement déjà pris place au moment où il écrit son livre. Si ce n'est pas le cas, ils arriveront sans tarder. Si par sa volonté Robson fait un lien entre la France et la réalité britannique, c'est pour mieux comprendre que le cadre juridique et constitutionnel du Royaume-Uni change de manière effective. En réalité, il ne fait qu'offrir une expression claire à un événement qui est déjà effectif. Autrement dit, il n'est pas question de discréditer Dicey et Bagehot, mais bien de rendre le discours de la constitution cohérent et compatible avec ce qu'elle devient réellement. Il y a une prétention contre-idéologique et objective à la pensée de Robson au sens où il affirme répondre avec le meilleur objet à une réalité qu'il considère neutre. Il souhaite se prémunir contre toute critique qui pourrait soutenir que son argumentaire est tout aussi situé dans une perspective idéologique précise que ce qu'il critique. Dans une longue tirade conclusive, il dira notamment, en parlant des changements apportés par le droit administratif, « [b]ut they are extraordinarily significant. They betoken a loosening of the rigid system of inflexible private rights, enforceable in the courts of law almost regardless of social consequences which for centuries had been gradually consolidating »¹¹². S'il se pose comme le simple messager d'une réalité qui advient, comprenons bien qu'il a un intérêt dans ce propos. Robson voit le droit administratif sous une lunette absolument normative, voire prescriptive et bien qu'il se dise extérieur à cette réalité, il prend grand soin de rappeler que l'arrivée du droit administratif est un progrès moral au sein du cadre constitutionnel.

¹¹¹ Robson, *Justice and Administrative Law*, 58.

¹¹² Robson, 322.

En ce sens, l'internationalisation ne se comprend pas comme un rejet de la constitution britannique au profit d'une vision calquée sur une altérité continentale, dans ce cas précis, la France. Bien au contraire, Robson fait entrer de manière subtile et calculée l'apport du droit administratif en affirmant toujours que le système anglais est bien différent, mais que l'on sait néanmoins reconnaître certains aspects propres aux droit administratifs et aux tribunaux qui ne dépendent pas du droit commun. À plus forte raison, l'arrivée du droit administratif est abordée en termes de progrès et de modernisation. Robson reconnaît une incapacité de la constitution telle qu'affirmée par Blackstone, Dicey ou Bagehot à répondre à la réalité d'une bureaucratisation de l'État anglais et des germes de ce qu'on viendra à connaître sous la désignation d'État-providence. Face à cette incapacité, Robson ne voit pas d'autre choix que de recourir à l'exemple français pour mieux définir cette réalité et rendre le discours constitutionnel valide. En d'autres mots, ce serait dire qu'à la publication du livre de Robson, la constitution ne fonctionne pas et que l'autorité, en réponse à ce constat, c'est ce qui fonctionne, à savoir le cas français dont Robson ira faire ressortir les similarités au Royaume-Uni en prétendant que son caractère soit inexorable et indépendant de sa volonté.

2.2 Un constitutionnalisme en constante évolution

Parmi les contemporains de Robson, la perspective de l'internationalisation ne fait certainement pas l'unanimité. Évidemment, il serait naïf de croire qu'une quelconque position politique et intellectuelle sur le système fasse l'unanimité au Royaume-Uni. En dehors du rapprochement avec le droit administratif français, l'approche qui semble avoir le plus d'échos au sein des penseurs juridiques au lendemain de la Première Guerre est l'idée d'une constitution qui évolue au fil de l'histoire. Contrairement aux visions précédentes, l'objectif premier de l'approche du constitutionnalisme « advenu », est de poser la constitution comme un objet qui s'est construit à un moment précis de l'histoire britannique et qui continue à se reconstruire constamment depuis, sans entrer dans la logique de l'intouchable tradition et du caractère sacré de la constitution. Se référant à la pensée de Burke dans *Reflections on the Revolution in France*, Martin Loughlin cerne bien le « problème » qui ouvre la voie à cette nouvelle approche constitutionnelle en disant :

« Strip away the mystique and you remove the behavioural constraints that make the exercise of governing power benign. Remove the sacred from the constitutional and ‘the whole chain of continuity of the commonwealth’ is broken. Treat the state as a mechanism that can be made and re-made in accordance with the ‘floating fancies or fashions’ and we lose the very basis of political authority »¹¹³. Arracher le mystique et retirer le sacré, c’est exactement ce que les tenants du constitutionnalisme advenu voudront faire en soutenant que la constitution n’a rien d’intouchable et que l’État ne s’en porte pas moins bien.

La pensée qui semble la plus féconde pour aborder ce point est celle de Sir W. Ivor Jennings notamment dans ses œuvres *The Law and the Constitution* (1933) et *The British constitution* (1945). D’entrée de jeu, Jennings ne s’oppose pas à la vision de Robson que nous avons précédemment étayée. Pour lui, il est évident que le droit administratif est une branche considérable du droit anglais¹¹⁴ et il consacre un chapitre entier à cette branche du droit dans *The Law and the constitution (LaC)*. Cela étant dit, il considère que le renouveau des études de la constitution ne peut pas se comprendre dans une perspective d’ouverture à la France ou l’Allemagne, qui auraient mieux compris ce qu’est une constitution fonctionnelle. Son but est donc d’approcher la constitution comme étant un objet qui a changé depuis Dicey et qui doit être redéfini pour ne pas se cristalliser dans une vision qui soit clichée et qui ne réponde plus à la réalité anglaise. En préface à la cinquième édition de *LaC*, il annonce ses couleurs sans passer par quatre chemins alors qu’il affirme qu’il est « therefore useful to consider the ideas of a past generation and to show how ill-adapted they seem to the present generation »¹¹⁵. Son objectif est simple, il souhaite soulever les failles de la pensée qui le précède en prétendant produire ainsi une vision de la constitution plus cohérente et fonctionnelle. Pour ce faire, Jennings n’a d’autres choix que de mettre fin à la fiction¹¹⁶ de la constitution.

¹¹³ Martin Loughlin, *The British constitution a Very Short Introduction*, (Oxford : Oxford University Press, 2013), 9.

¹¹⁴ Jennings, *The Law and the constitution*, 217.

¹¹⁵ Jennings, *The Law and the constitution*, vi.

¹¹⁶ *Ibid.*, vii.

Dans sa définition de la constitution, le premier point qui est abordé par Jennings est l'État et les fonctions du gouvernement. En parlant de la révolution industrielle et de la montée en puissance de l'État, il affirme que plusieurs avancées technologiques auraient pu être faites par les entreprises privées florissantes, mais « the intervention of the State was necessary to enable land to be acquired, traffic to be regulated, roads crossed, bridges built, and so on »¹¹⁷. Il laisse entendre que l'État est d'abord et avant tout là pour que tout ce qu'il touche fonctionne. Il renchérit sur cette idée que l'État doit fonctionner en disant : « If the State had to decide nice points in the theory of knowledge or consider the composition of matter, it could do no more than leave the question to its philosopher and scientists. Fortunately, the general questions of public policy are not of this order, [...] the ordinary man will not listen to a complicated argument, and he is more concerned with the ends than the means »¹¹⁸. On voit apparaître ici une volonté de définir l'État dans un langage clair et accessible. Le sujet n'est pas le même, mais on comprend tout de même que Jennings n'entre pas dans la vision de l'oracle du droit que Dicey défendait. L'État et la constitution ne sont pas des objets sacrés et incompréhensibles. Jennings défend un certain désenchantement. Il poursuit d'ailleurs sa réflexion sur l'État en introduisant la constitution comme une forme d'arbitre. Lorsque dans les affaires de l'État, il y a conflit ou divergence, la constitution doit proposer des moyens de résolution des conflits¹¹⁹.

Ce petit détour sur l'État permet d'introduire la volonté fonctionnaliste qui anime Jennings, mais c'est évidemment à rapport à la constitution que sa vision nous est la plus pertinente. Il souhaite sortir de la fiction et faire tomber le voile qui rend la constitution inaccessible en remontant aux origines de celle-ci. Il affirme, sans trop choquer, que la constitution a des origines lointaines et intouchables pour ensuite ajouter qu'elle ne doit pas être comprise comme un cadre fixe de lois, mais un tissu de relations dynamiques¹²⁰. À ceux qui sanctifient la tradition qui découle de ces origines lointaines, Jennings répond que la tradition, loin d'être une force, est un vide. En prenant exemple sur les partis anglais, il affirme que la tradition n'est jamais ancrée. Ce qui fait le parti Conservateur en

¹¹⁷ Jennings, *The Law and the constitution.*, 5.

¹¹⁸ Jennings, *The British constitution*, 7.

¹¹⁹ *Ibid.*, 9.

¹²⁰ *Ibid.*, 36.

Angleterre, ce n'est pas la tradition, ce sont les gens qui composent le parti. Le constat est le même pour la constitution. La signification de la constitution change et se renouvelle selon ce qu'on en dit¹²¹. C'est aussi ce qu'il laisse entendre lorsqu'il dit que la théorie de la Common Law intouchable et intemporelle survit grâce à une fiction et qu'il ajoute que même les « judges, who strive to keep the law consistent by applying that theory, read their books differently in different generations [...] »¹²².

Toute la question de la tradition a évidemment un sens particulier, selon Jennings, en lien avec l'aspect coutumier et non écrit que la constitution. Il aborde directement les implications d'une constitution non écrite en disant :

Great Britain has no written constitution. The institution necessary for the exercise of the multifarious functions of the modern State have been established from time to time as the need arose. Formed to meet immediate requirements, they were then adapted to exercised more extensive and sometimes different functions. From time to time political and economic circumstances have called for reforms. [...] The building has been constantly added to, patched, and partially reconstructed, so that it has been renewed from century to century; but it has never been razed to the ground and rebuilt on new foundations. If a constitution consists of institutions and not on the paper that describes them, the British constitution has not been made but has grown – and there is no paper.¹²³

La toute dernière ligne de cet extrait mène à une réflexion intéressante qui repose grandement sur une forme de polysémie. Burke, Dicey et Jennings s'entendraient tous pour dire que la constitution britannique « has not been made but has grown [...] » suivant un raisonnement tout à fait différent. Nous parlons d'un constitutionnalisme qui soit advenu et qui évolue, mais certaines précisions doivent être faites pour éviter la confusion. Lorsqu'au lendemain de la Révolution française Burke célèbre la tradition et l'histoire quasi immémoriale anglaise, il ne conçoit pas que la constitution ait évolué et progressé dans les mêmes termes que ce que Dicey puis Jennings conçoivent. Si l'on attribuait cette dernière phrase de Jennings à Burke, ce serait pour signifier que la constitution anglaise ne doit pas être célébrée pour son évolution à travers des ratifications ou une volonté de

¹²¹ Jennings, *The British constitution*, 38-39.

¹²² Jennings, *The Law and the constitution*, vi.

¹²³ Jennings, 8.

perfectibilité, mais bien plus pour en rappeler le grand mystère presque sacré. La grande tradition historique et mystique où, sans révolutions violentes, le Royaume-Uni est devenu le plus grand des Empires et aussi le plus stable.

Aux yeux de Dicey, ce constitutionnalisme évolutif qui advient doit se comprendre dans des termes différents. Pour lui, cette phrase voudrait plutôt dire que le système juridique anglais a une immense stabilité et possibilité de perfectibilité grâce au rôle quotidien qu'y opèrent les juges. Dans les cours ordinaires, les juges ordinaires font émerger la constitution de manière inductive, à travers les précédents, et la transforment insensiblement. Elle n'est pas fixée dans le temps, elle peut toujours se raffiner et évoluer pour répondre aux exigences qui l'entoure mais sans un dessein délibéré.

Enfin, Jennings célèbre son adaptabilité, mais n'est assurément pas en accord avec les deux conceptions que nous venons de présenter. Lorsqu'il affirme que la constitution n'a pas été faite et qu'elle a progressé et évolué, c'est dire qu'elle a changé qu'elle s'est adaptée et qu'on peut donc la transformer selon les besoins et les nécessités de l'époque. Jennings n'y voit rien de mystérieux, mystique et sacro-saint, simplement une particularité intéressante de cet objet qui repose sur la coutume, n'est pas écrit et peut évoluer.

Cette comparaison historique étant faite, la position de Jennings devient plus claire. La constitution répond à différents besoins selon les époques, donc elle s'adapte et se modifie puisqu'elle doit toujours maintenir son caractère fonctionnel et utile à travers les époques. Elle est constamment revisitée pour mieux répondre au monde qui l'entoure, mais sa particularité tient du fait qu'elle est toujours remodelée en conservant un même titre, une même base. En reposant toujours sur une même base et un même nom, elle sait répondre à des besoins bien différents. À ce propos, la constitution britannique est assurément différente des quatorze constitutions qu'a connu la France depuis 1789.

Ainsi, la constitution a différentes itérations et peut *de facto* avoir plusieurs sens. Jennings soutient que « If a political principle which has some basis in reason receives general acceptance and can be formulated in a neat phrase, it becomes a reason itself; its

original justification is forgotten, and it is used for purposes for which it was never intended »¹²⁴. L'affirmation paraît polémique, mais c'est le fondement même de cette constitution qui se renouvelle. Il est impossible, voire parfaitement inutile d'aller rechercher le sens initial ou la valeur réelle de tel ou tel aspect de la constitution, il n'y a pas d'essence réelle, ni d'intérêt à se référer à « l'origine » de la constitution. Du point de vue pratique, elle signifie ce que les acteurs lui accordent comme signification et ce qu'ils réussissent à mobiliser à travers elle. Il est, pour Jennings, illusoire de penser atteindre une vérité ou le sens réel de la constitution. Il ne faut toutefois pas croire que la volonté des acteurs qui mobilisent la constitution impose le sens de celle-ci. Il n'y a pas, chez Jennings, de volontarisme précis dans l'action des acteurs, mais plutôt une vision d'efficacité. Lorsqu'on dit que la constitution est ce que les acteurs lui accordent comme signification, ce n'est pas dire qu'elle est ce qu'ils veulent qu'elle soit, mais bien qu'elle est ce qui fonctionne concrètement. À titre d'illustration, il faut aborder la constitution comme un kaléidoscope qui est en constant mouvement. Elle est ce qui fonctionne à un moment précis, elle n'est pas soumise à une volonté claire et préméditée.

Le Royaume-Uni n'a pas de constitution écrite, il ne peut donc pas y avoir un retour objectif et sans équivoque au texte. Les auteurs qui se penchent sur la constitution viennent donc à choisir ce qui leur paraît significatif et important¹²⁵. En se basant sur une constitution écrite, le texte permet de régler toute question, « what is in the constitution is 'constitutional', what is not in it is not 'constitutional'. But where there is no such document it is quite impossible to make a distinction which is not purely personal and subjective »¹²⁶. C'est donc dire, en termes tout à fait simples, que la constitution est ce qu'on en dit concrètement et ce qu'on en fait dans un contexte donné.

La vision du constitutionnalisme advenu que soutient Jennings, c'est aussi reconnaître qu'il n'y a pas de loi fondamentale divisant le pouvoir au Royaume-Uni. « Powers are in fact exercised by the Queen, by Parliament, by administrative authorities,

¹²⁴ Jennings, *The Law and the constitution*, 25

¹²⁵ Jennings., 37.

