

# Vernon Bogdanor

## LA NOUVELLE CONSTITUTION BRITANNIQUE. VERS UNE CONSTITUTION ÉCRITE ?\*

*Traduit de l'anglais par Alexandre Guigue, avec la collaboration de Véronique Sauron*

### I

La période de réforme constitutionnelle radicale engagée depuis 1997 pose naturellement la question de savoir s'il n'est pas temps pour le Royaume-Uni de rejoindre l'immense majorité des démocraties en se dotant d'une constitution écrite. Dans la mesure où ces réformes ont permis la codification d'une grande partie de la Constitution britannique, il ne semble plus y avoir d'obstacle à ce que l'ensemble soit codifié dans un texte fondamental unique. Si, comme nous l'avons soutenu, l'une des conséquences de la dévolution est de transformer le Royaume-Uni en un État quasi-fédéral, alors le Royaume-Uni devra sans doute imiter les fédérations en adoptant une constitution. Si, comme il est vraisemblable, la Chambre des Lords est à nouveau réformée et devient une chambre haute issue du suffrage, il faudra inévitablement redéfinir par la loi les pouvoirs dont elle dispose par rapport aux Communes. Il ne sera plus possible de s'en remettre, comme c'était le cas jusqu'à présent, à des conventions largement acceptées dès lors que les deux chambres pourront toutes deux se prévaloir d'une légitimité démocratique. Cet aspect aussi constituerait un pas vers une constitution entièrement codifiée. Une telle constitution pourrait alors venir consolider les réformes constitutionnelles réalisées depuis 1997.

L'argument principal du chapitre 1 est que la raison de fond pour laquelle nous n'avons pas encore codifié notre Constitution réside dans le fait que notre droit constitutionnel reposait sur le principe essentiel, qui était probablement aussi le seul, de la souveraineté du Parlement. Mais si le principe de souveraineté du Parlement n'est plus désormais notre règle fondamentale, alors c'est un obstacle en moins dans l'optique de l'adoption d'une constitution écrite. Il semble que nous ayons, de manière pragmatique et non planifiée, admis l'existence de lois « constitutionnelles » et donc l'idée qu'il puisse exister des lois supérieures qui échappent au pouvoir du Parlement. En conséquence, il peut être avancé que nous sommes désormais en mesure de définir quels doivent être nos principes constitutionnels et de rédiger une constitution qui s'appuie sur ces principes. La deuxième raison de fond qui nous a empêchés de rédiger et d'adopter une constitution est que nous n'avons jamais, au contraire des autres démocraties, connu de moment cons-

---

\* Source : *The New British Constitution*, London, Hart Publishing, 2009, Chap. 9: Towards a Written Constitution?, p. 215-231.

© Vernon Bogdanor, 2009, *The New British Constitution*, Hart Publishing, used by permission of Bloomsbury Publishing Plc.

titutionnel, de véritable rupture, comme après l'indépendance d'une colonie ou l'avènement d'un nouveau régime, un moment au cours duquel il paraît naturel de formaliser les règles fondamentales par lesquelles nous souhaitons être gouvernés. Peut-être après tout la vague de réformes constitutionnelles engagées depuis 1997 constitue-t-elle ce moment constitutionnel, ce nouveau départ, cette rupture qui appelle la rédaction d'une constitution.

En somme, il semble que les deux raisons de fond qui ont empêché le Royaume-Uni de se doter d'une constitution écrite – la raison conceptuelle et la raison historique – aient moins de poids en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, qu'elles n'en avaient par le passé. En outre, une constitution pourrait, comme le prétendent certains, avoir comme vertu de réaffirmer la notion d'identité britannique face aux défis posés par la dévolution et le multiculturalisme, comme autrefois la Constitution des États-Unis a pu contribuer à faire naître l'idée d'une identité américaine dans une société multiethnique. Le Livre vert, *The Governance of Britain, Cm 7170*, publié par le gouvernement de Gordon Brown en 2007, insiste sur la « nécessité de préserver la cohésion de la société britannique, une société sûre de son identité commune » et la nécessité de « définir clairement les valeurs britanniques », valeurs « qui ne doivent pas seulement être partagées mais aussi acceptées » (§ 125, 212 et 195). Le Royaume-Uni, comme le suggère le Livre vert, doit « définir plus clairement ce qu'être britannique veut dire et ce que vivre au Royaume-Uni signifie », ce qui « pourrait à terme conduire à un pacte entre l'exécutif et le Parlement, voire à une constitution écrite » (§ 212). Ces extraits montrent de façon implicite que le Royaume-Uni est proche de ce moment constitutionnel et qu'une constitution pourrait contribuer à répondre à la question de savoir ce que cela signifie d'être britannique au XXI<sup>e</sup> siècle. Dans une déclaration aux Communes, Gordon Brown a cependant insisté sur le fait que l'adoption d'une constitution écrite représenterait un bouleversement historique profond de notre ordonnancement constitutionnel et qu'il serait dès lors légitime d'organiser un large débat public sur l'opportunité d'engager le Royaume-Uni dans une telle voie. Un changement aussi fondamental ne pourra intervenir qu'au terme d'un consensus clair<sup>1</sup>.

À bien y réfléchir, il est un peu étrange que le Royaume-Uni demeure sans constitution écrite. Cette étrangeté n'est d'ailleurs pas toujours bien perçue. Qui ne serait pas étonné d'apprendre en s'inscrivant à un club de golf ou de cricket que les règles d'organisation et de fonctionnement du club ne sont pas réunies en un seul endroit et que, de surcroît, certaines règles ne sont pas écrites du tout ? Et que si vous voulez les connaître, il vous faut analyser les décisions prises par le comité du club sur de très nombreuses années et aussi des règles qui ont été posées il y a très longtemps. Sans oublier, bien sûr, une multitude de conventions pour la plupart non écrites ; celles-là sont des accords tacites, même si l'on doit bien reconnaître que nombre de membres ne les comprennent pas vraiment. Rassurez-vous, après de nombreuses années, vous finirez par les comprendre. Autant vous dire

---

<sup>1</sup> Débats à la Chambre des Communes, vol. 462, cols 819-20, 3 juillet 2007.

que si vous persistez à demander quelles sont les règles, ce sera un signe que vous ne faites pas réellement partie du club. Assurément, une telle explication ne saurait satisfaire tout nouveau membre qui se demandera où il a mis les pieds. Serait-elle plus acceptable si elle était donnée à quelqu'un qui demanderait à voir la Constitution britannique ?

Dans *An Introduction to the Law of the Constitution*, Albert V. Dicey écrit que tout auteur britannique qui écrit sur la Constitution britannique « a de bonnes raisons d'envier ses collègues de France [...] ou des États-Unis, pays dotés de constitutions dont les termes se trouvent dans des documents écrits, sont connus de tous les citoyens et accessibles à tous pour peu qu'ils sachent lire<sup>2</sup> ». Reste que la codification de la Constitution britannique se heurte à des difficultés considérables. Ces difficultés sont de deux ordres. *Premièrement*, il y a la difficulté de déterminer ce qu'elle doit contenir, le problème du *périmètre*, et notamment la question de l'inclusion ou non des conventions de la Constitution ; et, si tel est le cas, lesquelles. *Deuxièmement*, il y a le problème de savoir qui doit avoir le *pouvoir* de rédiger, ratifier et modifier une telle constitution et ensuite, celui de savoir quelle valeur juridique doit être donnée à cette constitution. Nous étudierons successivement chacun de ces problèmes.