¹²⁶ *Ibid.*, 38.

and by the courts. But they do not come from any fundamental law. The only fundamental law is that parliament is supreme. [...] Strictly speaking, therefore, there is no constitutional law in Great Britain; there is only the arbitrary power of Parliament»¹²⁷. Jennings recadre le discours en disant qu'il faut cesser d'aborder le droit constitutionnel pour plutôt parler directement de la constitution. Nous devons aussi retenir de cette affirmation que le Parlement, par sa volonté, peut modifier ce qu'est ou n'est pas la constitution. Il n'y a rien de sacré, la constitution est réaffirmée et reformulée chaque fois que le Parlement la sollicite. Jennings remarque qu'il existe, dans les constitutions écrites, une distinction fondamentale entre la loi constitutionnelle et le reste des lois. Le Royaume-Uni, n'ayant pas de constitution écrite ni de loi constitutionnelle, ne peut pas se référer à cette sélection de lois dont le sens et l'application sont clairs. De plus, les principes les plus importants de la constitution, mais surtout la relation mutuelle qu'entretiennent la Couronne, le premier ministre et son Cabinet, ainsi que le Parlement n'ont jamais été reconnus par les cours. Sans loi constitutionnelle claire, ces principes importants demeurent des pratiques constitutionnelles ou des conventions de la constitution¹²⁸. C'est dans cette mesure que le Parlement réinvente la constitution et c'est dans cette optique que Jennings voit les constitutions écrites comme des objets bien plus sacralisés et intouchables que la constitution britannique.¹²⁹

Étant donné sa forme non écrite, cette multiplicité des visages de la constitution ouvre aussi la porte à une forme d'évolutionnisme dans la pensée de Jennings. Dans la même veine que Darwin et *On the Origin of Species*, Jennings pense la constitution comme un objet fluide qui s'adapte selon les époques. « British constitutional history shows a constant process of experimentation as institutions have been developed and modified to meet the needs of a changing civilisation »¹³⁰. La constitution telle qu'elle est au moment où Jennings l'étudie ou en 2022, n'est pas empreinte d'exceptionnalisme, c'est le résultat d'exigences concrètes ancrées dans un mouvement et d'une certaine contingence historique. Autrement dit, elle s'oppose à toute téléologie historique, alors qu'il n'y a pas

¹²⁷ Jennings, *The Law and the constitution*, 64-65.

¹²⁸ *Ibid.*, 39.

¹²⁹ *Ibid.*, 63.

¹³⁰ *Ibid.*, 9.

de finalité moralement supérieure dans l'état actuel de la constitution. Elle est le résultat d'un long processus complexe et imprévisible qui suit l'état du Royaume-Uni et ses exigences. « Theory, as usual, followed upon facts »¹³¹. La constitution est advenue pour répondre à la réalité et elle continuera de s'adapter pour répondre aux réalités qui suivront.

Cet évolutionnisme n'est pas propre à Jennings. En sous-texte à l'argumentaire de Robson dans *Justice and Administrative Law* on peut reconnaître ce sentiment de progrès « naturel » de la constitution. L'évolutionnisme n'y est pas nommé explicitement, mais l'on sait rapidement en reconnaître les traits. Comme nous l'avons précédemment mentionné, Robson décrit le rôle grandissant du droit administratif dans la sphère juridique britannique. Ce droit administratif ne se pose pas comme une cassure ou un changement radical pour Robson et c'est en ce sens qu'il entre dans la perspective évolutionniste. En incluant le droit administratif, le droit et la constitution sont plus complets et plus actuels. En liant le Royaume-Uni au droit du Continent, Robson rejette l'exceptionnalisme anglais au profit d'une approche plus concrète et fonctionnelle. Cette avancée fait muter le droit et la constitution pour qu'ils répondent mieux à la réalité. En refusant la prétention à un cas exceptionnel et intouchable, la place grandissante du droit administratif devient pratiquement une contingence historique qui renouvelle le sens de la constitution.

2.3 Un pragmatisme franc et assumé

Jennings et Robson remettent assurément en question la pensée de leurs prédécesseurs en ayant des approches bien différentes. Cela étant dit, on sent chez les deux auteurs un certain respect pour l'institution qu'ils critiquent et tentent de redéfinir. Près de cinquante ans après *Law and the constitution* et *Justice and Administrative Law*, le Royaume-Uni a été touché par un grand nombre de crises et les institutions politiques et juridiques du pays ont certainement connues de meilleurs jours. Par la parution de *The Political constitution* en 1979, John Aneurin Grey Griffith se penche sur la constitution

¹³¹ Jennings, *The Law and the constitution*, 20.

avec un peu moins de tendresse que ses prédécesseurs. Sans être foncièrement nihiliste, Griffith aborde la constitution et les institutions politiques britanniques avec une approche pragmatique beaucoup plus crue et revendicatrice. Dans *The British constitution : A Very Short Introduction*, Loughlin décrit une réalité qui cadre très bien avec l'approche de Griffith. « It has today become almost impossible to write about the British constitution without explicitly advocating the need for reform »¹³².

Non seulement Griffith va plus loin que Robson ou Jennings sur la volonté de désacraliser la constitution, son ton laisse clairement entendre qu'il souhaite réformer la constitution et la repenser du tout au tout. Ses intentions peuvent difficilement être plus claires alors qu'il affirme dès le premier paragraphe de son article que « [m]aybe Westminster today is the excited activity of a chicken that has lost its head. Maybe the constitution is dead »¹³³. Martin Loughlin rédige d'ailleurs la notice nécrologique de Griffith où il dira de lui que « [i]n his accounts of public law, Griffith subverted the self-satisfied liberal-democratic view about the nature and functioning of the constitution, replacing it with a more realistic "what actually happens" account »¹³⁴. Cette dernière source a un caractère plus anecdotique, mais on y voit bien le pragmatisme qui anime Griffith.

The Political Constitution ressort d'abord et avant tout comme un plaidoyer de Griffith pour un remaniement des cartes au sein des institutions, alors qu'il veut un plus grand dialogue entre les instances du pouvoir et le citoyen, mais surtout une société où les institutions politiques sont plus ouvertes et transparentes sur leurs rôles et prises de position. Dans un style plutôt direct, voire cru, il affirme que « our constitution is the opposite of what it sets out to be. But then I reflect that so probably are all constitutions. Or if they begin as honest and effective, they quickly lose their honesty as the price of retaining their effectiveness »¹³⁵. Nous ne souhaitons pas faire de Griffith un théoricien critique, mais cette affirmation laisse bien entendre qu'il n'est pas banal que la constitution

¹³² Loughlin, *The British constitution a very short introduction*, 39.

¹³³ J. A. G. Griffith. « The Political constitution », *The Modern Law Review* 42, n° 1 (1979) : 1.

¹³⁴ Loughlin, « John Griffith obituary ».

¹³⁵ Griffith, « The Political constitution », 1.

soit présentée comme intouchable ou sacrée. Griffith n'y voit pas une grande défense de la tradition, mais peut-être bien plus une volonté de conserver la constitution opaque pour qu'elle reste fonctionnelle. Dans un ordre d'idée similaire, pour Griffith, si la *rule of law* a une signification plus grande qu'une assurance que le gouvernement agisse en respect de la loi, il s'agit d'une « fantasy invented by Liberals of the old school in the late-19th century and patented by the Tories to throw a protective sanctity around certain legal and political institutions and principles which they wish to preserve at any cost »¹³⁶. On comprend donc que le caractère sacré de la constitution ou d'autres institutions politiques britanniques peut se voir comme une volonté d'éviter le changement.

En gardant toujours comme idée première la transparence des institutions, Griffith se penche sur le système politique britannique. Il réfléchit sur le sens qu'on accorde à la démocratie libérale comme forme de gouvernement et considère que ce terme « démocratie libérale » est inutile depuis la Première Guerre. Ayant vécu les deux Guerres mondiales, il soutient que ce qui était entendu par « démocratie libérale » et toutes les institutions qui la compose ont été souillées par les guerres et ont perdu tout leur sens¹³⁷. Il ajoute que la confiance « in authority [...] is essential to the working of that form of government known as liberal democracy, was never recovered. And authority, not for the first time in history, was replaced by authoritarianism »¹³⁸. Les générations plus jeunes, ayant perdu confiance envers les institutions, en viennent donc à considérer l'idée de démocratie libérale comme une forme de façade construite pour tromper la majorité de la population. Pour en venir directement à la constitution, il s'oppose à la vision traditionnelle libérale qui soutiendrait que la constitution est une sorte de machine complexe qui retransmet la volonté populaire par la voix de représentants élus, d'un Cabinet et d'un système judiciaire neutre et impartial. Griffith qualifie cette vision de fallacieuse et ajoute qu'il souhaite se libérer du discours de la vieille garde de juristes qui tels des illusionnistes conçoivent « that the working of the constitution was something all done by mirrors, by sleight of hand, and by the use of nineteenth-century language based on eighteenth-century concepts »¹³⁹. Il

¹³⁶ Griffith, 15.

¹³⁷ *Ibid.*, 3-4.

¹³⁸ *Ibid.*, 5.

¹³⁹ Griffith, « The Political constitution », 6.

s'oppose donc à l'idée que la constitution ne peut pas fonctionner d'elle-même et qu'il est nécessaire d'avoir une classe de juristes capable de la mettre en action sans que la grande majorité puisse réellement comprendre comment elle fonctionne et ce qu'elle signifie.

Parallèlement à cette discussion sur la transparence des institutions et de la constitution, il critique aussi la volonté de certains juges qui prennent un rôle qui ne leur revient pas au sein du pouvoir. En revenant sur la pensée de Dworkin telle qu'exprimée dans *Taking Right Seriously*¹⁴⁰, il se dit incertain quant à l'aspect prescriptif de la pensée de Dworkin qui voit une moralité au droit et lui donne un rôle de juge quant à la désirabilité d'une situation ou une autre. Néanmoins, si le juge ne peut pas se référer constamment à la bonne loi ou le bon cas de référence, il peut tout de même, suivant la logique de Dworkin, trouver un principe plus grand qui lui permettra d'arriver à une bonne conclusion. « So, judges need never act as legislators. If they were legislators, it would be proper for them to have regard to policy, not principle, to the general welfare to majority opinion. But instead, they have regard to principle, which is always discoverable. And they are not legislating »¹⁴¹. L'argument est donc de dire que le juge ne peut pas avoir recours à l'opinion publique pour poser sa décision et, de fait, il ne peut pas être législateur puisque le législateur décide nécessairement pour le bien de la communauté en regard à la volonté de celle-ci. Il veut donc soulever une différence fondamentale entre la branche judiciaire et législative en insistant sur le fait qu'elles ne doivent pas se mêler l'une à l'autre.

En ayant une logique similaire, il s'oppose aussi à toute forme de réforme de la constitution qui voudrait écrire formellement cette dernière. Une constitution écrite serait, selon lui, une tentative d'écrire des lois pour empêcher le gouvernement d'exercer le pouvoir qui lui revient et d'usurper le pouvoir pour le mettre dans les mains de la Loi. Son argument ne peut pas être plus limpide alors qu'il affirme :

that law is not and cannot be a substitute for politics. [...] For centuries political philosophers have sought that society in which government is by laws and not by men. It is an unattainable ideal. Written constitutions do not achieve it [...]

¹⁴⁰ Ronald M. Dworkin, *Taking rights seriously*, New impr. with a reply to critics (London : Duckworth, 1978).

¹⁴¹ Griffith, « The Political Constitution », 10.

They merely pass political decisions out of the hands of politicians and into the hands of judges or other persons. To require a supreme court to make certain kinds of political decisions does not make those decisions any less political. I believe firmly that political decisions should be taken by politicians.¹⁴²

De plus, quand il affirme que la politique doit être du ressort des politiciens et qu'une constitution écrite usurperait le pouvoir des mains de ceux qui doivent légitimement l'exécuter, il le fait dans une perspective tout à fait détachée. Ce sur quoi nous voulons insister par cette affirmation, c'est le réalisme cru de la pensée de Griffith. Il refuse complètement l'aspect moral et normatif que l'on peut conférer à une constitution comme objet suprême de la loi. Pour lui, le pouvoir doit être exercé par des gens qui peuvent à tout moment être remplacés et qui ne s'appuient pas sur une moralité inatteignable. Ainsi, il rejette l'existence de l'État comme abstraction en affirmant qu'il s'agit encore une fois d'une mascarade pour cacher la réalité du pouvoir. Il nie aussi toute autorité morale à ceux qui exercent le pouvoir. « They are there, and they have power. No more »¹⁴³. Si nous parlons de réalisme cru, c'est bien dans ce sens où il n'y a pas de morale, mais uniquement des faits que l'on peut observer sans qu'ils aient de valeur quelconque. Autrement dit, c'est l'apogée du pragmatisme et d'une vision terre à terre. L'approche est la même pour la question de la *law* (droit/loi). Griffith mentionne qu'il ne croit pas que « the concept of law is a moral concept. [...] laws are merely statements of a power relationship and nothing more ».

C'est en prenant conscience du pragmatisme de Griffith que l'on peut bien comprendre sa position sur la constitution, tout en gardant en arrière-pensée sa volonté de transparence. Il affirme donc que « The constitution of the United Kingdom lives on, changing from day to day for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also »¹⁴⁴. Dans sa forme la plus simple et transparente, la constitution c'est

¹⁴² Griffith, « The Political Constitution », 16.

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ Griffith, « The Political Constitution », 19.

ce qui arrive concrètement au quotidien. La constitution existe pour Griffith, elle est « vraie », mais elle est complètement dénuée de transcendance. Il ajoute :

I am arguing then for a highly positivist view of the constitution; of recognising that Ministers and others in high positions of authority are men and women who happen to exercise political power but without any such right to that power which could give them a superior moral position; that laws made by those in authority derive validity from no other fact or principle, and so impose no moral obligation of obedience on others [...]¹⁴⁵.

Dans cet extrait, Griffith reprend la logique de HLA Hart dans *The Concept of Law* sur la séparation à faire entre le droit et la morale¹⁴⁶. Dans une perspective plus large, Griffith considère que l'idée même de constitutionnalisme ou de constitutionnaliste n'a pas de sens réel. Il existe au Royaume-Uni une constitution qui est intrinsèquement liée à la politique et qui est sur le même niveau que celle-ci. Griffith ne croit pas que l'on puisse parler de constitutionnalistes qui ont des réflexions morales et critique sur la valeur et le sens de la constitution. La réflexion de Griffith est en quelque sorte la limite du fonctionnalisme là où la distance devient irréconciliable entre le droit et la politique. Son discours devient en quelque sorte auto-référentiel et si le schisme qu'il identifie est irréconciliable, c'est la fin de toute réflexion sur le sujet. Le juriste ne peut pas aller plus loin en suivant les pas de Griffith.

Nous avons abordé la « désacralisation » de la constitution à plusieurs reprises dans les dernières pages, mais il semble demeurer une ambiguïté autour de ce concept. Si Loughlin nous mentionne que les juristes modernes n'ont d'autres choix que de souhaiter une réforme¹⁴⁷, la réforme que souhaite Griffith ne prend pas n'importe quelle forme. La constitution est abordée d'un angle beaucoup plus concret et terre à terre, certes, mais elle demeure néanmoins complètement différente de la vision plus classique sur le continent. Non seulement rejette-t-il catégoriquement l'idée d'écrire concrètement la constitution comme nous l'avons déjà mentionné, mais il s'oppose aussi à l'idée révolutionnaire et européenne des libertés civiles incluses dans la constitution ou encore une Charte des droits

¹⁴⁵ Griffith, 19.

¹⁴⁶ H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus). Hart, *The concept of law.*, Clarendon law series (Oxford : Clarendon Press, 1965).

¹⁴⁷ Loughlin, *The British constitution a very short introduction*, 39.

et libertés. Nous abordons ces idées à travers les mots de Griffith, mais Loughlin et Jennings vont sensiblement dans le même sens.

Jennings, d'abord, mentionne que le Royaume-Uni, n'ayant pas de constitution écrite, n'a pas besoin d'une protection spéciale des « droits fondamentaux ». Il affirme que le principe est simple au Royaume-Uni, « it is lawful to do anything which is not unlawful or which cannot be prohibited by public authorities »¹⁴⁸. Pour lui, la règle est simple et parfaitement comprise au sein de la société britannique, il n'y a pas de réel besoin pour une codification des droits fondamentaux. Dans son bref traité sur la constitution, Loughlin pose un constat similaire en disant qu'au Royaume-Uni, « civil liberty is achieved not by the formal declaration of rights, but as a result of constant struggle and vigilance leading to outcomes recorded and protected in particular judicial decisions »¹⁴⁹. Non seulement l'exercice de la liberté est compris par le citoyen qui n'outrepasse pas la loi, mais la décision judiciaire de Common Law protège à travers les précédents et assure un respect de ces libertés civiles dites fondamentales. Il soulève aussi une forme de paradoxe alors que « throughout the modern era the British constitution has attracted high praises for the value it places on liberty »¹⁵⁰, mais qu'au même moment, c'est une des rares constitutions qui n'a pas de Charte qui protège textuellement les droits fondamentaux.