## II

La première question, qui est aussi la plus évidente, à laquelle il faut répondre est celle du périmètre. Que doit-on inclure exactement dans la constitution britannique ? Dans son ouvrage *Modern Constitution*, dont la première édition date de 1951, K.C. Wheare affirme que dans un État unitaire « la constitution doit se borner à définir, en des termes généraux, l'organisation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire ; et en termes tout aussi généraux, la nature de leurs rapports réciproques ; et enfin la nature de leurs rapports avec la société elle-même<sup>3</sup> ». Une telle approche pouvait paraître appropriée dans les années 1950, mais la plupart des nouvelles démocraties considèrent qu'une constitution rédigée au XXI<sup>e</sup> siècle ne peut pas se contenter de présenter un simple organigramme du gouvernement. La plupart des constitutions modernes contiennent également des articles qui définissent la citoyenneté et le champ d'application territorial de la constitution, mais aussi des articles qui délimitent les différents échelons territoriaux et leurs compétences respectives. Un enjeu particulièrement important pour le Royaume-Uni sera de définir les pouvoirs des autorités dévolues et leurs rapports avec Westminster. La plupart des constitutions modernes comportent par ailleurs une déclaration ou un *bill* des droits. En dehors de ces aspects, les constitutions écrites contemporaines montrent une grande diversi-

---

<sup>2</sup> A.V. DICEY, *An Introduction to the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 10<sup>e</sup> éd., 1959, p. 4. La version française est inspirée de la traduction de A. BATUT et G. JÈZE : A.V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Londres, MacMillan, Paris, Giard et Brière, 1902, p. 4.

<sup>3</sup> K.C. WHEARE, *Modern Constitutions* [1951], Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 1966, p. 34.

té. Nombre d'entre elles, mais pas toutes, comportent un préambule en la forme d'une « charte » des valeurs fondamentales. Certains États ajoutent à la classique liste des droits économiques et sociaux, tandis que d'autres non. Il existe par conséquent une sorte de consensus sur ce qui devrait être le cœur de toute constitution mais pas vraiment d'accord sur ce qu'elles devraient comporter d'autre.

Le problème du périmètre, c'est-à-dire ce qui doit figurer dans une constitution, se révèle bien plus difficile à résoudre pour le Royaume-Uni que pour d'autres démocraties dotées d'une constitution écrite. La difficulté provient précisément du fait que beaucoup de constitutions ont été conçues et adoptées dans des moments où des peuples aspiraient à un nouveau commencement. La plupart des constituants n'ont donc pas eu à faire face à la difficulté qui serait celle du constituant britannique, de devoir faire le tri dans un héritage colossal de lois, de coutumes et de conventions. Les Pères Fondateurs américains, par exemple, ont rédigé une constitution *de novo*, dans l'objectif de remplacer une entité confédérale par une entité fédérale. La Constitution indienne de 1950 marquait l'avènement de l'indépendance du pays. L'Allemagne en 1949 et la France en 1958 ont adopté de nouvelles constitutions pour marquer l'instauration de nouveaux régimes. L'objectif du Royaume-Uni en adoptant une constitution serait, par contraste, de faire la synthèse d'un régime qui fonctionne déjà pleinement, la difficulté étant que tout régime dépourvu de constitution écrite est nécessairement soumis à un processus perpétuel d'adaptation et de changement.

« Il y a une raison », affirmait Sidney Low en 1904,

qui explique que la méthode de gouvernement anglaise [*sic*] soit si difficile à décrire. Prenez la photographie d'une personne vivante. Si vous cherchez à voir à quoi ressemble l'original, vous ne regarderez pas une photographie vieille de vingt ou trente ans. Les traits seront peut-être les mêmes, mais les expressions, ce qu'elles vous disent, et la perspective d'ensemble auront changé. Dans l'intervalle qui sépare l'examen de notre organisation politique effectué à un moment donné et un autre examen effectué à un autre moment, l'aspect formel peut ne pas avoir été altéré mais la perspective générale, l'aspect organique, la partie en mouvement auront été transformés de mille façons. Les éléments structurels, il est vrai, montrent en surface une remarquable permanence. La Couronne, les deux chambres du Parlement, le Conseil des ministres, (*i. e.* le Cabinet), le corps électoral, le pouvoir judiciaire, et les relations réciproques qu'entretiennent ces différents pouvoirs et autorités, constituent la matière de tous les historiens et de tous les juristes. La structure est toujours la même, en tout cas tout est fait pour qu'elle conserve la même apparence<sup>4</sup>.

Doter le Royaume-Uni d'une constitution écrite reviendrait alors à saisir l'essence d'une tradition en cours de changement au moment même où on cherche à la décrire. La difficulté pour le constituant est de déterminer les éléments d'un régime politique opérationnel qui seraient d'une importance telle qu'ils devraient être inclus dans une constitution à un moment où le ré-

---

<sup>4</sup> S. LOW, *The Government of England*, Londres, T. Fischer Unwin, 1904, p. 5.

gime politique est lui-même en train d'évoluer, probablement d'ailleurs à un rythme très soutenu.

Le problème du périmètre, et donc de déterminer ce qui doit être inclus dans la constitution, pourrait bien être d'une extraordinaire complexité. La première question qui se pose est celle de savoir si la constitution doit comporter, à l'instar de la Constitution américaine notamment, un préambule ou une « charte » énonçant les valeurs britanniques. Jusqu'à une époque récente, l'opinion générale était que cela n'était pas nécessaire et qu'il s'agissait de toute façon d'une démarche très peu britannique. Les Britanniques ne sont pas connus pour être à l'aise avec les déclarations de droit, qu'ils perçoivent tout au plus comme des sermons inefficaces. D'ailleurs, lorsqu'il a été demandé à des étudiants lors de séminaires s'il leur paraissait nécessaire d'inclure un préambule à la Constitution britannique, à l'unanimité ils ont répondu que non. Mais le Gouvernement Brown a soutenu qu'une telle déclaration pourrait finalement être utile. Il a d'ailleurs entrepris des consultations sur l'élaboration d'une déclaration britannique des valeurs (non pas une déclaration des valeurs britanniques, qui ne sont probablement pas très différentes des valeurs françaises, des valeurs irlandaises ou des valeurs norvégiennes, et n'ont que peu de rapport avec les questions constitutionnelles). L'objectif de l'exercice est de contribuer à répondre à deux questions. La première est : Comment préserver l'unité du Royaume, en tant qu'État multinational, avec une dévolution asymétrique ? La seconde : Comment préserver l'unité du Royaume, en tant que société explicitement multiculturelle et multiconfessionnelle, plutôt qu'en tant que société homogène, blanche et protestante ? Cette deuxième question n'est pas anodine pour une société dans laquelle, comme ont semblé le montrer les attentats suicides survenus à Londres en 2005, il existe une petite part de la population, quoique significative, qui, bien qu'ayant été éduquée dans des écoles britanniques, ne condamnent pas le terrorisme.

Par conséquent, la question de la rédaction d'un Préambule ou d'une « charte » des valeurs doit être analysée à l'aune des changements intervenus au XXI<sup>e</sup> siècle.