Nous en arrivons donc à Griffith qui, fidèle à son style, affirme de manière plutôt directe son opposition à une Charte des Droits et Libertés au Royaume-Uni. À vrai dire, il ne s'oppose pas à ces droits fondamentaux, il rejette plutôt leur existence comme objet inaliénable. C'est dans cette optique qu'il affirme « there are no over-riding human rights. No right to freedom, to trial before conviction, to representation before taxation. [...] Instead, there are political claims by individuals and by groups »¹⁵¹. Il aborde le même point que Jennings et Loughlin, mais par une approche tout à fait différente, celle du pouvoir. Si le Royaume-Uni ne doit pas se doter d'une Charte écrite qui protège les droits « fondamentaux », ce n'est pas parce que la pratique rend ce document caduc ou parce que

¹⁴⁸ Jennings, *The Law and the constitution*, 40-41.

¹⁴⁹ Loughlin, *The British constitution a very short introduction*, 89.

¹⁵⁰ Loughlin, 87.

¹⁵¹ Griffith, « The Political constitution », 17.

la liberté est déjà si bien assimilée chez les Britanniques. Griffith constate plutôt que de tels documents ne sont qu'une affirmation de pouvoir d'un groupe qui cherche une certaine autorité. Il ne s'en cache pas lorsqu'il dit « that so-called individual or human rights are no more and no less than political claims made by individual on those in authority [...] »¹⁵². Suivant une logique purement marxiste, on pourrait d'ailleurs croire que cette volonté de droits fondamentaux est une tentative de « voilement » du pouvoir et de l'oppression.

En conclusion à son texte, il affirme une dernière fois son réalisme pragmatique et franc en revenant à ses racines plus socialistes et marxistes. Il dit de la politique qu'elle est ce qui arrive concrètement dans la poursuite ou la résolution des conflits. La Loi est donc un moyen, un processus pour résoudre ou faire perdurer le conflit, sans plus. Cette vision réaliste, il la croit impossible dans un contexte de constitution écrite. « Indeed, it must go in the opposite direction. For the best we can do is to enlarge the areas for argument and discussion, to liberate the process of government, [...] to seek to deal with the conflicts which govern our society as they arise. Marx defined life as the action of men in pursuit of their ends. I am afraid we shall have to accept that »¹⁵³. Il réaffirme l'importance du dialogue et de la transparence comme moteur du progrès plutôt qu'une sacralisation de la constitution qui ne fait que masquer les logiques du pouvoir et de son exercice.

¹⁵² Griffith, « The Political constitution », 19.

¹⁵³ Griffith, 21.

Chapitre 3 : L'étonnant renouveau du constitutionnalisme anglais ?

Dans sa critique du constitutionnalisme anglais moderne, Griffith insiste grandement sur la nécessité de maintenir une distinction forte entre le politique et le juridique. Rappelons à ce propos son opposition à une constitution écrite et à toute possibilité de formalisation ou de rédaction d'un *Bill of Rights* au Royaume-Uni, qu'il voit comme une tentative de politiser le droit anglais et, à plus forte raison, la constitution. Dans cet ordre d'idée, il affirme : « To require a supreme court to make certain kinds of political decisions does not make those decisions any less political. I believe firmly that political decisions should be taken by politicians »¹⁵⁴. L'approche très terre à terre et critique de Griffith a d'abord paru soulever les limites du fonctionnalisme et en clore l'arc de manière organique. Au moment où *The Political Constitution* est publié, il semble difficile de renouveler le fonctionnalisme au sens où l'on ne peut pas être plus fonctionnaliste que Griffith, comme nous l'avons précédemment mentionné. Toutefois, si l'on dépasse cette mort annoncée de l'approche, on peut bien vite voir que le fonctionnalisme a eu un grand impact dans le progrès du constitutionnalisme, notamment à travers les critiques auxquelles cette approche a donné lieu.

Ce chapitre aura comme but premier d'observer les grandes tendances qui régissent l'exercice droit public et le constitutionnalisme anglais au tournant du XIXe siècle. Essentiellement, il sera question d'une réactualisation du conservatisme de Dicey que nous avons précédemment abordé, puis une défense d'une nouvelle forme de fonctionnalisme. Nous qualifions ce renouveau d'étonnant, car il émerge sur les mêmes bases que le constitutionnalisme que nous avons étudié sous les deux précédentes traditions et, en fin de compte, en respecte tous les codes. Il sera donc principalement question de la pensée d'Allan et de Loughlin qui ont tous deux écrits au tournant des années 1990, à la fin du règne de Thatcher. Contextuellement, l'avènement du néolibéralisme grandement associé à Margaret Thatcher constitue un moment marquant au point de vue juridique. Nous aurons la chance d'illustrer notre propos tant chez Allan que Loughlin, mais fondamentalement le néolibéralisme coïncide avec une revalorisation des principes plus généraux en opposition

¹⁵⁴ Griffith, « The Political constitution », 16.

aux règles strictes et restreintes généralement associées au fonctionnalisme. Grand juriste néolibéral s'il en est un, Hayek aborde cette idée en parlant des *principes* et des *expédients*¹⁵⁵. Pour lui, la liberté où tous peuvent poursuivre leurs objectifs sous un encadrement minimal de règles fixé par l'État peut uniquement s'accomplir là où l'exercice du pouvoir est contraint par des principes généraux auxquels tous adhèrent. « La liberté individuelle, partout où elle a existé, a été largement le résultat du fait que l'on y respectait communément de tels principes qui, pourtant, n'ont jamais été complètement formulés dans des documents constitutionnels »¹⁵⁶. Il considère qu'il faut se sortir de l'idée fondée par les fonctionnalistes que le droit public est une technologie sociale¹⁵⁷. Portons donc une attention particulière au fait que le contexte dans lequel leurs ouvrages sont réalisés est bien différent de celui de Griffith, mais à certains égards on peut voir assez simplement une réponse directe à la pensée de Griffith dans ce que ces deux auteurs proposent.

3.1. La renaissance de la tradition

Le premier point qui attire notre attention est l'actualisation de la pensée quasi canonique de Dicey à travers les mots des T.R.S. Allan. Dans son livre *Law, Liberty, and Justice*, il mobilise un certain nombre d'auteurs contemporains et redéfinit certains concepts phare de la pensée de Dicey pour atteindre deux objectifs qui sont facilement identifiables. Dans un premier temps, il souhaite rendre Dicey plus moderne puisque le Royaume-Uni a évolué considérablement en un siècle. Au-delà de cette cure de rajeunissement qu'Allan offre à Dicey, l'autre objectif qui ressort de ce livre est une défense du pouvoir judiciaire en opposition à la souveraineté du Parlement. Pour arriver à ces objectifs, il se concentre principalement sur deux concepts fondamentaux du droit public ou constitutionnel dans sa forme la plus large, soit la séparation des pouvoirs et la *rule of law*.

¹⁵⁵ Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty : a new Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy* (London : Routledge and Kegan Paul, 1982), 157.

¹⁵⁶ Hayek, 158.

¹⁵⁷ Hayek, 162.

Abordons donc cette nouvelle conception de la *rule of law* que défend Allan, puisque ce concept est essentiel à sa réactualisation de la pensée dicéyenne. Il entame son livre en se montrant critique envers ses semblables qu'il juge coincés dans une interprétation dogmatique des grands principes introduits par Dicey et Blackstone. L'erreur principale qu'il conçoit est d'accorder une place trop centrale à la souveraineté du Parlement. Il considère que plusieurs commettent l'erreur de substituer à ce concept phare de Dicey une suprématie du législatif sans bornes et une forme de rejet de la séparation des pouvoirs¹⁵⁸. Si pour lui il s'agit d'une erreur que de se référer à Dicey en parlant de primauté du législatif, il propose d'entrée de jeu une alternative. En effet, il considère que son livre tente de défendre une lecture différente de Dicey. Dans ses mots « [...] the doctrine of rule of law, with its emphasis on equality and civil liberties, seems a better starting point than parliamentary sovereignty »¹⁵⁹. C'est en proposant une nouvelle lecture du concept qu'il souhaite moderniser la théorie de Dicey. À cet égard, il reconnaît assurément qu'il est profondément influencé par ce dernier, mais il accorde aussi une grande place à Hayek et Dworkin, à qui nous aurons à notre tour l'opportunité de faire justice.

Avant même d'avancer une nouvelle définition de la *rule of law*, il laisse entendre que ce concept doit être intimement lié à celui de séparation des pouvoirs et que Dicey commet, en quelque sorte, une erreur en négligeant cette proximité au motif que la séparation des pouvoirs tient du droit administratif (qu'il omet de reconnaître). Aux yeux d'Allan, la définition dicéyenne de la *rule of law* n'est pas cohérente sans une conception appropriée de la séparation des pouvoirs. Il soutient que si l'exécutif n'est pas « subordinate to the existing law in some sense in which the legislative is not, Dicey's account of the equality of all before the law, including public officials, could make no sense »¹⁶⁰. Sans prendre une posture trop éditoriale, il nous semble néanmoins que l'idée d'une séparation plus ou moins stricte des pouvoirs est tout de même sous-entendue dans *Law of the constitution*. Certes, ce n'est pas une séparation stricte au sens où le Parlement est

¹⁵⁸ Trevor R.S. Allan, *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism* (Oxford: Clarendon Press, 1993), 1.

¹⁵⁹ Allan, 2.

¹⁶⁰ Allan, 4.

souverain face à la Couronne, mais qu'en pratique la volonté du monarque est exercée par le premier ministre qui est à la fois l'incarnation du législatif et de l'exécutif. De même, il reconnaît nécessairement une séparation entre le Parlement et le pouvoir judiciaire s'il affirme que ce pouvoir crée aussi du droit et qu'il peut souvent médier la décision législative sans contrepoids envisageable par le législatif¹⁶¹. Quoi qu'il en soit, Allan insiste sur l'importance d'une relation de proximité entre ces deux concepts pour arriver à formuler sa définition de la *rule of law*.

Selon lui, « [...] the rule of law serves in Britain as a form of constitution. It is in this fundamental sense that Britain has a common law constitution: the ideas and values of which the rule of law consists are reflected and embedded in the ordinary common law »¹⁶². Évidemment, on doit comprendre de cette affirmation qu'Allan, au même titre que Dicey, voit la *rule of law* comme pierre angulaire du droit constitutionnel anglais, mais aussi comme une forme de particularité du système britannique. La distinction avec le continent tient dans ce fait que la *rule of law* se conçoit comme primauté des lois ordinaires sur toute forme d'arbitraire pour chaque individu du royaume, plutôt qu'un ajout moderne associé à des droits humains et au libéralisme d'après-guerre. Il faut toutefois noter un ajout chez Allan, l'insertion des *statutes*, donc du droit écrit et codifié directement lié au pouvoir, ce que n'aurait assurément pas souhaité Dicey qui restreint le *statute law* uniquement au rôle de correctif. À son avis, cet ajout est inévitable. Le rôle absolument subordonné du droit statutaire au sein de l'ordre constitutionnel dans la pensée de Dicey est désormais complètement anachronique pour Allan¹⁶³. Il renchérit en disant :

We can no longer accept without reservation, his assertion that the rule of law excluded 'the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government'¹⁶⁴. If arbitrariness is excluded, and prerogative controlled, it is only because English law has belatedly developed a body of 'administrative law' [...]. Dicey's rejection of administrative law was misunderstood. What he opposed was the *exemption* of officials from the

¹⁶¹ Albert V. Dicey, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century* (Londres: Macmillan, 1914), 349.

¹⁶² Allan, *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 4.

¹⁶³ Allan, 5.

¹⁶⁴ Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the constitution* (Londres: Macmillan, 1885), 202.

constraints of the ordinary law, which he took to be the chief characteristic of *droit administratif*¹⁶⁵.

La distinction fondamentale qu'opère Allan en ajoutant le droit législatif à la *Common Law* au sein de la *rule of law* n'est toutefois pas synonyme d'une rivalité au sens où Dicey l'entendrait. « While the common law embodies many of the values traditionally associated with the rule of law, statute is necessarily more piecemeal and technical. It may supplement common law principles in specified classes of cases or operate to overturn and defeat them »¹⁶⁶. Il l'entend réellement comme un ajout qui rend la *common law* plus complète et apte à répondre aux exigences modernes. À cela s'ajoute une remise à l'avant-scène du juge au sein de la séparation des pouvoirs.

Dès les premiers mots du livre, il annonce sa volonté de contester la suprématie du positivisme sur le droit constitutionnel moderne. En d'autres mots, il se donne comme objectif de détrôner le fonctionnalisme qui a marqué les soixante années qui l'ont précédé. Pour ce faire, il souhaite contester l'idée qu'une distinction forte et rigide est nécessaire entre le droit et la politique en soutenant qu'il peut ainsi réconcilier la pratique concrète du droit et la théorie juridique. Il s'oppose donc, assez directement à l'idée défendue par Griffith du « droit au juriste et du politique au politicien ». De manière assez directe et transparente, Allan lance une pointe à Griffith, au même titre que Hart se positionnait contre Dworkin. C'est bien la preuve que la sacralisation du droit et de la constitution est un point de litige central chez les jurisconsultes. Nous l'avons déjà laissé entendre, mais cette affirmation d'Allan prend tout son sens un peu plus loin dans sa réflexion alors qu'il défend l'idée du juge comme dernière ligne de décision. Il conteste la distinction, non pas pour y proposer une meilleure écoute ou un travail plus collaboratif entre les deux incarnations du pouvoir, mais réellement pour permettre au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans le politique sans qu'une possibilité réciproque existe. Pour bien comprendre comment il arrive à cette affirmation, il est nécessaire de préciser plus concrètement certains éléments conceptuels des politiques du droit.

¹⁶⁵ Allan, *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 5.

¹⁶⁶ Allan, 11.

Allan, comme Dicey, défend une conception fondamentalement déductive de la décision judiciaire. Suivant la pensée de Dicey, cette conception repose sur la raison artificielle du juge qui est lié par le droit, voire possédé par celui-ci et qui est essentiellement un opérateur ou un « oracle » du droit¹⁶⁷. Dans cette conception, il ne peut pas y avoir d'intérêt particulier ou privé chez le juge qui raisonne uniquement à partir de l'ensemble des précédents qui lui permettent de trancher sur un cas concret qui lui est soumis. Dans le cas qui nous intéresse, c'est essentiellement une défense de la législation judiciaire en opposition à la législation parlementaire. Le droit produit par les juges est soumis à cette raison artificielle et est, pour Dicey, nécessairement plus cohérent que celui du Parlement qui est soumis constamment à divers lobbies et intérêts¹⁶⁸. Dicey allait même plus loin en affirmant que toute forme de législation parlementaire vient à subir une médiation judiciaire puisque la loi passe par le filtre des tribunaux à travers les litiges qu'elle suscite¹⁶⁹. Allan défend cette idée, mais l'aborde de manière un peu différente en se référant à un de ses contemporains, Friedrich Hayek. Dans sa réflexion, Allan accorde une place considérable à Hayek et surtout à son ouvrage *Law, Legislation, and Liberty*¹⁷⁰. Le lecteur alerte remarquera que l'œuvre d'Allan porte un titre bien similaire à celle d'Hayek, mais l'emprunt principal qu'Allan fait est celui des concepts de *Nomos* et *Thesis* propres à Hayek. Brièvement, Hayek conçoit le *nomos* comme étant le produit de la législation judiciaire et il le perçoit comme supérieur à la *thesis* qu'il associe à la législation parlementaire. Se basant sur des litiges précis, la législation judiciaire effectue un travail historique et collectif ancré dans les précédents qui répond à un certain nombre d'attentes légitimes propres à un cas concret. Il n'y a pas de but précis prédéterminé dans la législation judiciaire. En opposition, la législation parlementaire ne se réfère pas à la constellation des précédents et est nécessairement limitée par des contraintes pratiques, telles que les connaissances limitées des parlementaires et les limites fixées par la délibération et la

¹⁶⁷ William Blackstone et al., *Commentaries on the laws of England*, The Oxford edition of Blackstone / First edition (Oxford ; : Oxford University Press, 2016).

¹⁶⁸ Dicey, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*, 264.

¹⁶⁹ Dicey, 349.