Pour en venir au contenu de la constitution elle-même, il y a bien d'autres questions qui se posent en matière de périmètre. La première constitution moderne, celle des États-Unis, entrée en vigueur en 1789, se divise en sections correspondant aux fonctions du pouvoir à partir d'une vision classique de la séparation des pouvoirs en législatif, exécutif et judiciaire. Cette Constitution a été conçue avant l'émergence des partis politiques de masse. L'expérience des dictatures au XX<sup>e</sup> siècle a montré qu'un régime en apparence construit sur la base d'une séparation des pouvoirs est parfaitement compatible avec la dictature si un parti totalitaire parvient à contrôler les différents organes du gouvernement. Dans l'Union soviétique, le parti communiste contrôlait l'exécutif, le législatif et le judiciaire ; un contrôle analogue était exercé par le parti nazi en Allemagne entre 1933 et 1945. Il en résulte que le principe de la séparation des pouvoirs, bien que nécessaire, n'est pas une condition suffisante pour la démocratie. Il doit y avoir aussi une lutte équilibrée pour la conquête du pouvoir entre des partis politiques opposés. Pourtant, ni les partis politiques ni le mode scrutin ne sont mentionnés dans la Constitution des États-Unis d'Amérique, pas plus qu'ils ne

le sont dans de nombreuses autres constitutions modernes. Lorsqu'ils sont mentionnés, ce n'est souvent que de manière très générale et imparfaite. La Constitution allemande de 1949 est l'une des rares à encadrer l'action des partis politiques. L'article 21 donne à la Cour constitutionnelle fédérale le pouvoir de déclarer inconstitutionnel tout parti dont l'objet ou le comportement de ses adhérents « serait susceptible de porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne ». Cette disposition a été utilisée par la Cour constitutionnelle fédérale pour interdire des partis extrémistes, qu'ils soient d'extrême gauche ou d'extrême droite.

Des élections libres et transparentes, tout comme un système fondé sur le pluralisme politique, sont des composantes essentielles de la démocratie. Une fois encore, pratiquement aucune constitution ne précise le mode de scrutin applicable aux élections législatives. Celles qui font référence au mode de scrutin se contentent d'indiquer que celui-ci doit être « proportionnel ». La Constitution irlandaise de 1937 est une exception notable puisqu'elle prévoit dans son article 16:2:5 que le *Dáil* procède d'une élection à la représentation proportionnelle bien spécifique, le système de vote unique transférable.

Certains diront que le référendum devrait aussi avoir sa place dans la constitution, et que celle-ci devrait préciser les cas dans lesquels un référendum devrait être organisé et selon quelles règles. Le problème est que, au Royaume-Uni il n'y a pas de consensus sur les réponses à donner à ces questions.

Les différentes manières par lesquelles les constitutions des pays démocratiques appréhendent ces questions sont, à n'en pas douter, le reflet d'histoires constitutionnelles différentes mais elles montrent que, au-delà d'un socle fondamental, il n'existe souvent pas de délimitation claire entre ce qui relève et ce qui ne relève pas de la constitution. Il peut y avoir débat, par exemple, sur le point de savoir si une constitution britannique devrait réglementer le rôle des partis politiques en incluant les principaux aspects de la loi de 2000 relative aux partis politiques, aux élections et aux référendums ; plus particulièrement si les partis politiques devraient être organisés de manière démocratique et s'ils doivent être soumis à une obligation de transparence et rendre des comptes en matière de financement. Il peut y avoir débat aussi sur le point de savoir si des dispositions concernant le mode de scrutin devraient être incluses dans la constitution, et si tel est le cas, si cela devrait concerner seulement le mode de scrutin applicable aux élections pour le Parlement ou si cela devrait concerner aussi les modes de scrutins applicables aux autorités dévolues et aux autorités locales. La difficulté tient évidemment à ce que le choix du mode de scrutin, que ce soit pour Westminster ou pour les autorités locales, fait aujourd'hui l'objet de controverse. Il est tout à fait possible que les modes de scrutin actuels connaissent des changements dans les années qui viennent – les autorités locales écossaises ont récemment abandonné le scrutin majoritaire uninominal à un tour (« *first past the post* ») pour un système de représentation proportionnelle avec vote transférable, un mode de scrutin qui pourrait aussi bientôt présider à l'élection des autorités galloises ; et il ne paraît pas totalement



inconcevable que le mode de scrutin applicable à la Chambre des Communes elle-même soit modifié dans un avenir plus ou moins proche.

Un autre problème se pose s'agissant du mode de scrutin. Tony Blair avait promis qu'aucune modification du mode de scrutin applicable aux élections à la Chambre des Communes n'interviendrait sans recours au référendum. Dans le même ordre d'idées, la bibliothèque de la Chambre des Communes a publié un rapport d'études publié en 2007 dans lequel elle affirme qu'il existe une « convention de la Constitution selon laquelle toute modification du mode de scrutin doit être approuvée autant que possible par décision unanime de tous les partis politiques<sup>5</sup> ». Le rapport poursuit dans la phrase suivante de façon un peu déroutante en indiquant que « cette convention n'est pas observée de manière universelle ». Cette convention supposée fait-elle partie de la constitution ? La constitution devrait-elle prévoir que tout changement de mode de scrutin pour les élections à la Chambre des Communes doit être approuvé par référendum ? À n'en pas douter, une loi modifiant le mode de scrutin sans que le peuple n'ait été consulté ne serait pas invalidée par le juge. Certains pourraient toutefois arguer qu'il existe un large consensus dans la classe politique sur la nécessité d'un référendum pour toute modification du mode de scrutin de sorte à empêcher que des gouvernements ne viennent le manipuler à leur avantage.

Dès lors, les rédacteurs de la Constitution britannique doivent se demander si la constitution doit mentionner le mode de scrutin ; et aussi s'il doit y avoir une disposition conditionnant tout changement du mode de scrutin à un accord de l'ensemble des partis politiques et/ou à un référendum. Il sera difficile de parvenir à une solution qui fasse l'unanimité.

D'autres problèmes se posent s'agissant du périmètre. Des décisions devront être prises sur la manière de gérer la dévolution asymétrique. Des désaccords sont à prévoir sur le point de savoir si la constitution doit prendre en compte le rôle joué par les différentes nationalités au sein du Royaume-Uni et si elles doivent bénéficier d'une protection constitutionnelle. Un accord est aussi indispensable s'agissant de la procédure à suivre si une partie du Royaume-Uni, l'Écosse par exemple, envisageait de faire sécession.

La difficulté qu'il y a à déterminer si ces questions devraient figurer dans la constitution et si oui, de quelle manière, réside pour partie dans le décalage qui existe entre la constitution telle qu'elle est et la constitution telle que l'on voudrait qu'elle soit. On pourrait juger souhaitable que la constitution impose un référendum pour toute modification du mode de scrutin au Royaume-Uni ; mais une telle disposition serait-elle le reflet exact de la manière dont la Constitution fonctionne aujourd'hui ? Ce qui est certain est que la question du périmètre, qui touche à ce que la constitution doit ou ne doit pas inclure, n'est pas simple à résoudre. La question de savoir comment elle peut être résolue sera abordée plus loin dans ce chapitre.

---

<sup>5</sup> Bibliothèque de la Chambre des Communes, *Standard Note : Speaker's Conference*, SN/PC/4426, 12 septembre 2007, 1.