¹⁷⁰ Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty: a new Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy* (London: Routledge and Kegan Paul, 1982).

négociation. Cette législation répond à des buts précis dictés par l'actualité¹⁷¹. Allan sollicite ces concepts en les associant de manière assez classique aux concepts de *policy (thesis)* et de *law (nomos)*¹⁷². L'association est assez simple, en ce que le concept de *law* sous-entend l'ensemble des précédents, mais prétend aussi répondre à tout ce qui peut naître comme litige à travers l'interprétation sous-jacente à la *common law*, au même titre que le *nomos* qui encadre le cas concret sans intérêt prédéterminé en ayant recours au précédent. En opposition, la *policy* est nécessairement liée à la *thesis* étant donné son caractère restreint et immédiat.

Dans le même ordre d'idée, Allan sollicite aussi Ronald Dworkin qui développe une dichotomie similaire à celle de Hayek tout en affirmant une distinction entre *policy* et *principle*. Essentiellement, Dworkin considère que les questions de « principle are those which concern the scope and content of individual rights, as opposed to the general welfare or the public interest »¹⁷³. Lorsqu'il est question de *policy*, il ne s'agit plus d'intérêt privé, mais plutôt de politiques publiques globales qui devraient être le champ d'action de la branche « politique » du pouvoir, à savoir l'exécutif gouvernemental ou le législatif¹⁷⁴. La réelle opposition, au même titre que chez Hayek, se fait entre *policy* et *right* alors que, selon Dworkin, les « questions of right, by contrast, are peculiarly the province of the courts. As counter-majoritarian entitlements, or 'trumps' over general utility or the public interest, the relative insulation of the judges from the ordinary political process ought to be especially conducive to their protection and enforcement »¹⁷⁵. À travers son rapport à ces deux auteurs, Allan laisse surtout transparaître une volonté d'asseoir la primauté du droit sur la politique.

Cette parenthèse conceptuelle introduit l'argument d'Allan voulant que « [...] the distinction between law and policy [...] explains the legitimacy of the judicial review »¹⁷⁶.

¹⁷¹ Hayek, *Law, Legislation, and Liberty : a new Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, 124-27.

¹⁷² Allan, *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 6.

¹⁷³ Allan, 7.

¹⁷⁴ Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (London: Duckworth, 1978) ch.1.

¹⁷⁵ Allan, *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 7.

¹⁷⁶ Allan, 7.

A priori, la distinction peut paraître insuffisante pour justifier réellement la position qu'avance Allan et il étaye l'argument alors qu'il défend sa position en disant :

Many readers will instinctively recoil from a doctrine which place so much trust in the judges [...]. It seems necessary, however, to match executive discretion with judicial discretion. The discretions are complementary, rather than opposed [...] Modern government cannot be entirely conducted within the constraint of purpose-independent general rules. And the scope and style of judicial review – if it is to constitute a genuine protection from abuse of executive power – must reflect the discretionary nature of contemporary government.¹⁷⁷

Il faut donc comprendre de cet extrait que les règles issues de la *common law* et de la législation parlementaire ne sont pas suffisantes en elles-mêmes pour encadrer adéquatement l'exercice du pouvoir. Il est alors nécessaire d'accorder un pouvoir de contrôle en dernière instance aux juges qui a nécessairement une part de pouvoir discrétionnaire, voire de subjectivité. Il fait prévaloir le juge, mais il insiste surtout sur une forme de réciprocité ou un équilibre entre les pouvoirs plutôt qu'une séparation stricte et c'est dans ce cadre que la nécessité du *judicial review* peut mieux être comprise. Il constate que le Parlement moderne joue son rôle législatif de manière travestie. « Members of Parliament have become advocates of their constituents' interests, and dependent on voters' satisfaction with governmental measures, rather than representatives whose task is to constrain the executive by framing general rules or principles of justice »¹⁷⁸. Parallèlement, Allan affirme que la *rule of law* peut uniquement survivre si une séparation des pouvoirs est maintenue, et comme il considère que ce n'est plus nécessairement le cas, il est surpris de voir que les constitutionnalistes modernes (i.e. les fonctionnalistes) accordent si peu d'importance à cette séparation des pouvoirs¹⁷⁹. Dans ce contexte, il formule sa conception basée sur l'équilibre. À son sens, le fait qu'un même être incarne à la fois le pouvoir exécutif et législatif n'est pas problématique, pour autant que le rôle soit différencié et respecté. La séparation demeure néanmoins artificielle ou limitée, car la neutralité parfaite est malheureusement inatteignable pour Allan. Si la séparation des rôles

¹⁷⁷ Allan, *Law, Liberty, and Justice : The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 8.

¹⁷⁸ Allan, 49.

¹⁷⁹ Allan, 50.

est si importante, « the court must rightly insist that the law-making and administrative functions must be sharply differentiated ».¹⁸⁰ Le pouvoir judiciaire, à travers le *judicial review*, a pour rôle de veiller à ce que cette séparation artificielle soit respectée et peut d'agir si ce n'est pas le cas. « The courts perform their mediating function between government and governed largely by ensuring that the executive observes the limits of its statutory powers, as those limits are finally determined, in case of doubts, by the judges »¹⁸¹. Ce *judicial review* est donc abordé d'une manière peu choquante, mais le sous-texte reste le même, le judiciaire aura toujours le dernier mot. Dans cet ordre d'idée, l'aspect le plus central de la séparation des pouvoirs est donc la distance entre le législatif et le judiciaire¹⁸². « If there were ultimately no limits to legislative supremacy [...] it would be difficult to speak of the British polity as a constitutional state grounded in law. Although the form of the separation of powers may vary between constitutions, the independence of the superior court from government and legislature seems fundamental to the rule of law »¹⁸³¹⁸⁴. Encore une fois, affirmer cette distinction est une façon de réitérer le pouvoir des juges et ancrer l'idée qu'il s'agit du seul moyen viable de maintenir la constitution et l'ordre dans le royaume.

Suivant la redéfinition du concept de *rule of law* et la défense du *judicial review* comme axe important de la séparation des pouvoirs, il reste à situer plus concrètement le rôle de la *rule of law* au Royaume-Uni. Pour ce faire, Allan fait encore une fois appel à Dworkin et Hayek à de multiples reprises. Au même titre qu'il jugeait une redéfinition nécessaire, Allan veut restituer le rôle central de la *rule of law* sous une nouvelle approche. Il reconnaît le legs de Dicey, mais considère que trop peu de théoriciens s'intéressent d'une manière moderne au concept, principalement puisqu'il paraît banal et futile de revenir une fois de plus sur un concept qui est peu contesté au Royaume-Uni. Évidemment, Allan s'oppose à ce constat de futilité, mais considère néanmoins rester fidèle à la pensée de

¹⁸⁰ Allan, *Law, Liberty, and Justice : The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 50.

¹⁸¹ Allan, 50.

¹⁸² *Ibid.*, 52-3.

¹⁸³ *Ibid.*, 68-9.

¹⁸⁴ Cet extrait confirme le pouvoir particulier que peut avoir le judiciaire en dernière instance, mais le contexte de la séparation des pouvoir que mentionne Allan fait bien plus référence au fédéralisme américain qu'à l'univers constitutionnel anglais

Dicey¹⁸⁵. De manière assez consensuelle, il réaffirme que la *rule of law* est nécessairement liée à la notion fondamentale d'égalité des voix pour tout citoyen dans la représentation législative. Sans grande surprise, « a government which could make laws at its own pleasure, and determine the extent of its own infractions of the laws, would not be a government under the rule of law »¹⁸⁶. Reprenant les mots de Joseph Raz¹⁸⁷, il rappelle que *law* doit être entendu comme « general, open, and relatively stable law »¹⁸⁸. Il ajoute que le concept est essentiellement procédural, « governing the manner in which government may pursue its end. It does not place substantive limits on the content of law »¹⁸⁹. Cette mise en contexte ne réinvente pas le concept, mais l'usage qu'il en fait par la suite est réellement intéressant. S'appuyant sur Hayek et les qualités qu'il reconnaît à l'abstraction au sein du droit, Allan rappelle que les lois abstraites ne sont pas le produit de la délibération législative et ne servent pas directement les buts du gouvernement¹⁹⁰. Suivant cette logique, il élargit le rôle de la *rule of law*, soutenant qu'avec l'octroi de pouvoirs discrétionnaires aux décideurs politiques « the correct application of the rule of law involves more than the efficient operation of legal rules. It requires an exercise of discretion which is sensitive to the particular circumstances of those directly affected »¹⁹¹. Pour préciser cette affirmation, il distingue la simple légalité du concept de *rule of law*, considérant que la légalité est insuffisante puisqu'elle n'a pas la réflexivité qu'Allan accorde à la *rule of law*¹⁹². Le rôle du concept n'est alors pas uniquement de valider de manière opératoire l'efficacité d'une décision judiciaire sur un critère de légalité, mais bien plus d'assurer une forme d'égalité en mobilisant l'aspect discrétionnaire¹⁹³. « In the sphere of common law, therefore, the rule of law entails a search for equality in the sense of the consistent application of underlying principles »¹⁹⁴. Dans ce même ordre d'idée, il ajoute que l'application de principes juridiques requise par la légalité nécessite aussi un processus

¹⁸⁵ Allan, *Law, Liberty, and Justice : the Legal Foundations of British Constitutionalism*, 20.

¹⁸⁶ Allan, 22.

¹⁸⁷ Joseph Raz, *The Authority of Law : Essays on Law and Morality* (Oxford : Clarendon Press, 1979), 195-96.

¹⁸⁸ Allan, *Law, Liberty, and Justice : the Legal Foundations of British Constitutionalism*, 23.

¹⁸⁹ Allan, 23.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 25.

¹⁹¹ *Ibid.*, 29.

¹⁹² *Ibid.*, 30.

¹⁹³ *Ibid.*, 39.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 43.

de raisonnement moral où les inégalités dans le traitement ou l'action doivent être justifiées¹⁹⁵.

La *rule of law* a pour rôle d'assurer l'égalité et une forme d'imputabilité dans la prise de décision. Allan développe plus en profondeur sur ce rôle en faisant appel à Dworkin de nouveau. S'en inspirant, il lie la *rule of law* à une forme d'intégrité et de *fairness* qui dépassent la légalité. Ce concept d'intégrité chez Dworkin « assumes a personification of the state, which is to be treated as a moral agent [...] »¹⁹⁶. Pour ce qui est du concept de *fairness*, il signifie que les structures politiques doivent distribuer le pouvoir de manière adéquate¹⁹⁷. « Our legislative institutions should be framed so as to ensure the equal distribution of power »¹⁹⁸. Allan reconnaît donc par ce rapprochement avec Dworkin une forme de cohérence structurelle du droit et une moralité de celui-ci. La *rule of law* doit donc jouer un rôle actif et engagé, en quelque sorte, pour respecter cette moralité. Il l'affirme clairement en soutenant qu'un juge appliquant la *rule of law* comme il la conçoit « will generally reject an interpretation of justice which is inconsistent with previous judicial decisions because it would undermine equality; although he will readily accept a novel explanation of those decisions if it better accords with what he conceives to be the litigants' moral rights »¹⁹⁹. Dans ce contexte, la *rule of law* joue un rôle de chien de garde de la constitution qui ne se limite pas à un *judicial review* dans l'équilibre des pouvoirs, mais qui signifie réellement un immense pouvoir chez le juge qui peut à tout moment juger de la moralité des décisions et les modifier ou les nier.

Cette étude du renouveau de la tradition est certainement une révision assez complète de la pensée de Dicey, mais il n'en reste pas moins qu'Allan ne réinvente pas la roue par ses réflexions. Il demeure essentiellement fidèle à la tradition tout en reconnaissant l'apport de penseurs comme Hayek et surtout Dworkin. Nous aurons l'opportunité de revenir sur Allan en abordant Loughlin dans les prochaines pages, mais le plus grand

¹⁹⁵ Allan, *Law, Liberty, and Justice : the Legal Foundations of British Constitutionalism*, 43.

¹⁹⁶ Allan, 44.

¹⁹⁷ Ronald Dworkin, *Law's Empire* : (Cambridge, MA : Belknap Press, 1988), 104.

¹⁹⁸ Allan, *Law, Liberty, and Justice : the Legal Foundations of British Constitutionalism*, 45.

¹⁹⁹ Allan, 45.

progrès qui semble être attribué à Allan dans la littérature contemporaine est directement lié à son usage de Hayek et Dworkin. Il aura réussi à sortir du canon purement juridique et conservateur de Dicey pour tenter d'inscrire Dicey et sa propre pensée dans le canon d'un libéralisme plus philosophique.

3.2. Un détour heuristique dans le champ de la théorie politique

Les auteurs que nous avons jusqu'ici sollicités pour définir les différents régimes discursifs entourant le constitutionnalisme anglais partagent comme point commun une défense campée et directe d'une certaine tradition de pensée liée à la constitution. Dans *Public Law and Political Theory*²⁰⁰, Martin Loughlin emprunte un chemin plus sinueux avant de prendre position. Certes, il avance certaines critiques franches rappelant les discours que nous avons précédemment définis, mais il semble erroné de le situer d'ores et déjà dans cette opposition fonctionnalistes/traditionalistes. S'il en est ainsi, c'est surtout parce que Loughlin tente de ne pas s'inscrire dans cette opposition en préférant suggérer un cadre de pensée différent ; une nouvelle approche du constitutionnalisme qui lui semble plus pertinente du point de vue heuristique. Il propose donc une étude historique du constitutionnalisme empruntant les codes de la théorie politique et de l'histoire des idées.

Dans le tout premier chapitre de son livre, Loughlin aborde le lien entre le droit public et la quête scientifique qui l'a longtemps entouré. Formulant un discours qui s'apparente à l'approche développée notamment par Savigny²⁰¹ au XIX^e siècle, il s'intéresse à la science du droit comme lieu d'étude où l'objet est de formuler des critères d'évaluations du système juridique et des institutions de l'État qui puissent par la suite avoir une application concrète pour le pouvoir législatif. Il définit le droit public dans cette vision comme étant « simply a sophisticated form of political discourse ; that controversies within the subject are simply extended political disputes »²⁰². Cette politisation du discours juridique ne signifie pas une dévalorisation de la loi au profit du politique, mais plutôt un

²⁰⁰ Martin Loughlin, *Public Law and Political Theory* (Cambridge : Cambridge University Press, 1992).

²⁰¹ Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, (Paris : Presses universitaires de France, 2006).

²⁰² Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 4.

ancrage moins ésotérique ou hermétique de celle-ci. Essentiellement, il propose d'étudier les enjeux et oppositions du droit et des systèmes juridiques comme les politologues étudieraient les querelles d'idéologies et de régimes politiques, en faisant ressortir les critères caractéristiques et en fondant un cadre analytique.

Cette approche semble nouvelle, voire inusitée dans le cadre où Loughlin veut l'appliquer, soit le constitutionnalisme anglais, et c'est l'occasion pour lui de formuler une critique claire de l'histoire whig du Royaume-Uni. Citant John Millar²⁰³, il affirme que le développement du constitutionnalisme dans le royaume est une question de progrès matériel de la société. Il rejette l'idée whig de Blackstone d'une constitution immémoriale qui protège les libertés et les droits naturels de citoyens. Si Millar admet que l'absolutisme n'a pas eu de grande prégnance et que l'autorité a généralement été entre les mains d'une noblesse terrienne, il rappelle aussi que la vaste majorité de la population anglaise était composée de censitaires et de serfs²⁰⁴. Dans ce contexte, cette majorité de *low-ranks* a obtenu sa liberté non pas grâce à l'idée romancée « of the ancient constitution and not by pieces of paper. They achieved it by industry and material progress »²⁰⁵. Ainsi, l'étude du constitutionnalisme et du droit public à travers le regard des discours politiques et du progrès historique n'est pas sans précédent où inusité, mais « all too often [it] begins with the examination of texts from the latter half of the nineteenth century. This has a major drawback. [...] By then a much more limited conception of the boundaries of the subject had been erected, and this more restrictive sense of the subject has remained with us until the present day »²⁰⁶. L'idée de l'ancienne constitution soutenue tantôt par Dicey, tantôt par Bagehot²⁰⁷ et Blackstone²⁰⁸ a donc des effets négatifs aux yeux de Loughlin.

²⁰³ John Millar, *An historical view of the English government: from the settlement of the Saxons in Britain to the revolution in 1688*, vol.1 (London : Printed for J. Mawman, 1803) p. iii-iv.

²⁰⁴ Millar, 374-66.

²⁰⁵ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 7.

²⁰⁶ Loughlin, 10.

²⁰⁷ Walter Bagehot, *The English constitution* (Oxford : Oxford University Press, 1867).

²⁰⁸ William Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, The Oxford edition of Blackstone (Oxford: Oxford University Press, 2016).

En réponse à sa critique de l'histoire whig, Loughlin justifie sa démarche selon un certain nombre de critères. Empruntant l'argumentaire d'Isaiah Berlin²⁰⁹, deux points ressortent quant à la relation entre la théorie politique et l'étude du droit public. D'une part, il voit un avantage temporel, « while political theory may be suppressed by intellectual fashion, the subject itself will not disappear »²¹⁰, le progrès que la théorie peut permettre sur la définition du sujet ne disparaît pas avec le changement des théories. Ensuite, il lance une pointe plus directe à la vision positiviste du droit ou de la science politique en disant que le triomphe du positivisme ne serait pas « a victory for objectivity and neutrality, but for a particular ideological belief »²¹¹. Dans ce second extrait, on peut lire une critique des deux conceptions du constitutionnalisme qui, pour Loughlin, sont incapables de définir clairement l'objet indépendamment de leur posture idéologique. Loughlin le soulève lui-même en disant « if the institutionalization of a positivist outlook in political science is essentially an ideological triumph, it should be also looked upon as being such in relation to public law »²¹². L'avantage d'un rapprochement interdisciplinaire dans ce contexte est de contester le dogmatisme de la théorie du droit public et d'encourager « a healthy and sceptical spirit of inquiry »²¹³. Suivant cette logique, il devient possible pour Loughlin d'identifier les structures conceptuelles à travers lesquelles il faut étudier le constitutionnalisme tout en faisant preuve d'un regard critique sur ces structures et certains aspects tenus pour acquis²¹⁴. Son approche du droit public et du constitutionnalisme doit donc être empirique et historique, mais aussi interprétative et critique.

La meilleure représentation du constitutionnalisme selon Loughlin est de l'aborder à travers une métaphore des cartes. Alisdair MacIntyre propose cette idée que les théories, « like maps, are essentially guides even though they be less than complete or are inaccurate in certain respects »²¹⁵. Loughlin considère donc qu'il est nécessaire d'avoir recours à de

²⁰⁹ Isaiah Berlin. « Does Political Theory Still Exist? », dans *Concepts and Categories*, dir. Henry Hardy, (Princeton University Press, 1996), 187-225.

²¹⁰ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 30.

²¹¹ Loughlin, 30.

²¹² *Ibid.*, 33.

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ *Ibid.*, 36.

²¹⁵ Alisdair MacIntyre. « The Indispensability of Political Theory », dans *The Nature of Political Theory*, dir. David Miller et Larry Siedentop, (Oxford : Clarendon Press, 1983), 17-33.

telles cartes pour bien se diriger dans le paysage juridique²¹⁶. Réitérant qu'il considère que le paysage constitutionnel est mal défini à ce jour, il se donne un objectif qu'il qualifie de thérapeutique en disant qu'il s'agit d'un projet « of trying to find ‘ new, better, more interesting, more fruitful ways of speaking about public law’ »²¹⁷.

En suivant une approche interprétative et critique, Loughlin doit s'éloigner des approches dominantes. D'un côté, il considère que le constitutionnalisme issu du formalisme et de son approche analytique plus positiviste « obscure more than it reveals »²¹⁸. De l'autre, il doit se distancer d'une conception de la constitution comme intouchable, immatérielle et intemporelle s'il veut appliquer un raisonnement interprétatif. Chronologiquement, il situe donc l'idée de l'*Ancient Constitution*, puis l'approche *textbook* de Dicey et enfin le formalisme en considérant qu'aucun de ces moments n'a abordé le constitutionnalisme de manière suffisamment rigoureuse²¹⁹. Il conclut cette réflexion sur la méthode et l'approche qu'il prône du constitutionnalisme en affirmant que son approche interprétative « rejects any approach which incorporates an implicit predisposition in favour of a particular type of interpretation which is compatible with a professionally prescribed view of the subject »²²⁰. C'est une pointe évidente à Dicey qui guide grandement les esprits sur la conception à avoir de la constitution et ne tolère pas réellement de réflexion plurielle ou critique sur celle-ci. Il ajoute que l'implication principale de son approche théorique et interprétative du droit public est que l'interprétation est toujours ancrée dans une conception subjective ; qu'une grande quantité de théories peuvent être construites ; qu'aucune théorie ne peut revendiquer un statut particulier ; et que toute conception doit être soumise à un même examen minutieux²²¹. Certes, Loughlin fait preuve d'une grande rigueur dans son approche, mais il semble un peu contradictoire d'affirmer que tout savoir est situé et médié et, au même moment, défendre la volonté de former un discours du constitutionnalisme qui ne soit pas influencé par le dogme des prédécesseurs et qui soit critique envers lui-même. S'il peut reconnaître qu'il a des biais pour tenter

²¹⁶ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 37.

²¹⁷ Loughlin, 39.

²¹⁸ *Ibid.*, 41.

²¹⁹ *Ibid.*, 47-49.

²²⁰ *Ibid.*, 57.

²²¹ *Idem.*

d'étudier le constitutionnalisme, il peut difficilement prétendre réussir à s'extirper de toute influence à travers son approche des cartes²²².

Ayant développé son approche méthodologique et un certain nombre de critiques envers les approches traditionnelles du droit constitutionnel, il en vient à mettre en application sa méthode pour faire ressortir certains éléments caractéristiques des deux traditions de pensée différentes et prendre une position argumentée. Sans grande surprise pour le lecteur, il affirme que les deux approches qui dominent le champ du droit constitutionnel anglais sont le fonctionnalisme et le normativisme. Nous avons déjà défini le fonctionnalisme dans des termes similaires à ceux qu'emploie Loughlin, mais essentiellement, c'est dire que le droit est une partie intégrante de l'appareil gouvernemental et qu'il s'oriente vers des buts concrets et applicables pour accroître l'efficacité et l'applicabilité de celui-ci²²³. En opposition, le normativisme conçoit le droit comme un objet autonome et idéalise la séparation des pouvoirs et la nécessité de subordonner le gouvernement au droit²²⁴. Bien que nous n'ayons pas utilisé ce terme précédemment, nous reconnaissons ici facilement l'argumentaire de Dicey comme d'Allan. Ces deux approches étant identifiées, c'est la critique concrète qu'il en fait qui est réellement pertinente.

Dans un premier temps, Loughlin s'intéresse au normativisme et surtout à ce qu'il nomme le normativisme conservateur. C'est ce qu'il identifie comme étant la tradition fortement dominante, alors qu'elle a fourni « both the authoritative framework for determining the boundaries of the subject and supplied the basic language through which we reflect on issues raised within the subject »²²⁵. Il fait ici référence directement au spectre de Dicey qui perpétue la tradition à travers les manuels de droit et l'enseignement

²²² Cette absence de réflexivité que nous observons chez Loughlin est d'ailleurs une limite à son approche. Il ne reconnaît pas lui-même le paradoxe que nous soulevons ou du moins ne propose pas de réponse à une telle critique. Suivant la perspective de Mannheim, contrairement à ce qu'il laisse d'abord entendre, il ne semble finalement pas observer ou reconnaître que tout savoir est médié et inscrit dans une idéologie. Textuellement, il semble réellement croire qu'il peut mener cette approche des cartes sans être influencé par ceux qui le précède. Évidemment, nous ne sommes pas d'avis qu'une telle prétention est réaliste ou possible.

²²³ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 60.

²²⁴ Loughlin, 60.

²²⁵ Loughlin, 139.

universitaire incitant à reproduire sans trop questionner ce que le professeur affirme. La critique que formule Loughlin dans ce contexte est de dire qu'en voulant célébrer le progrès organique et l'adaptabilité de la constitution, Dicey en a cristallisé une conception qui peut difficilement se moderniser depuis plus d'un siècle. Malgré tout, Loughlin célèbre le fait que Dicey ait réussi à rapprocher les langages du constitutionnalisme moderne et ancien en formalisant la constitution et son étude²²⁶. Loughlin laisse entendre que cette forme de peur du progrès qui semble liée au normativisme conservateur découle surtout de la montée en force des grands partis politiques comme machines électorales. À ce propos, il dit : « In later life, Dicey felt that developments in society and politics were threatening the idea of the British constitution which he had sought to formulate in 1885²²⁷. The harmony of the guiding principles of the constitution had been threatened by the rise of party government and by the acquisition of powers by government »²²⁸. On comprend donc qu'il y ait une possible survalorisation de la raison artificielle²²⁹ et que ce refus du progrès soit lié au simple fait que le conservatisme normatif ne cadre plus aussi bien avec la réalité de la société britannique. Dans ce contexte, la porte semble ouverte à une montée du fonctionnalisme comme réponse efficace à cette nouvelle réalité. Toutefois, Loughlin vient jouer les trouble-fête pour ceux qui souhaiteraient encenser une telle alternative. Selon lui, « the functionalist style in public law [...] has maintained its life only as a dissenting tradition. Its methods and values have rarely been able to challenge the dominance of conservative normativism »²³⁰.

²²⁶ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 153.

²²⁷ Le lien que Loughlin trace entre la montée des grands partis politiques et *Law of the constitution* (publié en 1885) peut paraître anachronique et la citation que nous mobilisons peut, à tort, renforcer cette impression d'anachronisme. Toutefois, dans le corps du texte, Loughlin fait référence à la huitième édition de *Law of the constitution* parue en 1914. Donc, contextuellement, la « peur » qu'il reconnaît chez Dicey n'est pas anachronique. Loughlin dépasse en quelque sorte le texte original pour soutenir son argument, bien qu'il se réfère toujours au texte de 1885 en citation.

²²⁸ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 156.

²²⁹ Nous faisons ici référence au mode de réflexion du magistrat anglais. La raison artificielle se distingue d'une raison organique et naturelle puisqu'elle est ancrée dans la procédure accusatoire qui lie le juge. Ainsi, les magistrats ne peuvent avoir accès qu'aux éléments qui lui sont présentés dans le litige et ne peuvent pas de leur propre gré tenter d'aller au fond des choses ou d'investiguer. C'est aussi dans la raison artificielle que repose le mythe du juge possédé par le droit qui est absolument détaché de sa raison et agit sans subir quelque biais que ce soit. C'est en quelque sorte la neutralité axiologique parfaite.

²³⁰ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 181.

Au moment d'écrire son livre en 1992, Loughlin voit émerger une nouvelle approche qui tient ses bases du normativisme, mais qui penche du côté du libéralisme. Cette approche prospère grâce au désir de réformes constitutionnelles²³¹. Loughlin le démontre bien en citant Anthony Lester qui argumente que « the peculiar genius of the British constitution is supposed to consist in its flexibility and capacity for evolutionary change. [...] The most striking characteristic [...] has been its failure to adapt to the change needed by the nation »²³². Cette variante libérale du normativisme est portée par des auteurs comme Lester, Dworkin et Allan. Comme nous l'avons déjà abordé en début de chapitre, cette approche accorde une grande place au *judicial review* et à une forme de réinterprétation de la tradition « in a rationalistic light [...] to explicate a corpus of rights inherent in the common law. In effect, they are seeking to reinvent our traditions, by supplanting the ancient conception of the rule of law with a modern one »²³³. Nous n'irons pas plus en profondeur sur la définition que fait Loughlin de cette approche contemporaine qu'est le libéralisme normatif, car nous avons déjà abordé les points marquants de cette dernière en début de chapitre. Tel que souligné par cette dernière citation, il identifie les mêmes points centraux que ce que nous avons étudié. Toutefois, Loughlin adopte une posture analytique plus détachée que celle d'Allan qui lui permet de réfléchir au possible triomphe du libéralisme normatif dans le langage du constitutionnalisme anglais.

Cette question du triomphe du libéralisme normatif émerge d'un constat historique chez Loughlin. Il voit apparaître un schisme entre le politique et le judiciaire. Les juristes et constitutionnalistes sont excessivement sceptiques envers cette idée de remanier l'ordre constitutionnel en plaçant les droits individuels « inaliénables » comme pierre d'assise, et ce, tant chez les conservateurs que chez les fonctionnalistes. Cependant, le politique est très tenté par cette idée. Essentiellement, Loughlin reconnaît qu'au courant des années 1970 et surtout vers la fin de la décennie, les conservateurs se tournent de plus en plus vers le discours des droits et la question du *Bill of Rights*. Précisons qu'il est ici question des conservateurs au sens politique, donc des *Tories*. Partant du constat que le

²³¹ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 207.

²³² Anthony Lester. « The Constitution : Decline and Renewal », dans *The Changing constitution*, dir. Jeffrey Jowell et Dawn Oliver (Oxford : Oxford University Press, 1989), 368.

²³³ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 210.

Labour a été au pouvoir quinze ans entre 1960 et 1980, Loughlin affirme que les *Tories* n'ont pas eu d'autre choix que de s'intéresser à ce langage des droits qui a gagné une forte popularité à cette époque²³⁴. Par la suite, au lendemain de l'élection de Thatcher et le triomphe du néolibéralisme, le *Labour* suit un mouvement similaire en insistant de plus en plus sur ce langage.

Alors que le politique revalorise les « droits » subjectifs, les constitutionnalistes doivent proposer une réponse et les adhérents au conservatisme normatif tentent d'articuler une défense de la tradition qui s'oppose à cette forme d'appropriation du pouvoir qui s'effectue par le législatif puis l'exécutif sous Thatcher. Loughlin prend pour exemple la position Lord Hailsham et la réponse du professeur H.W.R Wade. En sa qualité de *Lord Chancellor*, donc essentiellement de ministre de la Justice, Lord Hailsham se désole dans un discours prononcé en octobre 1976, que « the sovereignty of Parliament has increasingly become, in practice the sovereignty of the Commons, and the sovereignty of the Commons has increasingly become the sovereignty of the government which [...] controls the party whips, the party machine and the civil service »²³⁵. Lord Hailsham propose donc la mise en place d'une modernisation de la constitution pour rééquilibrer les pouvoirs et les contrepoids notamment en intégrant un Bill of Rights à la constitution. La réponse de Wade est a priori assez critique en regard à ce type d'argument, soutenant que cela s'éloignerait grandement du principe de Dicey voulant que les droits fondamentaux découlent des décisions des tribunaux ordinaires dans des cas ordinaires et non de documents constitutionnels²³⁶. Donc, initialement, Wade s'oppose à la réforme constitutionnelle. Pourtant, au tournant des années 1980 il change son fusil d'épaule et soutient la prise de position de Lord Hailsham²³⁷. Loughlin compare l'évolution de la pensée de Wade à celle de Dicey entre 1885 et 1914. Tous deux réalisent, au crépuscule de leur carrière académique que le libéralisme normatif sait beaucoup mieux répondre à la réalité britannique que leur approche initialement conservatrice²³⁸. Nous mentionnons

²³⁴ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 212-13.

²³⁵ Lord Hailsham. *Elective Dictatorship (The Richard Dimbleby Lecture, 1976)* (Londres, 1976), 496.

²³⁶ H.W.R Wade. « Law, Opinion and Administration », *Law Quarterly Review* 78, n° 2 (avril 1962) : 204.

²³⁷ H.W.R Wade, *Constitutional fundamentals* (London : Stevens, 1980).

²³⁸ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 213.

uniquement le conservatisme normatif puisque le changement y est plus observable, étant donné que la position fonctionnaliste est fortement opposée à ce langage des droits. Rappelons-nous Griffith et son article *The Political constitution*²³⁹ qui prend position fortement contre Hailsham. Cependant, il faut aussi se rappeler que Loughlin situe le fonctionnalisme comme une éternelle opposition aux normativistes plutôt qu'une approche indépendante. La montée du discours libéral normatif reste néanmoins bien réelle, malgré l'opposition fonctionnaliste.