### III

Une raison supplémentaire pour laquelle le problème du périmètre est si difficile à résoudre est que notre régime politique dépend de conventions dont le contenu et la portée sont parfois incertains. La difficulté à identifier ces conventions et à déterminer celles qui doivent être incorporées à la constitution, si elles doivent l'être, est au moins aussi grande que celle qui consiste à délimiter le périmètre de la constitution. Le problème de l'identification des conventions est particulièrement difficile au Royaume-Uni si l'on compare à Israël, par exemple, qui est un autre pays démocratique qui envisage de se doter d'une constitution écrite, parce que le Royaume-Uni, contrairement à Israël, qui a été fondé en 1948, est une vieille démocratie, qui a accumulé une grande quantité de conventions, dont certaines sont difficiles à distinguer de pratiques traditionnelles ou de simples usages. Dans un pays qui entend se doter d'une constitution écrite *de novo*, comme l'Allemagne en 1949 par exemple, le problème ne se pose évidemment pas.

Un auteur a soutenu que les conventions sont, en raison de leur nature même, impossibles à définir avec précision. « Il est [...] très difficile de distinguer les pratiques obligatoires des pratiques non obligatoires. La caractéristique des conventions, le fait qu'elles viennent compléter les lois qui sont appliquées par les tribunaux, tend dans le même temps à empêcher que l'on puisse les définir avec précision<sup>6</sup> ». Si tant est que cela soit vrai, alors la constitution pourrait difficilement définir de manière précise, par exemple, les pouvoirs de la Reine. Or, au cours des dernières années, certaines conventions ont été formalisées dans des manuels pratiques destinés aux fonctionnaires, aux ministres ou aux parlementaires. Il serait donc erroné de soutenir qu'il est impossible, par définition, d'identifier et de formaliser ces conventions. Les tribunaux ont parfois reconnu l'existence de conventions. Dans une affaire datant de 1982, *Reference re Amendment of the Constitution of Canada*, la Cour suprême du Canada est même allée plus loin. Non seulement elle a admis l'existence d'une convention mais encore elle a pris le soin de répondre à la question de savoir si une pratique, en l'occurrence celle qui consiste à obtenir l'accord des provinces avant toute révision de la constitution qui touche aux pouvoirs des provinces, était une convention ou un simple usage<sup>7</sup>. Il ne semble donc pas y avoir d'obstacles à ce que les conventions soient définies avec précision et aucun obstacle à ce qu'en conséquence certaines au moins puissent être incorporées dans une constitution écrite. Cela soulève néanmoins de nombreuses interrogations.

Le premier problème est de savoir si les conventions ont leur place dans la constitution. Si la réponse est non, alors il en résulterait, selon les termes d'un auteur, qu'une constitution consistant uniquement en « un cadre minimum, mêlant droit légiféré et prérogative royale présiderait, paré d'une hy-

---

<sup>6</sup> E.C.S. WADE, « Introduction » à la 10<sup>e</sup> édition de A.V. DICEY, *Law of the Constitution*, *op. cit.*

<sup>7</sup> (1982) 125 DLR (3d) 1. Voir P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Ontario, Thomson/Carswell, 5<sup>e</sup> éd., 2006, p. 1-26.



pothétique dignité, aux destinées du monde réel et des êtres faits de chair et de sang, un résultat que l'on pourrait qualifier de "schizophrénie volontaire"<sup>8</sup> ». Il serait pour le moins étrange qu'une constitution énonce que la Reine fait partie du processus législatif mais qu'elle ne dise rien de la convention selon laquelle elle doit donner son assentiment à toute loi adoptée par la Chambre des Communes et la Chambres des Lords. Idéalement, donc, une constitution doit prévoir des dispositions énonçant les pratiques actuellement en vigueur, et cela implique de tenir compte des conventions de la Constitution. Si la Reine venait à refuser de donner son assentiment à un texte de loi, ce refus serait sans doute considéré comme inconstitutionnel. Il est donc essentiel que quelques conventions au moins soient incorporées à la constitution.

Le second problème consiste à identifier les conventions et leur contenu. Cela n'est pas toujours une tâche facile. Il n'est pas toujours aisé de distinguer les conventions des simples coutumes ou des règles de conduite, qui peuvent changer à tout moment sans la moindre conséquence politique. Par exemple, il est désormais habituel pour le Premier ministre de se rendre à Buckingham Palace pour voir la Reine le mardi lorsqu'ils sont tous les deux à Londres, et pour le Premier ministre de résider au 10, Downing Street ; mais personne ne considérerait ces habitudes comme des conventions de la Constitution. De même, de nombreuses pratiques parlementaires, telles que le rôle du Black Rod dans la convocation des MPs<sup>9</sup> à la Chambre des Lords pour écouter le discours de la Reine, existent depuis très longtemps et semblent sacro-saintes, et pourtant elles pourraient être modifiées sans entraîner de conséquences politiques significatives. Elles appartiennent à ce que Bagehot a appelé les « parties majestueuses » de la Constitution. Modifier ces coutumes ne s'analyserait donc pas en une violation des conventions de la Constitution.

L'identification des conventions implique aussi de distinguer les règles véritablement normatives de celles qui dépendent des vicissitudes ou de circonstances politiques particulières, qui peuvent avoir un caractère éphémère. Jusqu'en 1960, par exemple, le fait que le ministre des Affaires étrangères siège à la Chambre des Communes était considéré comme une convention de la Constitution. Lorsqu'en 1955 Anthony Eden voulut nommer Lord Salisbury à ce poste en raison de cette supposée convention, il en fut dissuadé. En revanche, en 1960 et 1979, lorsque Harold Macmillan et Margaret Thatcher ont respectivement fait de Lord Home et de Lord Carrington leur ministre des Affaires étrangères, presque personne ne les a accusés de violer une convention, et les rares qui le firent furent ignorés.

Jusqu'en 1932, il était généralement entendu qu'une convention existait selon laquelle tous les membres du Cabinet avaient une responsabilité col-

---

<sup>8</sup> S.A. de SMITH, *The New Commonwealth and its Constitutions*, London, Stevens, 1964, p. 78. Le chapitre 3 de cet ouvrage comporte un excellent exposé des arguments pour ou contre l'incorporation des conventions dans la Constitution.

<sup>9</sup> MP (*member of Parliament*) est le titre des membres de la Chambre des Communes [NdT].

lective et devaient éviter de manifester publiquement leur désaccord avec la politique générale du gouvernement et que, dès lors, la violation de cette convention était cette année-là justifiée par l'existence d'un gouvernement de coalition. En 1975, cependant, l'événement s'est reproduit dans un gouvernement contrôlé par un seul parti, le Gouvernement travailliste d'Harold Wilson, et à nouveau en 1977 dans le gouvernement Callaghan sur la question du scrutin direct pour les élections au Parlement européen. À l'époque, le chef de l'opposition, Margaret Thatcher, avait demandé à Callaghan si la convention relative à la responsabilité collective de ses membres s'appliquait encore à son gouvernement, ce qui lui valut cette réponse : « Je suis convaincu que cette doctrine doit certainement s'appliquer, excepté dans les cas où je décide qu'elle ne doit pas s'appliquer<sup>10</sup> ».

Le rejet par la Chambre des Lords du « budget du peuple » de Lloyd George en 1909 est un exemple plus complexe puisqu'il a provoqué une crise constitutionnelle qui a trouvé son épilogue avec l'adoption du *Parliament Act* de 1911 lequel fixe, pour la première fois, des limites législatives aux pouvoirs de la Chambre des Lords. Le rejet du budget était généralement considéré comme inconstitutionnel au motif qu'il violait la convention selon laquelle la Chambre non élue ne devait pas intervenir dans l'adoption des lois à caractère financier. Les Pairs ont cependant considéré que le budget de 1909 était beaucoup plus qu'une loi à caractère financier dans la mesure où il comportait aussi un éventail de mesures fiscales de nature redistributive. Le budget était ainsi l'illustration, pour les Pairs, de la technique du cavalier budgétaire (« *tacking* »), qui consiste à ajouter au budget des dispositions qui n'ont pas de caractère financier par nature. Cet argument fut au final écarté. Le gouvernement libéral fit par deux fois appel à l'arbitrage du peuple, en janvier puis en décembre 1910, et bien qu'il ait perdu sa majorité, il put continuer à gouverner avec le soutien du Parti travailliste et des nationalistes irlandais. Les Libéraux ont alors fait adopter le *Parliament Act* qui prive les Lords de tous leurs pouvoirs législatifs en matière de lois à caractère financier.

Supposons un instant que les Conservateurs aient remporté les élections de janvier 1910 au détriment des Libéraux et qu'ils aient pu former un gouvernement. En toute logique, le *Parliament Act* n'aurait pas été voté et l'argument des Lords aurait triomphé. On aurait alors dit que la convention interdisant à la Chambre des Communes de rejeter une loi à caractère financier n'aurait donc pas été violée puisque le budget de 1909 était bien plus qu'une simple loi à caractère financier ; on aurait alors considéré que la convention ne trouvait à s'appliquer qu'aux matières purement financières par nature ; ou encore que ce que l'on croyait être une convention n'en était en réalité pas une. La définition très restrictive des lois à caractère financier que donne le *Parliament Act* de 1911, qui réserve ce qualificatif aux textes portant sur « la création, la suppression, l'allègement, la modification ou la réglementation de la fiscalité », n'a donc aucune valeur. Comme nous l'avons souligné dans le chapitre 6, le Speaker de l'époque, James Lowther,

---

<sup>10</sup> Débats à la Chambre des Communes, vol. 933, col. 552, 16 juin 1977.

a expliqué plus tard dans ses mémoires qu'il n'aurait pas qualifié le budget de Lloyd George de loi à caractère financier.

Que telle ou telle pratique soit considérée comme une convention dépend, en partie au moins, des vicissitudes politiques. Une convention qui paraît absolument intangible à un moment donné peut changer en même temps que l'équilibre des forces politiques. Comment dès lors distinguer les règles conventionnelles permanentes de celles qui dépendent du rapport de force politique ? Est-il même possible d'établir pareille distinction, ou n'y a-t-il finalement aucune différence entre les limites constitutionnelles au pouvoir et ses limites politiques ? Un auteur a soutenu que les conventions ne sont rien d'autre que des généralisations par induction, « une expression et une légitimation a posteriori de pratiques plutôt que de principes [...] Elles reflètent des règles de conduite communément observées<sup>11</sup> ».

Pour autant, une convention n'est pas simplement une règle qui est *considérée* comme obligatoire, elle *est* obligatoire. Il n'est cependant pas toujours facile de distinguer les deux et parfois, comme dans certains des exemples que nous avons exposés, la distinction peut rester floue pendant des années. Il n'est par conséquent pas toujours facile de distinguer ce que nous croyons être une convention et ce que nous croyons qu'une convention *devrait être*. Un auteur a soutenu l'idée que les conventions font partie de la « moralité critique<sup>12</sup> » de la Constitution. S'il en est ainsi, alors une étude historique ou sociologique ne peut pas permettre de les déterminer ; leur détermination résulte d'un constat normatif plutôt que d'un constat élaboré à partir de faits.

Une fois les conventions identifiées, une difficulté supplémentaire apparaît : précisément celle de déterminer lesquelles doivent être incorporées à la Constitution. Ce serait, selon Jennings, « une loi constitutionnelle unique qui mentionnerait le Cabinet parce qu'il en est question dans le *Ministers of the Crown Act* de 1937, mais qui ne saurait dire ce qu'il fait [...] C'est une loi "constitutionnelle" qui dirait peu de chose de la constitution<sup>13</sup> ». La constitution devrait-elle inclure la convention Sewell, selon laquelle il est en principe interdit au « Parlement de légiférer dans des domaines relevant des compétences dévolues à l'Écosse sans le consentement du Parlement écossais<sup>14</sup> » ? Devrait-elle prévoir avec précision l'étendue des pouvoirs de la Chambre des Lords ? Quels sont ces pouvoirs ? En droit, la réponse est claire. Les Lords n'ont de pouvoirs que s'agissant des projets de loi qui n'ont pas de caractère financier, et encore ils ne peuvent que retarder leur adoption pendant une session, et s'agissant des projets de loi visant à pro-

---

<sup>11</sup> D. FELDMAN, « One, None or Several? Perspectives on the UK's Constitution(s) », *Cambridge Law Journal*, 64-2, 2005, p. 334.

<sup>12</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 210. Cet ouvrage propose une fine analyse des problèmes qui découlent de l'existence de conventions au Royaume-Uni.

<sup>13</sup> I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, University of London Press, 5<sup>e</sup> éd., 1959, p. 70-71.

<sup>14</sup> Débats à la Chambre des Communes, vol. 592, col. 791, 21 juillet 1998.

longer le mandat des parlementaires pour lesquels ils ont un droit de veto absolu. Ils ont le pouvoir absolu de rejeter les textes de législation secondaire puisque les *Parliament Acts* ne portent que sur la législation primaire. Peu accepteraient, cependant, d'introduire dans la constitution une disposition particulière qui donnerait aux Lords un pouvoir absolu de rejet de la législation secondaire. Les pouvoirs de la Chambre de Lords ne sont pas seulement limités par la loi mais aussi par les conventions.

Un autre exemple pourrait être lié au fait de savoir s'il existe désormais une convention obligeant le gouvernement à obtenir le soutien du Parlement en vue du déclenchement d'opérations militaires. Il est parfaitement possible qu'un événement isolé, en l'occurrence le vote de la Chambre des Lords portant sur la guerre en Irak le 18 mars 2003, puisse créer un précédent. Pendant le débat, Jack Straw, ministre des Affaires étrangères, a déclaré qu'il était « constitutionnellement correct dans une démocratie moderne » qu'un gouvernement « cherche à obtenir un soutien clair de la Chambre des Communes pour une opération militaire », même si cela ne s'était jamais produit auparavant<sup>15</sup>. Ce vote a peut-être été à l'origine d'un précédent. Lors de son audition en 2007 devant la Commission des affaires constitutionnelles de la Chambre des Lords, Jack Straw, qui était alors Lord Chancelier et Secrétaire d'État à la Justice, invoqua « un principe fondamental selon lequel les décisions portant sur l'engagement militaire dans un conflit armé relevaient *in fine* de la Chambre issue du suffrage<sup>16</sup> ». Dans le Livre vert sur la gouvernance du Royaume-Uni, une proposition spécifique, assortie d'exceptions, notamment en ce qui concerne la riposte nucléaire, a été formulée en ce sens.