Malgré cette importante montée en popularité du libéralisme normatif, Loughlin ne croit pas pour autant à un triomphe de cette approche. Certes, il s'agit d'une forme de constitutionnalisme bien plus moderne que le conservatisme, mais Loughlin considère néanmoins qu'elle n'arrive pas nécessairement à atteindre ses buts. À cet égard, il affirme que « the challenge of liberal normativism is far from being decisive. At the level of legal practice, the liberal normativism objective remains far from being realized. At level of political thought their programme for constitutional reform has achieved a degree of intellectual consensus only by fudging the issues »²⁴⁰. Il ajoute aussi que le constitutionnalisme devient plus fluide désormais et que les approches dominantes ne peuvent plus être aussi campées dans des idéologies politiques comme le libéralisme ou le conservatisme. Il souhaite donc partir de ce constat pour donner plus de crédit au fonctionnalisme tout en prenant ses distances avec son affinité avec le positivisme juridique²⁴¹. Il laisse entendre que le fonctionnalisme peut prendre une forme plus sociologique et être en mesure de répondre adéquatement aux défis modernes. Une chose est certaine, Loughlin constate que « because of the doubts about the ability of liberal normativism to produce an adequate language to express and respond to contemporary challenges [...] many recent trends amount to taking one step forward and two steps backwards »²⁴². Il voit donc naître un nouveau piège ou un nouveau carcan associé au normativisme.

²³⁹ Griffith, « The Political constitution », 8-10.

²⁴⁰ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 228.

²⁴¹ Loughlin, 229.

²⁴² *Idem*.

L'étude de la pensée de Loughlin que nous effectuons ici peut sembler plutôt pessimiste alors qu'aucun discours du constitutionnalisme n'arrive à proposer une vision qui fasse l'unanimité. Cela étant dit, atteindre le consensus est assurément impossible et Loughlin nous garde de tomber dans le pessimisme en insistant sur une vision réaliste du sujet. Il réaffirme que les deux styles principaux ont « virtually no agreement over the contours and boundaries of the subject »²⁴³, ainsi dans la métaphore des cartes il est difficile de naviguer de manière précise s'il existe si peu de langage partagé. Il va plus loin dans ce rejet du pessimisme au profit du perspectivisme en affirmant qu'il n'y a pas de « neutral language of public law. We can understand what the writer is saying only if we understand the political tradition within which the writer works »²⁴⁴. Ainsi il semble inévitable de toujours devoir réfléchir au sein d'une opposition.

Loughlin se rattache néanmoins à une conception bien précise du constitutionnalisme et nous terminerons ce chapitre avec ce point. Dans la recherche d'une réponse moderne adaptée à la réalité du Royaume-Uni au moment où Loughlin écrit son livre, l'approche à laquelle il se rattache est le fonctionnalisme. À son sens le style du fonctionnalisme dans le champ du constitutionnalisme « more readily accords with the contemporary experiences of law. It also more closely connects with our legal traditions. The functionalists are undoubtedly correct in arguing that many of our problems stem from the fact that public law thought in Britain is still rooted in a world which no longer exists »²⁴⁵. En revanche, il ne s'inscrit pas dans une vision du fonctionnalisme qui soit calquée sur Griffith ou qui soit absolument ancrée dans le positivisme juridique²⁴⁶. Il souhaite une redéfinition du fonctionnalisme au même titre que le normativisme s'est modernisé en passant du conservatisme au libéralisme. Pour éclairer cette idée, il dit notamment: « In conditions of complexity the issue is no longer simply that of knowing how to control systems but rather that of understanding how the legal system can manage its own reproduction within an environment which is not itself attuned to the precepts of

²⁴³ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 230.

²⁴⁴ Loughlin, 230.

²⁴⁵ *Ibid.*, 244.

²⁴⁶ *Ibid.*, 245.

the system »²⁴⁷. Cette vision est ancrée bien plus dans l'expérience que dans la théorie parfois dogmatique. Il pose comme justification que suivant sa métaphore des cartes, c'est le fonctionnalisme qui semble mieux permettre de progresser. Il rappelle par le fait même que « the value of the map is revealed by how well you get around using it. Theories are not to be evaluated in terms of their innate sophistication »²⁴⁸.

Pour justifier sa prise de position, il en revient à l'essentiel à travers un argumentaire franchement simple. D'abord, il insiste que les « judicial decisions should not be viewed as communications within some hermetically sealed legal world in which the scholarly role is to seek to rationalize all judicial decisions and fit them into a coherent body of doctrine »²⁴⁹. Il insiste là sur la transparence du droit d'une manière bien plus directe et efficace qu'Allan qui défend pourtant lui aussi une certaine forme de transparence. Ensuite, et surtout, il tente de s'éloigner du normativisme tout en intégrant une forme de reconnaissance de ce dernier en disant : « Rather than attempt to adhere to a normativist conception of law and moralize about this development, public lawyers should be seeking to understand the impact which these developments have had on our conception of legality and, in particular, to grapple with the cognitive-normative dynamic as it is presented in public law »²⁵⁰. Il tente donc d'offrir une forme de porte de sortie, ou d'alternative aux penseurs du droit qui se doivent de sortir de leur endoctrinement tout en reconnaissant ce cadre qui guide la pensée. Il conclut son livre en rappelant l'importance de l'interdisciplinarité en droit comme en politique, alors que cela encourage les juristes à mobiliser les cadres d'analyse et d'interprétation de la science politique. Réciproquement, l'interdisciplinarité encourage aussi le politologue qui s'intéresse à l'administration publique et aux affaires gouvernementales à reconnaître l'importance des structures normatives et spécifiquement la complexité interne du droit²⁵¹.

²⁴⁷ Loughlin, *Public Law and Political Theory*, 257.

²⁴⁸ Loughlin, 258.

²⁴⁹ *Ibid.*, 264.

²⁵⁰ *Ibid.*, 264.

²⁵¹ *Idem.*

Épilogue : Adam Tomkins et la constitution politique : un nouvel axe d'analyse

Si nous situons Loughlin et Allan comme penseurs contemporains du constitutionnalisme, les théories que nous avons citées remontent tout de même à une trentaine d'années. Surtout, ce prétendu renouveau des études constitutionnelles anglaises a principalement fait ressortir la saturation du champ d'analyse. Allan épuise la matière du normativisme au moment même où il la transforme en suivant une philosophie libérale. Loughlin, à son tour, tente de paver la voie à un nouveau type d'analyse pour finalement ne jamais dépasser une conception bien circonscrite et connue. Ce qui se présente comme une perspective actuelle et novatrice témoigne de l'impasse dans laquelle se confine la pensée juridique anglaise depuis au moins un siècle. Aucun auteur ne semble avoir fait sortir le constitutionnalisme des louanges de Dicey ou de sa critique. Tous se définissent comme fonctionnalistes ou normativistes. Cette opposition nous apparaît trop manichéenne et laisse naître une distance entre la réalité du constitutionnalisme qui se renouvelle selon les époques et l'archaïsme des constructions intellectuelles qui ne savent plus toujours témoigner de ce progrès. C'est dans ce contexte que nous souhaitons conclure en nous rapprochant de la pensée d'Adam Tomkins qui, depuis une vingtaine d'années, aborde le constitutionnalisme selon un paradigme radicalement différent, soit la réelle politisation de la constitution.

Dans son article *In Defence of the Political constitution*, Tomkins revient sur plusieurs éléments d'analyse de Loughlin que nous avons précédemment abordés. Il en vient surtout à dépasser la position de Loughlin pour donner un rôle plus politique à la constitution. Là où Loughlin célèbre l'apport de la théorie politique dans le champ du droit, Tomkins affirme que la constitution doit être comprise comme un objet politique bien plus que juridique. Empruntant l'argument à Loughlin, Tomkins réitère que la relation entre le politique comme théorie et le droit est mouvante et que les différentes conceptions du droit (fonctionnaliste, conservatrice ou libérale) soulèvent des relations bien différentes²⁵². Il

²⁵² Adam Tomkins. « In Defense of the Political constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, sous la dir. de Martin Loughlin 22, n° 1 (2002) : 165.

renchérit sur la critique que formule Loughlin en affirmant que l'approche libérale normative tente toujours de limiter, voire de contrôler le politique à travers le pouvoir judiciaire et le droit. Tomkins considère que le projet libéral, pourtant assez populaire et répandu dans la littérature, est voué à l'échec si l'on se base sur Loughlin²⁵³.

Cela étant dit, Tomkins ne se contente pas de reprendre la critique de Loughlin, il le critique à son tour, et c'est ce qui nous intéresse. Il affirme sans détour qu'il n'existe pas une chose telle que la relation entre le droit et la politique comme Loughlin l'entend. « Law and politics collide and combine in a dazzling variety of (not always compatible) ways. It follows from this conclusion that any project which is designed to uncover the one true relationship of law to politics is futile and doomed to fail »²⁵⁴. En d'autres termes, il voit une volonté cachée chez Loughlin d'étudier cette relation pour créer un lien de réciprocité entre le politique et le droit et il s'oppose à cette idée. Il soulève que, suivant la logique de Loughlin, toute dispute politique peut être comprise par le droit et vice-versa. Il ajoute qu'il s'agit d'une erreur grave et qu'il faut s'en distancer assez clairement. L'argument sous-jacent à cette position de Tomkins est d'affirmer que le droit comme le politique ne peuvent pas interagir de manière neutre ou distancée. L'un tentera inévitablement de subjuguer l'autre.

Tomkins associe cette idée de lutte interdépendante entre droit et politique à l'exemple des États-Unis et il est très critique dans son propos. Reprenant la crise ayant suivi l'élection de Georges W. Bush contre Al Gore, Tomkins affirme que cette idée de réciprocité a fait ressortir chez la Cour Suprême « the outrageous way in which the Court, when it gazed into the constitution, saw only a mirror reflection of the justices' own political preferences »²⁵⁵. Si le droit est à même de répondre directement aux problèmes du politique, il le fera toujours à travers la défense d'idéaux politiques et jamais de façon neutre. Tomkins le démontre bien en citant la dissidence du juge John Paul Stevens qui affirme que l'on ne connaîtra peut-être jamais avec certitude le gagnant, mais le perdant

²⁵³ Tomkins, « In Defense of the Political constitution », 165.

²⁵⁴ Tomkins, 169.

²⁵⁵ Tomkins, 170.

est bien connu, « it is the Nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law »²⁵⁶. Tomkins voit un tel piège poindre au Royaume-Uni et c'est pourquoi il insiste sur l'importance de ne pas accepter cette idée de réciprocité.

C'est grâce à cette critique qu'il introduit l'idée de constitution politique. Il constate qu'il n'existe pas au Royaume-Uni d'équivalent juridique aussi imposant ou politiquement impliqué que la Cour Suprême américaine. Se basant toujours sur l'exemple de Bush contre Gore, il affirme que dans un tel cas au Royaume-Uni, la magistrature ne serait pas impliquée de manière si directe et la prise de décision serait faite par des agents élus et redevables²⁵⁷. Il attribue ce constat au fait que le Royaume-Uni soit une monarchie constitutionnelle et que dans un tel système « politicians will go out of their way to prevent the democratically illegitimate head of state from having to make an overtly party political decision, whereas they will feel no such conjunction where the head of state is elected »²⁵⁸. Ainsi la constitution britannique tente toujours d'offrir des solutions politiques et parlementaires aux problèmes, plutôt que de prétendre faire ressortir une solution juridique ou judiciaire qui soit neutre.

Au-delà de ces affirmations, Tomkins va nettement plus en profondeur sur la question de la constitution politique dans son livre *Our Republican constitution* paru en 2005. Dépassant la division entre fonctionnalisme et normativisme, Tomkins affirme que le vrai danger est de continuer dans la lignée du constitutionnalisme juridique, quel qu'il soit. Il souhaite défendre l'idée que la constitution doit être un objet plus politique que juridique et que cette idée de constitution politique s'ancre dans une forme de républicanisme. Il soutient que « the republican approach to constitutionalism [...] is not an import, constructed out of ideas borrowed and transplanted from elsewhere, but is one that derives from an analysis of the values inherent within the British constitutional

²⁵⁶ Tomkins, « In Defense of the Political constitution », 170.

²⁵⁷ Tomkins, 171.

²⁵⁸ Tomkins, 172.

order »²⁵⁹. Il fait même remonter cette idée à Bagehot qui disait qu'une république s'est camouflée dans l'ombre de la monarchie²⁶⁰.

Comme bien d'autres avant lui, il soutient que la constitution britannique est une création remarquable et que ce n'est pas une exagération d'affirmer qu'elle est sans pareil dans le monde. Il appuie cette affirmation sur le fait que la constitution stipule clairement que le gouvernement est responsable devant le Parlement. L'exécutif doit bénéficier du support des Communes au quotidien et non pas seulement lors d'un vote de confiance où une carrière est en jeu²⁶¹. La très grande majorité des constitutions modernes ne se basent pas sur cette idée que le gouvernement est responsable face à une entité politique telle que le Parlement. Il célèbre par le fait même la particularité de la séparation des pouvoirs au sein d'une monarchie parlementaire en disant que :

The reality of government is to say that those in political offices are liable to try to do whatever they can politically get away with. What is special about the British constitution is that it recognizes this reality and act on it. It does this by building it into the very heart of what the constitution tries to do. The purpose of all constitutions is to find a way of insisting that the government is held to account for its actions. What is unusual about the British constitution is the way it sets about accomplishing this task.²⁶²

Autrement dit, la séparation flexible des pouvoirs dans le système britannique permet de maintenir un contrôle constant sur le gouvernement à travers cette imputabilité. Essentiellement, Tomkins célèbre la représentation ministérielle et le gouvernement responsable comme élément de force de la constitution, bien plus que son aspect juridique. Qui plus est, il affirme que cette redevabilité est quasiment unique au Royaume uni²⁶³. Il considère, par ailleurs, que la Cour est inefficace et met en danger la démocratie alors que le juge ne peut jamais avoir la légitimité démocratique des politiciens élus. En opposition au judiciaire, la constitution britannique « use[s] politics as the vehicle through which the purpose of the constitution may be accomplished. This is beautiful for at least two reasons;

²⁵⁹ Adam Tomkins, *Our Republican constitution* (Oxford : Hart Publishing, 2005) viii.

²⁶⁰ Bagehot, *The English constitution*, 44.

²⁶¹ Tomkins, *Our Republican constitution*, 2.

²⁶² Tomkins, 2-3.

²⁶³ Tomkins, 5.

first, because it is democratic; and secondly, because it can actually work. Politics really can stop the governments from abusing their authority »²⁶⁴.

Après avoir encensé la constitution, il rappelle que depuis les années 1980, la constitution est critiquée tant par la gauche que par la droite et surtout par les défenseurs d'une constitution écrite et d'un Bill of Rights. Le constat n'est pas neuf, nous l'avons déjà abordé précédemment. Cependant, Tomkins propose une piste explicative nettement plus intéressante que Griffith ou Loughlin. Au-delà des multiples pressions pour une réforme constitutionnelle (une constitution écrite, un Bill of Right et la dévolution), l'ordre constitutionnel est surtout secoué depuis 1970 par l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne. Pour Tomkins, « not only has membership to the EU posed unique challenges to the law of parliamentary supremacy, it has also resulted in the courts being able to extend the range and variety of judicial remedies available in public law cases »²⁶⁵. À son avis, toutes les critiques que peut subir la constitution ont comme base commune le fait qu'elle puisse être un objet politique et qu'il serait bien plus souhaitable de gérer la question de l'imputabilité en donnant carte blanche aux juges. En ce sens, Tomkins ne s'oppose pas aux dicéyens ou aux fonctionnalistes, il s'oppose au constitutionnalisme juridique en soi. Autrement dit, il s'oppose de manière générale à l'idée de Dicey, qui ne fait d'ailleurs pas débat par la suite, qui est que le constitutionnalisme est un droit applicable dans une Cour. S'il est vrai que l'ordre constitutionnel britannique a besoin de réforme, la plus grande erreur serait de tomber dans une constitution juridique plutôt que politique, car on perdrait l'imputabilité qui est si bénéfique aux yeux de Tomkins²⁶⁶.

Si le gouvernement peut être soumis aux passions du moment et entraver la liberté des citoyens, il n'en reste pas moins qu'à travers les débats parlementaires un contrôle s'opère et toute forme de rivalité peut exister sainement. Si le constitutionnalisme juridique prend le haut du pavé, ces luttes et rivalités internes ne peuvent pas être modérées et mènent à des dérapages ou une stagnation²⁶⁷, car l'opposition est trop polarisée et irréconciliable

²⁶⁴ Tomkins, *Our Republican constitution*, 3-4.