Identifier une convention et la distinguer d'une pratique ou d'un simple usage est donc loin d'être chose facile, et certaines conventions sont tellement générales qu'il est difficile d'en déterminer le sens avec un quelconque degré de précision. On pourrait objecter qu'il en va de même s'agissant des règles écrites. Mais celles-ci peuvent être interprétées par les juges contrairement aux conventions pour lesquelles il n'existe pas d'arbitre. Lorsque l'interprétation d'une convention pose problème, la solution dépend généralement de facteurs politiques. L'usage par le Chef de l'État des prérogatives royales, par exemple, a été grandement limité par le développement du bipartisme, qui a eu pour conséquence que la Reine n'a pas eu à user de son pouvoir discrétionnaire pour nommer le Premier ministre, ou pour accepter ou non une demande de dissolution formulée par le Premier ministre. Quand il n'y a que deux partis, la solution est généralement évidente. Mais cela pourrait changer dans le cas de l'élection d'un Parlement sans majorité, la solution devenant alors nettement moins évidente. Et si les Communes devaient un jour être élues à la proportionnelle, alors probablement tous les Parlements seraient minoritaires puisqu'aucune majorité n'est jamais parvenue à obtenir plus de 50% des voix depuis 1935. Un tel changement pourrait

---

<sup>15</sup> Débats à la Chambre des Communes, vol. 401, col. 900, 18 mars 2003.

<sup>16</sup> *Minutes of Evidence*, 23 octobre 2007, Q. 26.

profondément modifier le rôle de la Reine, quoiqu'il ne faille pas non plus exagérer l'ampleur d'une telle modification<sup>17</sup>.

On pourrait considérer que la codification des conventions dans une constitution écrite entraînerait une juridification trop importante de nos arrangements constitutionnels. Ce qui, auparavant, ne relevait que du domaine politique relèverait désormais du droit constitutionnel. Il appartiendrait alors aux juges de décider comment les conventions devraient être interprétées. Elles ne dépendraient plus de vicissitudes politiques et deviendraient justiciables. Mais un tel changement soulève de très grands problèmes. Les juges pourraient-ils vraiment, par exemple, décider ce qu'implique le principe de la responsabilité ministérielle ? Pourrait-il leur être demandé de définir des règles précises concernant les informations qui doivent être divulguées au Parlement par les ministres, et les circonstances qui obligerait les ministres à démissionner à la suite d'une faute de l'Administration ? Si tel devait être le cas, les juges seraient amenés à jouer un rôle beaucoup plus central dans le processus politique que celui qu'ils ont joué jusqu'à présent. Confrontés à de telles questions, les juges feraient sans doute tout leur possible pour ne pas se laisser entraîner dans le champ du politique, et invoqueraient probablement la théorie des « questions politiques » derrière laquelle la Cour suprême américaine s'est souvent retranchée, quoique pas systématiquement, lorsqu'elle était saisie de questions portant sur la séparation des pouvoirs.

Les conventions peuvent être de différentes sortes. Certaines peuvent être tout à fait fondamentales, à l'instar de la convention qui veut que le gouvernement démissionne après un vote de défiance à la Chambre des Communes ; d'autres conventions, par exemple la convention relative à la responsabilité individuelle des ministres, bien qu'elle puisse être considérée comme tout aussi fondamentale, peuvent voir leur interprétation évoluer avec le temps introduisant un flou ; d'autres conventions, par exemple la convention selon laquelle les membres de la famille royale ne peuvent pas prendre position publiquement sur des questions politiques, revêtent peut-être une importance moindre et indiquent simplement ce qui n'est pas recommandé<sup>18</sup>. Comment déterminer alors quelles sont les conventions qui devraient être incorporées à la constitution et parmi celles-ci celles qui doivent être justiciables ?

L'Australie a tenté de répondre à ces questions difficiles. En 1985, une commission, confusément dénommée Convention et composée de délégués du Commonwealth, a été mise sur pied dans le but d'identifier les conventions de la Constitution australienne. Dans son rapport, elle a dressé une liste de 34 conventions, portant sur des questions telles que les relations

---

<sup>17</sup> Voir aussi V. BOGDANOR, *Multi-Party Politics and the Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

<sup>18</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*, Toronto, Oxford University Press, 1991, p. 141, propose une classification de ce type, répartissant les conventions en trois catégories.

entre le Premier ministre, le Gouverneur général en tant que représentant de la Reine, et la Chambre des représentants<sup>19</sup>.

Dans un document soumis à la convention constitutionnelle australienne, Cheryl Saunders et Ewart Smith distinguent plusieurs catégories de conventions :

Certaines conventions pourraient utilement être incorporées à une constitution écrite, et leur application serait contrôlée par les tribunaux ; d'autres pourraient être incorporées à la constitution en tant que déclarations de principe non justiciables ; d'autres encore pourraient être instituées en dehors de la constitution dans le cadre d'un accord informel sur les points qui font consensus<sup>20</sup>.

Malheureusement, ils ne précisent nullement quelles conventions appartiennent à quelle catégorie. Peut-être pour la raison qu'il est difficile, voire impossible, de savoir *a priori* si une convention est justiciable ou non. La réponse ne peut être apportée qu'à l'issue du processus juridictionnel, puisque l'existence réelle ou supposée d'une convention sera soutenue par l'une des parties au procès dans son argumentaire.

Pendant il ne fait aucun doute que toutes les conventions ne se prêtent pas nécessairement à une codification et ne sont pas nécessairement justiciables. Il reste possible en effet d'édicter une convention tout en excluant qu'elle puisse être invoquée devant un juge. Et bien qu'il ne soit pas aisé de distinguer ce qui est politique de ce qui relève de la constitution ou du droit, il est certainement possible de le faire comme l'histoire d'autres systèmes juridiques nous l'enseigne.

À ce stade, si on considère que certaines conventions ne sont pas justiciables, quel serait l'intérêt de les codifier ? La seule réponse possible est que la codification pourrait apporter de la clarté dans un domaine souvent confus, et ainsi être utile dans la résolution des crises constitutionnelles. Reste que la codification de la Constitution pourrait très bien avoir pour conséquence de répartir en trois catégories les anciennes règles conventionnelles : les règles codifiées et justiciables, les règles codifiées mais non justiciables, et les règles non codifiées mais qui n'en seraient pas moins clairement affirmées. Dans le cas, toutefois, d'une règle codifiée mais déclarée non justiciable, on peut se demander en vertu de quoi un juge pourrait se

---

<sup>19</sup> Une présentation détaillée de ces conventions figure dans les « *appendices* » d'un article de C. SAMPFORD & D. WOOD, « Codification of Constitutional Conventions in Australia », *Public Law*, 7-3, 1987, p. 239-240. Voir aussi C. SAMPFORD « Recognise and Declare. An Australian Experiment in Certifying Constitutional Conventions », *Oxford Journal of Legal Studies*, 7-3, p. 369-417 ; et H. V. EVATT, *The King and his Dominion Governors*, Oxford, Oxford University Press, 1936. H.V. EVATT, qui devint plus tard le chef du Parti travailliste australien, fut le premier à proposer que les conventions soient incorporées à la Constitution australienne.