²⁶⁵ Tomkins, 8.

²⁶⁶ Tomkins, 9-10.

²⁶⁷ Tomkins, *Our Republican constitution*, 25.

entre les fonctionnalistes et les normativistes. Au-delà de cette idée de transparence propre au politique, Tomkins attaque le constitutionnalisme juridique sur trois plans qui se rejoignent sous la question de l'antidémocratie libérale inhérent au judiciaire. Cet antidémocratie du constitutionnalisme juridique se comprend à travers un manque de redevabilité, un manque d'accessibilité aux juges et un manque de représentativité. Le juge, en plus de ne pas être élu, n'est pas directement redevable de ses décisions en ce qu'il porte la voix de la Cour, voire du droit. L'opposition est évidente avec le politique qui se doit de rendre des comptes tant au niveau de l'exécutif que du législatif. Au niveau de l'accessibilité, Tomkins laisse entendre qu'il est rapidement couteux d'entreprendre des recours judiciaires, là où le parlementarisme permet un accès facile et peu onéreux aux représentants. C'est sur la question de la représentativité que Tomkins se fait plus cinglant. « In the House of Lords there are twelve lords of appeal. All are over sixty and six are over seventy; all are white; eleven of the twelve are men; and they are no more representative of the British people in terms of class, educational background, or wealth »²⁶⁸. Essentiellement, le constitutionnalisme juridique est, pour Tomkins, incapable d'offrir une réponse efficace, représentative et accessible aux problèmes du Royaume-Uni.

Si la démonstration de sa préférence pour un constitutionnalisme politique est claire, il rajoute tout de même un autre argument de poids dans la balance. D'entrée de jeu, la Cour ne choisit pas ce sur quoi elle devra trancher, alors que c'est directement le rôle du Parlement que de légiférer sur les enjeux qui interpellent à un moment donné. Surtout, « [...] the courts are simply not very good at doing what the legal constitutionalists desire them to do. They are neither as liberal nor as eager to intervene as they would be required to be for the model of legal constitutionalism to be effective [...] »²⁶⁹. Ce que soulève Tomkins ici est un point qui paraît pratiquement être admis *de facto* par les magistrats. Remontant à Blackstone, Tocqueville, voire Coke, la question du juge comme corps doté d'une raison artificielle qui agit de manière logique et méthodique tout en étant un frein aux passions ne fait pas enjeu. Cependant, Tomkins soulève ici le paradoxe inhérent à cette conception du juge tenue pour acquise. Comment peuvent-ils être, d'une part, le moteur du

²⁶⁸ Tomkins, 27.

²⁶⁹ Tomkins, 30.

progrès constitutionnel et, de l'autre, être un frein démocratique au sein de la société agissant avec une rationalité qui les limitent ? Déjà en 1835, Tocqueville soulève ce caractère du juge lorsqu'il dit : « [c]ette sorte d'abnégation que fait le légiste anglais et américain de son propre sens, pour s'en rapporter au sens de ses pères; cette espèce de servitude, dans laquelle il est obligé de maintenir sa pensée, doit donner à l'esprit légiste des habitudes plus timides et lui faire contracter des penchants plus stationnaires en Angleterre et en Amérique qu'en France »²⁷⁰. Si le normativisme de Dicey s'est transformé en une forme de libéralisme dans les années 1990, les juges sont toujours restés des piliers conservateurs soumis à des contraintes procédurales et qui ne semblent pas vouloir collaborer ni avec les libéraux ni avec les fonctionnalistes. C'est du moins ce que Tomkins laisse entendre alors qu'il conclut sa réflexion sur la constitution politique en disant que le constitutionnalisme juridique aura toujours promis bien plus que ce qu'il aura su livrer²⁷¹.

Notre mémoire a montré comment le système discursif et idéologique inauguré par Dicey s'est rapidement bouclé sur lui-même. Tomkins tente en quelque sorte sauver la mise par sa vision de la constitution politique, mais aussi en introduisant une approche républicaine au constitutionnalisme britannique, bien qu'au fond il reprenne plusieurs idées généralement associées au fonctionnalisme. Qu'entend-il donc par républicanisme au sein de la plus emblématique des monarchies modernes ? C'est en ayant comme base le républicanisme de Pettit et les idées de Griffith qu'il y arrive. Reconnaisant que Griffith ait été le « dernier » fonctionnaliste, Tomkins préfère toutefois le cadrer comme le précurseur de sa vision de la redevabilité, bien qu'il fasse ressortir assez rapidement les limites de la pensée de Griffith. « [...] the argument presented in "The Political constitution", for all its passionate rhetoric, was in constitutional terms wholly descriptive. [...] When it came to discussion constitutional questions, Griffith only ever described – he never prescribed »²⁷². Bien que Griffith laisse entendre que la redevabilité du Parlement est souhaitable, il tombe rapidement dans une forme de relativisme lorsqu'il affirme que tout ce qui arrive est constitutionnel et que si rien n'arrive, ce sera tout aussi constitutionnel.

²⁷⁰ Alexis De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique I*, Bibliothèque de la Pléiade (Paris : Gallimard, 1835), 307.

²⁷¹ Tomkins, *Our Republican constitution*, 31.

²⁷² Tomkins, *Our Republican constitution*, 37.

Pour Tomkins, ce relativisme nuit à la question de l'imputabilité que Griffith introduit auparavant, car l'on perd cette idée que la constitution protège l'État en ce qu'elle commande l'imputabilité du Pouvoir. Tomkins insiste sur ce point en disant « [...] the government is accountable to Parliament not only because, as a matter of fact this is true, but also because the constitution insists upon it »²⁷³. Ce thème de la redevabilité est central à la vision républicaine qu'a Tomkins de la constitution politique.

Pour en venir à cette question du républicanisme, Tomkins commence par affirmer qu'il peut ainsi démontrer que le « legal constitutionalism is unwise. We can show that it is undemocratic, that it is ineffective, and that it is politically undesirable. But we can also take the argument to a new level. We can also show how that it is unconstitutional »²⁷⁴. En opposition, le constitutionnalisme politique est souhaitable et efficace principalement puisqu'il cadre avec les valeurs du républicanisme. L'argument paraît étonnant et, selon Tomkins, c'est parce que les constitutionnalistes qui réfléchissent sur le républicanisme « usually make a complete hash of it »²⁷⁵. Citant Pocock dans *The Machiavellian Moment*, il soutient qu'historiquement, les idées de Machiavel et le républicanisme ont eu une prégnance plutôt rapide au Royaume-Uni, malgré l'aspect central de la monarchie, notamment par le fait que le vocabulaire du républicanisme existe au sein du royaume dès l'exécution de Charles I^{er}²⁷⁶. Tomkins base sa conception du républicanisme sur la question de l'imputabilité, mais aussi sur la liberté comme non-domination, au sens où Philip Pettit l'entend. En quelques mots, c'est concevoir la liberté comme l'absence de domination, mais surtout l'absence d'arbitraire. Ainsi la liberté accepte le pouvoir et la coercition pour autant que ce soit justifiable et légitime²⁷⁷. L'imputabilité est donc intrinsèquement liée à la liberté chez Tomkins. Il peut y avoir des interférences avec la liberté au sein de la société, mais ces interférences doivent provenir d'une source d'autorité qui soit légitime. C'est sur ce rejet de l'arbitraire que Tomkins peut appuyer les fondations de la redevabilité politique et de la responsabilité ministérielle.

²⁷³ Tomkins, 38.

²⁷⁴ Tomkins, 40.

²⁷⁵ *Idem.*.

²⁷⁶ *Ibid.*, 43.

²⁷⁷ Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford : Clarendon Press, 1997), 5.

Tomkins pousse même l'argument plus loin en citant Quentin Skinner qui invite à ne pas se limiter au rejet de l'arbitraire, mais aussi au rejet même de son éventualité. Skinner, développant sur la pensée de Pettit dans *Republicanism*²⁷⁸, affirme que même si un État « was not as a matter of fact governed tyrannically, and even if the rulers chose to follow the dictates of law, a nation is nevertheless counted as living in slavery if its capacity of action was in any way dependent on the will of anyone other than the body of its own citizen »²⁷⁹. Tomkins développe sur les mots de Skinner en ajoutant que « that is to say that; if you live under any form of government that allows for the exercise of prerogative or discretionary powers outside the law, you will already be living as a slave »²⁸⁰. À certains égards, on pourrait attribuer cette citation à Dicey qui insistait grandement sur le fait qu'il ne doit en aucun lieu y avoir de droit alternatif ou concurrent aux tribunaux ordinaires. Toutefois, Tomkins va plus loin dans son argument alors qu'il peut justifier la préséance que devrait avoir le constitutionnalisme politique sur le constitutionnalisme juridique. On peut comprendre qu'en son sens le constitutionnalisme juridique serait lié à une forme de prérogative et de pouvoir arbitraire qui dépasserait la constitution. Si les juges se targuent de respecter la constitution dans leurs actions, mais que de façon concrète et quotidienne, ils déterminent ce qu'est la constitution, l'arbitraire peut s'introduire insidieusement. C'est en ce sens que le constitutionnalisme juridique peut être qualifié d'anticonstitutionnel au moment où il y a absence d'imputabilité et, jusqu'à un certain point, de liberté puisque'un pouvoir arbitraire peut toujours sévir. Autrement dit, dans une perspective constitutionnelle où une Cour Suprême peut toujours, en dernière instance, outrepasser la volonté générale et les lois formulées par les instances législatives et que le raisonnement judiciaire demeure ancré dans un langage hermétique qui mobilisent de multiples fictions juridiques, comment peut-on être certain que le discours constitutionnel ne soit pas porteur d'arbitraire ?

Nous en arrivons donc aux trois thèmes centraux du républicanisme au sein de la constitution politique. Tomkins les identifie comme étant la souveraineté populaire antimonarchique ; la liberté comme non-domination et le design institutionnel de

²⁷⁸ Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*.

²⁷⁹ Quentin Skinner, *Liberty before Liberalism* (Cambridge : Cambridge University Press, 1998), 49.

²⁸⁰ Tomkins, *Our Republican constitution*, 55.

l'imputabilité²⁸¹. Déjà, une monarchie constitutionnelle antimonarchique peut apparaître comme une importante dissonance cognitive. Pourtant, Tomkins le justifie de manière simple et plutôt convaincante. Il affirme qu'une constitution républicaine « would accommodate no reservoir of hidden uncodified power. Power not expressly dealt with in the constitution would remain with the people, not lurk in the ancient authority of sovereign kings »²⁸². L'antimonarchisme se traduit donc plutôt par un anti-absolutisme. La monarchie constitutionnelle codifiée prend les mesures nécessaires pour rejeter l'arbitraire et respecte donc la souveraineté populaire. Avec raison, Tomkins ajoute que le Royaume-Uni, bien qu'il s'agisse d'une monarchie, peut tout de même respecter plusieurs éléments du républicanisme. « There is no reason to suppose that the constitution of a monarchy cannot include some sense of popular sovereignty, or even some sense of anti-monarchism »²⁸³. Suivant la logique de Tomkins, il semble juste de croire que la constitution politique qu'il défend respecte bien mieux ce premier thème de souveraineté populaire antimonarchique que le constitutionnalisme juridique à l'américaine qui est superficiellement républicain.

Nous avons déjà défini l'idée de la liberté comme non-domination, mais Tomkins y ajoute de la précision sous trois axes, soit le gouvernement ouvert, la citoyenneté et l'égalité. Lorsqu'il est question de gouvernement ouvert, c'est en lien avec une forme d'accès transparent au pouvoir. Pour qu'un citoyen puisse contester ce que son État tente de mettre en place en son nom, encore faut-il que le gouvernement fasse preuve de transparence et que l'on puisse facilement accéder à l'information²⁸⁴. Sur la citoyenneté, Tomkins avance que le débat au sein de la sphère publique et politique demande une conception du bien commun. Ainsi la bonne citoyenneté sous-entend la mise de côté des intérêts personnels et privés dans la sphère publique, au profit d'une action qui fait progresser le bien public²⁸⁵. Enfin, lorsqu'il est question d'égalité, Tomkins l'aborde du point de vue matériel et de façon plutôt libérale. Il soutient que l'inégalité « undermines republican citizenship and freedom in two ways. First and most obviously it subjects the

²⁸¹ Tomkins, *Our Republican constitution*, 57.

²⁸² Tomkins, 60.

²⁸³ *Ibid.*, 61.

²⁸⁴ *Ibid.*, 62.

²⁸⁵ Tomkins, *Our Republican constitution*, 63.

poor to the domination of the wealthy. Secondly, those in a state of abject material dependence have neither the time to engage in public life nor the opportunity of participation in the public-spirited manner that republicanism expects. A slave's interest is that of his master, not that of promoting the public good »²⁸⁶. Il met donc de l'avant un discours plutôt rattaché à l'État-providence dans la mesure où une forme d'égalité doit être assurée pour que les citoyens puissent faire vivre le républicanisme.

Nous en venons enfin à la question de l'imputabilité que nous avons définie tout au long de ce chapitre. Elle est, pour Tomkins, la pièce maîtresse d'un paysage constitutionnel républicain. « Those in positions of political power must be accountable to those over whom (and in whose name) such power is exercised. As we have repeatedly seen, in the British experience this ideal is manifested by making the government of the day accountable to the people's representative in Parliament »²⁸⁷. Il conclut, par ailleurs, en affirmant que c'est sur la question de l'imputabilité que le Royaume-Uni est le plus clairement républicain. Toutefois, il observe qu'avec la suprématie du constitutionnalisme juridique depuis la fin du XIX^e siècle, les valeurs républicaines qu'il défend jouent un rôle trop marginal dans la politique britannique. Il réitère une fois encore que le constitutionnalisme doit se déplacer du juridique vers le politique. Nous sommes d'accord avec cette affirmation, alors que la constitution politique apparaît comme le moyen le plus convaincant de sortir de l'antinomie opposant fonctionnaliste et normativistes. C'est par le fait même une occasion de mieux répondre à la réalité du Royaume-Uni ou du moins de fixer des bases d'analyse différentes et plus actuelles.

²⁸⁶ Tomkins, 64.

²⁸⁷ Tomkins, 64-65.

Conclusion : L'antinomie idéologique insurmontable

La thèse que nous posions initialement était d'affirmer que l'univers constitutionnel anglais avait épuisé toute matière heuristique en moins de cent cinquante ans et que le champ discursif était voué à ne jamais sortir de l'opposition stérile entre normativisme et fonctionnalisme. L'affirmation paraissait forte, mais l'étude concurrente des œuvres de Loughlin, Allan, puis Tomkins démontre bien la circularité des discours. Il est facile de reconnaître chez Allan une reformulation libérale du normativisme conservateur qui, essentiellement, ne remet jamais en question les bases de la pensée de Dicey et se limite à l'introduction d'une vision plus morale du constitutionnalisme. Chez Loughlin, on croit d'abord observer une vision qui se distingue de l'opposition classique que nous avons identifiée entre le fonctionnalisme et le conservatisme normatif. Toutefois, il arrive à la conclusion que le fonctionnalisme est l'approche du constitutionnalisme qui peut réellement faire progresser les savoirs.

Enfin, nous soulignons l'apport de Tomkins et considérons qu'il propose réellement une vision qui mérite d'être étudiée, mais là encore, il ne sort jamais vraiment des sentiers battus. L'essentiel de son argumentaire est construit sur les bases de la pensée de Griffith et l'argument voulant que le constitutionnalisme doive être un champ politique plutôt que judiciaire n'est pas inédit. C'est une position développée par Griffith plus de vingt ans avant Tomkins. Certes, nous saluons l'apport de Tomkins qui intègre le républicanisme au sein du fonctionnalisme. Si, encore là, sa vision du républicanisme est loin d'être révolutionnaire, c'est néanmoins un ajout intéressant qui sort, en quelque sorte, du cadre d'étude attendu sur le constitutionnalisme anglais. Néanmoins, Tomkins demeure un fonctionnaliste et ne peut pas se distinguer suffisamment pour former sa propre tradition de pensée.