<sup>20</sup> C. SAUNDERS & E. SMITH, *Identifying Conventions Associated with the Commonwealth Constitution*, *Australian Constitutional Convention*, Standing Committee, « D », vol. 2, 1982, p. 1, cité par A.D. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions*, Toronto, Oxford University Press, 1991, p. 151.



prononcer dessus, et quelle force un jugement pourrait avoir puisqu'il n'emporterait aucune conséquence juridique.

Il ne faudrait pas exagérer l'ampleur de la clarification apportée par la codification d'une convention. Celle-ci devra être énoncée en termes très généraux et son interprétation ne manquera sans doute pas de faire l'objet de débats. Plus fondamentalement encore, codifier une constitution n'enlèverait pas la difficulté majeure qui est que la détermination de ce qui doit être une convention n'est pas qu'un pur exercice intellectuel ou juridique mais bien une affaire politique, comme le montre l'exemple de la convention Salisbury. Toute controverse sur le fait de savoir si une pratique équivaut à une convention, et plus précisément sur ce que cette convention prescrit, est sans aucun doute autant une controverse de nature politique qu'une controverse purement intellectuelle. De la même manière, une controverse sur le « sens véritable » de la clause de commerce ou la clause de l'égalité protection des droits dans la Constitution américaine n'est pas une simple controverse portant sur le sens des mots ou sur une question de fait, à savoir si les acteurs politiques se sentent réellement liés par ces clauses mais bien d'une controverse sur le point de savoir s'ils *doivent* se sentir liés, une controverse sur le sens de mots tels qu'« égale protection » *doivent* avoir, autant que sur le sens qu'ils ont *en réalité*. De la même manière, une controverse sur le point de savoir si la convention Salisbury tient ou si elle ne tient pas est plus qu'une simple controverse intellectuelle, il s'agit en partie d'une controverse sur le *locus* véritable du pouvoir politique. Il n'y a sans doute pas de manière satisfaisante de déterminer qui a raison dans de tels cas, dans la mesure où la réponse peut dépendre du rapport de force politique, des vicissitudes politiques et de l'état de l'opinion publique<sup>21</sup>. Au Royaume-Uni, il arrive souvent s'agissant des conventions que les limites de la Constitution coïncident avec les limites du pouvoir politique. Dans la période exceptionnelle que nous vivons, il est devenu particulièrement difficile de prédire l'issue de ce qui est essentiellement une bataille politique et, en conséquence, de trouver une solution satisfaisante au problème de la codification dans une constitution des pouvoirs des Lords, par exemple.

#### IV

Le problème de savoir comment décider celles des conventions qui devraient être incorporées à la constitution et comment elles devraient être formulées soulève une dernière question encore plus fondamentale. À qui confier le pouvoir d'adopter, de ratifier et de modifier la constitution ? Un texte constitutionnel, comme cela pourrait être suggéré, ne peut pas être adopté de la même manière qu'un texte de législation ordinaire. Le rapport de la Convention constitutionnelle australienne, qui en soi est utile, soulève la question du pouvoir qui peut être reconnu à un tel comité, aussi éminent soit-il. Pour qu'un tel processus soit considéré comme légitime, une assem-

---

<sup>21</sup> Voir sur ce point G.C. MOODIE, « The Monarch and the Selection of a Prime Minister: A Re-Examination of the Crisis of 1931 », *Political Studies*, 5-1, 1957, p. 18-19.

blée constitutionnelle dans laquelle l'ensemble des partis politiques seraient représentés, comme ce fut le cas en Australie, serait vraisemblablement nécessaire. Supposons toutefois qu'il n'y ait pas d'unanimité sur ce que la convention doit être, mais plutôt une sorte de désaccord comme cela était le cas par exemple pour la convention Salisbury. Un tel désaccord l'empêcherait-elle d'être considérée comme une convention ? Les représentants d'un parti politique, aussi petit soit-il, pourraient-ils opposer leur veto, ou la question pourrait-elle être tranchée par un vote à la majorité simple ou à la majorité qualifiée ? Il ressort du rapport australien que certaines conventions ont été décidées à la majorité. Comment les conventions pourraient-elles être modifiées, à l'unanimité, à la majorité simple, à la majorité qualifiée ? La réponse n'est vraiment pas évidente. Il semblerait que la Convention australienne ait réussi à établir une règle de reconnaissance pour les conventions, mais pas en ce qui concerne leur modification. Il serait dangereux d'introduire « un degré presque inédit de rigidité en partant de conventions caractérisées par l'indétermination et l'ineffectivité découlant de leur injusticiabilité<sup>22</sup> ».

Une assemblée composée des « meilleurs d'entre nous » est à l'évidence la seule méthode institutionnelle pour envisager des propositions en vue d'une constitution. Au Royaume-Uni, certains ont proposé la mise en place d'une convention élue au suffrage universel direct. Sir Menzies Campbell, lorsqu'il était à la tête du Parti libéral-démocrate, a suggéré que la moitié des membres d'une telle convention soit tirée au sort<sup>23</sup>. D'autres ont émis l'idée qu'elle procède entièrement du suffrage. Mais comme peu de citoyens pensent que les questions constitutionnelles ont une grande importance, l'abstention lors de telles élections risquerait d'être élevée, avec pour conséquence que la convention souffrirait d'un manque de légitimité.

Une alternative pourrait être une convention constitutionnelle représentative ne procédant pas de l'élection, sur le modèle de celle qui a fonctionné en Écosse entre 1989 et 1995<sup>24</sup>. Mais cette convention avait été établie pour traiter d'une seule question très spécifique, celle de la dévolution, et elle était exclusivement composée de personnes qui y étaient favorables puisque le Parti conservateur et le Parti nationaliste écossais ont refusé d'y prendre part. La société écossaise est plus homogène que la société anglaise, et il est probablement plus facile de parvenir à un consensus là-bas, en particulier s'agissant de questions touchant à la Nation écossaise. Une convention constitutionnelle pour le Royaume-Uni tout entier aurait à traiter un éventail de questions beaucoup plus large, et il serait bien plus difficile qu'en Écosse

---

<sup>22</sup> C. SAMPFORD, « Recognise and Declare », *op. cit.*, n° 18, p. 403. La référence à la règle de reconnaissance est bien sûr empruntée à H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 (en français : H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, trad. M. VAN DE KERCHOVE, 1976, p. 314).

<sup>23</sup> Sir M. CAMPBELL, « A Rescue Plan for Politics », *Guardian*, 6 septembre 2007.

<sup>24</sup> Voir V. BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 196-198 et K. WRIGHT, *The People Say Yes: The Making of Scotland's Parliament*, Edimbourg, Argyll Publishing, 1997. Le révérend Kenyon Wright présidait la Convention.

d'assurer une représentation adéquate des différents courants d'opinion. Si tous les partis acceptaient d'être représentés, la convention pourrait n'être que le reflet de la foire d'empoigne à laquelle se livrent les partis politiques à Westminster ; dans le même temps si, ne serait-ce qu'un seul parti d'opposition refusait d'y siéger, comme ce fut le cas en Écosse, la convention serait perçue comme non représentative, voire comme un simple instrument du gouvernement au pouvoir.

Certains pourraient avancer qu'une convention élue, peu importe les modalités de l'élection, n'est pas le bon instrument pour présenter des propositions en vue d'une constitution écrite dans la mesure où peu de propositions précises ont été formulées à ce sujet dans la population. Et pourtant l'expérience de l'Assemblée citoyenne de Colombie britannique sur la réforme électorale, analysée dans le chapitre 12, semble montrer qu'il ne faut en aucun cas sous-estimer le potentiel des citoyens ordinaires quand il s'agit de participer à la résolution de problèmes constitutionnels complexes. La direction des débats pourrait alors revenir aux « meilleurs d'entre nous » sous la forme d'un comité royal. Les membres de ce comité seraient des experts nommés par le gouvernement, et il ne fait nul doute que le gouvernement s'assurerait au préalable d'avoir l'accord des partis d'opposition dans le cadre de ces nominations. Le grand avantage d'un tel comité est qu'il constituerait un outil « pédagogique ». Il recueillerait des témoignages oraux et écrits sur l'ensemble du territoire, et les auditions seraient sans aucun doute télévisées, avec un large relais médiatique tant au plan local que national. Ce coup de projecteur mettrait en lumière les questions qui sont en lien avec la démocratie et pourrait inciter les citoyens à y réfléchir. Entre 1969 et 1973, le comité royal (Kilbrandon) sur la constitution, qui a principalement porté son attention sur la dévolution, a tenu des séances dans différentes parties du territoire, ce qui a permis de placer la question de la dévolution au cœur du débat public.

Une fois qu'une constitution aura été rédigée, il faudra choisir une procédure pour la ratifier. Le préambule de la Constitution des États-Unis commence par « Nous le peuple », ce qui indique que le peuple des États-Unis s'est donné la Constitution à lui-même. Pourtant, le peuple n'a pas directement été consulté ni pour choisir les Pères Fondateurs ni pour ratifier la constitution, ces deux décisions ayant été prises par des représentants élus. De la même manière, la Loi fondamentale allemande de 1949 déclare d'emblée que « le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant », alors que cette Loi a aussi été ratifiée par des représentants élus plutôt que directement par le peuple. Dans certains pays, cependant, comme la France, la constitution a été directement approuvée par le peuple. Il serait naturel de proposer que la Constitution britannique soit soumise au peuple en vue de sa ratification. Ce faisant, le Parlement aurait clairement indiqué qu'à l'avenir il ne serait plus souverain, puisqu'il serait alors lié par une constitution qui n'aurait pas seulement été

approuvée par lui mais aussi par le peuple duquel il tirerait ses pouvoirs et aussi les limites de ses pouvoirs<sup>25</sup>.

La révision de la constitution devrait-elle aussi être soumise au référendum, ou devrait-elle relever du seul Parlement ; et, si le Parlement en avait le pouvoir exclusif, devrait-il réviser la constitution de la même manière que lorsqu'il modifie la législation ordinaire ou devrait-on imposer une procédure spéciale, telle qu'une procédure d'abrogation explicite, un vote à la majorité qualifiée ou une approbation par référendum ? Il serait possible de donner à la Chambre des Lords un droit de veto absolu en matière de révision de la constitution, semblable à celui qui existe pour les lois prolongeant la vie du Parlement. Cette disposition constitue un précédent pour toute autre législation qui se verrait reconnaître un statut constitutionnel spécial. Quelle que soit la voie choisie, la majorité serait sans doute d'accord pour dire que la constitution ne doit pas être traitée comme une loi ordinaire. L'objectif principal de l'adoption d'une constitution est de mettre en place une sorte de loi « supérieure », dont les dispositions sont plus difficiles à modifier que celles d'une loi ordinaire. Une constitution acterait l'idée selon laquelle le Parlement a abandonné sa souveraineté et en ferait une réalité juridique<sup>26</sup>.

## V

Les difficultés liées à la codification de la Constitution sont considérables. Mais il n'y a aucune raison de penser qu'elles sont insurmontables. De même qu'il n'y a aucune raison de douter de la possibilité de codifier une constitution, ce qui mettrait le Royaume-Uni au niveau de la plupart des autres démocraties. Il n'y a aucune raison que cela soit impossible, aucune raison que le Royaume-Uni soit la seule, ou presque, parmi les démocraties à être incapable de se doter d'une constitution écrite. Ce qui est difficilement contestable est que la rédaction d'une constitution serait au moins dans une certaine mesure un exercice juridique et politique autant qu'un exercice intellectuel ; et qu'il serait difficile de distinguer notre jugement sur ce qu'*est* la constitution de notre jugement sur ce qu'elle *devrait être*. Déterminer ce qui doit entrer dans la constitution impliquerait des choix normatifs. On pourrait affirmer qu'il est temps que nous, en tant que pays, commençons à faire ces choix. Il ne peut être dit de nous que nous savons ce qu'*est* vraiment notre Constitution, encore moins que nous la comprenons, avant que nous ayons commencé à l'écrire.

Il y a donc des arguments théoriques solides en faveur de la codification de la Constitution, des arguments, au fond, assez irrésistibles. Il n'est toutefois pas certain que la période actuelle soit la mieux choisie pour la faire. La raison principale est que les réformes constitutionnelles entreprises de-

---

<sup>25</sup> Comparer avec O. HOOD PHILLIPS, *Reform of the Constitution*, London, Chatto & Windus, 1970, p. 156.

<sup>26</sup> Je dois cet argument au professeur Anthony Bradley. Mais il n'est pas responsable de l'usage que j'en ai fait.

puis 1997 ont laissé un goût d'inachevé, et une incertitude subsiste quant à leur orientation finale. La réforme constitutionnelle a été un processus plutôt qu'un événement ponctuel, et reste inabouti.

Ce que nous avons entrepris est unique dans le monde démocratique. Nous avons amorcé le passage d'une constitution non codifiée à une constitution codifiée, mais progressivement et de façon *ad hoc*. Il y a deux raisons à cela. La première est qu'il n'y a pas de volonté politique pour faire plus, la réforme constitutionnelle revêtant un intérêt clairement subsidiaire tant pour la population que pour la plupart des hommes et des femmes politiques. La deuxième raison est qu'il n'y a pas de consensus quant à l'objectif final du processus. Il n'y a pas de consensus, par exemple, quant à la manière de résoudre la « question anglaise » ni même sur le point de savoir si une solution existe ou si elle est nécessaire. Il n'y a pas non plus de consensus quant à l'avenir de la Chambre haute, des autorités locales, sur la place du référendum, et, peut-être plus fondamentalement encore, sur le mode de scrutin applicable aux élections à la Chambre des Communes. En définitive, les réformes entreprises depuis 1997 ne constituent pas un nouveau pacte constitutionnel et, au moment où nous écrivons, un tel pacte semble encore difficile à atteindre. Tant que la réforme n'est pas parvenue à son terme, il ne semble n'y avoir que peu d'intérêt à rédiger et à adopter une constitution.

### **Vernon Bogdanor**

*Professor of government at King's College London*

Traduit de l'anglais par :

**Alexandre Guigue**, maître de conférences en droit public à l'Université Savoie Mont Blanc et chargé d'enseignement à la Faculté de Traduction et d'Interprétation de l'Université de Genève, avec la collaboration de **Véronique Sauron**, traductrice et chargée d'enseignement à la Faculté de Traduction et d'Interprétation de l'Université de Genève et à l'Université Stendhal de Grenoble.

Source :

V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, London, Hart Publishing, 2009, Chap. 9: Towards a Written Constitution?, p. 215-231.

© Vernon Bogdanor, 2009, *The New British Constitution*, Hart Publishing, used by permission of Bloomsbury Publishing Plc.