Si nous poussons la réflexion plus loin, notre recherche ne s'affranchit pas, elle non plus, de cette antinomie insurmontable. Comme chercheur, nous devons, avec le recul, reconnaître un certain biais en faveur du fonctionnalisme. Simplement au niveau matériel, nous avons à plusieurs moments utilisés *The British Constitution a very short introduction*

de Loughlin²⁸⁸ pour structurer notre pensée. Consciemment ou non, notre conception du constitutionnalisme est biaisée. Qui plus est, nous soulignons l'immensité des possibilités liées aux champs discursifs et idéologiques de la constitution britannique et nous nous désolons qu'un champ heuristique si ouvert n'ait pas pu mener à plus de renouveau ou de meilleures réponses. Le fait demeure que nous ne sommes pas arrivés dans notre recherche à sortir de l'opposition stérile que nous voulions critiquer.

Certains pourraient soulever que dans notre recherche l'essentiel de notre matériel de référence commence à se faire vieux. Nous reconnaissons la critique. Il est vrai que l'auteur le plus « récent » que nous citons est Tomkins qui a publié *Our Republican Constitution* il y a déjà pratiquement vingt ans. Toutefois, l'exemple plus récent du Brexit et la réflexion sur le constitutionnalisme britannique qui s'en est suivie démontrent bien que nos observations demeurent tout à fait actuelles. Le Brexit est encore aujourd'hui l'objet de multiples publications dans le champ de la science politique et nous sommes certains que le lecteur est bien au fait de ce en quoi consiste cet événement. Soulignons néanmoins l'opposition marquée entre un camp plutôt urbain et libéral qui souhaitait maintenir des liens de proximité avec l'Union européenne et un camp plus conservateur et hors des grands centres qui a souhaité quitter l'UE de peur que le Royaume-Uni y perde sa singularité et soit contraint d'obéir à de multiples politiques européennes à son désavantage²⁸⁹. Nous savons tous que le camp du *Leave* a gagné et que depuis maintenant dix ans la situation politique et économique du Royaume-Uni est plutôt instable.

Du point de vue constitutionnel, cet événement marquant témoigne très franchement de l'opposition des deux camps. L'opposition entre le fonctionnalisme et le normativisme est à peine cachée dans l'opposition entre *Remain* et *Leave*. Ce qui est intéressant de cette opposition est que les deux camps prennent comme objet principal

²⁸⁸ Martin Loughlin, *The British Constitution a very short introduction*. Very short introductions 349 (Oxford : Oxford University Press, 2013).

²⁸⁹ Le contexte général du Brexit que nous restituons se base sur les articles « *The Brexit referendum and the British constitution* », tiré de *The Economist* (<https://www.economist.com/briefing/2019/05/30/the-brexite-referendum-and-the-british-constitution>) et « Opinion | A Very British Constitutional Crisis », de Richard Tombs tiré de *The New York Times* (<https://www.nytimes.com/2019/09/05/opinion/britain-brexite-johnson-constitution.html>).

l'idée de constitution politique pour appuyer leur argumentaire. Encore à ce jour, le nœud de l'opposition dépend d'une vision où l'on doit d'un côté célébrer les apports du constitutionnalisme paneuropéen tels que la place du référendum et la possibilité d'une constitution écrite²⁹⁰. De l'autre, on rejette ces apports européens en soutenant que la singularité britannique ne peut pas cadrer avec une telle vision du constitutionnalisme et que ce serait détruire près d'un millénaire de tradition et de stabilité²⁹¹. Le lecteur saura bien assurément reconnaître que ce sont des arguments tout à fait entendus tant du côté fonctionnaliste que normativiste. Nous ne voulons pas nous consacrer trop longuement à cet événement, l'objet était simplement de soulever qu'à travers le Brexit on peut déceler que le constitutionnalisme anglais dépend encore et toujours des mêmes oppositions et des mêmes codes. Le débat ne change pas.

* * *

Nous souhaitons conclure ce mémoire avec un retour sur la notion d'Idéologie. Plus précisément, nous voulons revenir sur le caractère génératif et doxique de celle-ci et à l'agentivité dans l'Idéologie. Rappelons-nous rapidement que Paul Ricœur reconnaît un caractère génératif et doxique à l'idéologie. Le premier permet aux acteurs de se reconnaître dans l'histoire qui les précède et créer une nouvelle réalité sur ces bases et le second reconnaît l'importance des simplifications que permet l'idéologie dans la compréhension et la création de la réalité qui entoure les agents²⁹². Ces caractères nous permettent de proposer une ébauche de réponse à la question de savoir pourquoi le champ discursif et idéologique du constitutionnalisme a rapidement cessé de progresser.

Si un discours nouveau peut naître au sein de l'idéologie, c'est dans la mesure où il s'inscrit dans une ligne de pensée déjà établie. Il peut y exister des pensées iconoclastes, mais les discours sont toujours liés de près ou de loin à une conception observable du

²⁹⁰ Richard Bellamy. « Political Constitutionalism and Referendums: The Case of Brexit », *Social & Legal Studies* 32, n° 6 (2023): 973-95. <https://doi.org/10.1177/09646639231153129>.

²⁹¹ Richard Ekins. « The Constitutional Dynamics of Brexit », *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 12, n° 1 (2022): 46-75.

²⁹² Paul Ricœur. « Science et idéologie », *Revue Philosophique de Louvain* 72, n° 14 (1974) : 332-3.

monde, une idéologie. Cela laisse entendre qu'un nouveau discours du constitutionnalisme peut uniquement naître à travers un cadre de pensée qui le précède. Surtout, le caractère doxique qu'a l'idéologie coince le discours dans un certain nombre de préjugés. S'il est évident que tout un chacun peut comprendre le monde qui l'entoure essentiellement grâce à des simplifications, cela suppose un certain nombre de biais et de lacunes dans la conception du monde de chacun. Comment poser un discours qui soit réellement inédit, s'il se base toujours sur une conception déterminée et qu'il repose sur des préjugés fondamentaux ? Volontairement ou non, tout auteur étudiant le constitutionnalisme le fait avec un certain nombre de présupposés et de biais sur le sujet. En étudiant la tradition et le milieu dont provient le penseur, il devient possible d'anticiper l'axe d'analyse et les biais qui seront présents. Autrement dit, le champ discursif et idéologique du constitutionnalisme anglais est coincé dans une boucle principalement puisqu'il s'agit d'un champ idéologique. Le penseur peut bien prétendre sortir du cadre et proposer une vision inédite, il est tôt ou tard rattrapé par ses biais inhérents. Même s'il réussit à conserver ses distances quant à son biais ou à penser en dehors de sa classe et de ses conditions matérielles, pour que le discours survive et soit compris, il doit se rattacher à une tradition idéologique et en accepter les codes.

Cela introduit le second point que nous voulons soulever, soit l'agentivité. Mannheim affirme que l'idéologie est totale et que chaque agent agit dans une conception partielle de celle-ci. Si l'idéologie est totale, c'est dire que tout un chacun pense à travers celle-ci et que, bien que nous puissions étudier d'autres idéologies que la nôtre d'une manière plus ou moins biaisée, il est impossible de réfléchir à l'extérieur de l'idéologie²⁹³. Tout savoir est donc teinté par le champ idéologique qui permet son émergence. Rappelons-nous la toute première citation de ce mémoire : « Les hommes font leur propre histoire, mais ils ne la font pas arbitrairement, dans les conditions choisies par eux, mais dans des conditions directement données et héritées du passé. La tradition de toutes les générations mortes pèse d'un poids très lourd sur le cerveau des vivants »²⁹⁴. Cette

²⁹³ Karl Mannheim, *Idéologie et utopie* (Paris : Maison des sciences de l'homme, 2006), 71.

²⁹⁴ Karl Marx, *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*, trad. Grégoire Chamayou, GF (Paris : Flammarion, 2007), 50.

affirmation de Marx a un caractère quasi prémonitoire pour notre recherche. Dans notre contexte, cela se traduit par le constat que tous les progrès du constitutionnalisme anglais après Dicey ont émergé en réponse directe à Dicey et reprenant le vocabulaire et les codes établis par Dicey.

Cela laisse entendre que l'agentivité que confère l'idéologie est évidemment fort limitée. Tout savoir se développe en réponse à ce qui le précède et est limité par la perspective qu'offre l'idéologie. Le champ des possibles que nous annonçons très vaste se referme brusquement au vu de ce constat. Les discours de la constitution portent témoignage d'une antinomie fondamentale essentiellement parce que les agents sont enfermés dans ces discours idéologiques. Il n'y a pas de réel renouveau des discours du constitutionnalisme, car le poids de l'idéologie est trop grand. Les constitutionnalistes anglais doivent définir leur objet en se rattachant à une tradition et une idéologie. À partir de ce moment, le discours devient enchaîné par le poids de la tradition et les cadres que permettent l'idéologie. Nous ne pouvons pas envisager la constitution autrement que ce qui est déjà établi et si l'on tente de le faire les balises de l'idéologie restreignent la pensée. S'il est impossible selon Gramsci, Mannheim et Ricœur de penser en dehors de l'idéologie ou de manière parfaitement neutre, il est impossible d'envisager le constitutionnalisme anglais en dehors des ornières du fonctionnalisme et du conservatisme normatif.

Il n'y a pas de savoir qui puisse exister en dehors de l'Idéologie. Les penseurs du constitutionnalisme sont limités par les discours idéologiques du constitutionnalisme. Là où ils veulent créer quelque chose de nouveau, ils empruntent inévitablement les codes et les discours du passé et s'y retrouvent enchaînés « [...] *et c'est au moment même où ils semblent occupés à se transformer, [...] qu'ils évoquent craintivement les esprits du passé* »²⁹⁵.

²⁹⁵ Marx, *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*, 50.

Bibliographie

Allan, Trevor R.S. *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

Bagehot, Walter. *The English Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1867.

Baranger, Denis. *Écrire la constitution non-écrite: une introduction au droit politique britannique*. Paris : Presses Universitaires de France, 2008.

Bellamy, Richard. « Political Constitutionalism and Referendums: The Case of Brexit ». *Social & Legal Studies* 32, n° 6 (2023): 973-95.
<https://doi.org/10.1177/09646639231153129>.

Berlin, Isaiah. « Does Political Theory Still Exist? » Dans *Concepts and Categories*, sous la direction de Henry Hardy, REV-Revised, 2., 187-225. Philosophical Essays. Princeton University Press, 1996.

Berman, Harold J. *Law, and Revolution, I: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

Blackstone, William, Wilfrid R. Prest, David Lemmings, Simon Stern, Thomas P. Gallanis, et Ruth Paley. *Commentaries on the laws of England*. The Oxford edition of Blackstone / First edition. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Burrow, John Wyon. *Whigs and Liberals Continuity and Change in English Political Thought*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Canevaro, Mirko. « The Rule of Law as the Measure of Political Legitimacy in the Greek City States ». *Hague Journal on the Rule of Law* 9, n° 2 (2017): 211-36.
<https://doi.org/10.1007/s40803-017-0054-1>.

Cole, Margaret. *The Story of Fabian socialism*. Stanford, Californie: University Press, 1961.

Cosgrove, Richard A. *The rule of law: Albert Venn Dicey, Victorian jurist*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1980.

De Tocqueville, Alexis. *De la démocratie en Amérique I*. Bibliothèque de la Pléiade. Paris: Gallimard, 1835.

Dicey, Albert V. *Can English Law be Taught at the Universities? An Inaugural Lecture*. Londres: Macmillan and Co., 1883.

Dicey, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan, 1885.

Dicey, Albert V. *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*. Londres : Macmillan, 1914.

Dicey, Albert V., et J.W.F. Allison. *The Law of the Constitution*. Oxford University Press, 2019.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*: Cambridge, MA: Belknap Press, 1988.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1978.

Ekins, Richard. « The Constitutional Dynamics of Brexit ». *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 12, n° 1 (2022): 46-75.

Griffith, J. A. G. « The Political Constitution ». *The Modern Law Review* 42, n° 1 (1979) : 1-21.

Hart, H. L. A. *The concept of law*. Clarendon law series. Oxford: Clarendon Press, 1965.

Hayek, Friedrich August. *Law, Legislation, and Liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1982.

Jennings, Ivor. *The British Constitution*. Londres: Cambridge University Press, 1945.

Jennings, Ivor. *The Law and the Constitution*. 5th éd. Londres: University of London Press, 1960.

Jones, George. « The Greater London Group after 50 years ». Dans *London Government 50 Years of Debate: The Contribution of LSE's Greater London Group*, par Ben Kochan, 15-22. London Development Workshops. London School of Economics and Political Science, 2008.

Lester, Anthony. « The Constitution: Decline and Renewal ». Dans *The Changing Constitution*, 2nd éd. Oxford: Oxford University Press, 1989.

Lord Hailsham. *Elective Dictatorship (The Richard Dimbleby Lecture, 1976)*. Londres, 1976.

Loughlin, Martin. « John Griffith obituary ». *The Guardian*, 25 mai 2010.
<https://www.theguardian.com/education/2010/may/25/john-griffith-obituary>.

Loughlin, Martin. *Public Law and Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

- Loughlin, Martin. *The British Constitution a very short introduction*. Very short introductions 349. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MacIntyre, Alisdair. « The Indispensability of Political Theory ». Dans *The Nature of Political Theory*, 17-33. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Maitland, Frederic William, et H. A. L. (Herbert Albert Laurens). Fisher. *The constitutional history of England*. Cambridge: Cambridge University Press, 1965.
- Mannheim, Karl. *Idéologie et utopie*. Paris : Maison des sciences de l'Homme, 2006.
- Marx, Karl. *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*. Traduit par Grégoire Chamayou. GF. Paris : Flammarion, 2007.
- Mill, John Stuart. *On Liberty, Utilitarianism, and other Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Millar, John. *An Historical View of the English Government: from the Settlement of the Saxons in Britain to the Revolution in 1688*. Londres: Printed for J. Mawman, 1803.
- Mockle, Daniel. « Les approches critiques du droit administratif ». *Les Cahiers de droit* 57, n° 3 (2016) : 497-526. <https://doi.org/10.7202/1037542ar>.
- Moore, Barrington. *Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World*. Boston: Beacon Press, 1966.
- Page, Edward. « William Robson and the Greater London Group at LSE ». *LSE History*, 13 mai 2015. <https://blogs.lse.ac.uk/lsehistory/2015/05/13/william-robson-and-the-greater-london-group-at-lse/>.
- Pettit, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Ricœur, Paul. « Science et idéologie ». *Revue Philosophique de Louvain* 72, n° 14 (1974) : 328-56. <https://doi.org/10.3406/phlou.1974.5792>.
- Robson, William A. *Justice and Administrative Law: a Study of the British Constitution*. Londres: Macmillan and Co., 1928.
- Savigny, Friedrich Carl von. *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*. Léviathan. Paris : Presses universitaires de France, 2006.

Shklar, Judith N., dir. *Political Thought and Political Thinkers*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1998.

Simard, Augustin. « Tocqueville, Dicey et le « problème » du droit administratif ». *The Tocqueville Review / La revue Tocqueville* 38, n° 2 (2017) : 270-98.

Skinner, Quentin. *Liberty before Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

Tamanaha, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

« The Brexit referendum and the British constitution ». *The Economist*.
<https://www.economist.com/briefing/2019/05/30/the-brexit-referendum-and-the-british-constitution>.

Tombs, Robert. « Opinion | A Very British Constitutional Crisis ». *The New York Times*, 5 septembre 2019. <https://www.nytimes.com/2019/09/05/opinion/britain-brexit-johnson-constitution.html>.

Tomkins, Adam. « In Defense of the Political Constitution ». Sous la direction de Martin Loughlin. *Oxford Journal of Legal Studies* 22, n° 1 (2002): 157-75.

Tomkins, Adam. *Our Republican Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

Wade, Henry William Rawson (1918-2004). *Constitutional fundamentals*. Londres: Stevens, 1980.

Wade, Henry William Rawson « Law, Opinion and Administration ». *Law Quarterly Review* 78, n° 2 (avril 1962): 188-204.

Walters, Mark D. *A.V. Dicey and the Common Law Constitutional Tradition: a legal turn of mind*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

Ward, Ian. *Writing the Victorian Constitution*. Londres: Palgrave Macmillan, 2018.