

Gregory J. Bligh

## La Modération du Juge, la Liberté, la Démocratie

### Sur le *Rule of Law* de Lord Bingham<sup>1</sup>

C'est dans une longue tradition que vient s'inscrire cet ouvrage récent de Lord Bingham (décédé à l'âge de 76 ans peu après la publication de ce livre)<sup>2</sup>. Au Royaume-Uni – le berceau du *common law* – les décisions de justice sont un lieu d'expression des personnalités des juges, qui donnent libre cours à leur verbe et à leur pensée. Aussi se familiarise-t-on avec le style littéraire et la rhétorique de chacun, dont on vient à anticiper les références aux philosophes ou aux poètes. Un corps de droit issu de la coutume<sup>3</sup> peut en effet parfois être plus facilement rattaché à une science humaine qu'à une science proprement sociale – si tant est que l'on puisse trouver une définition satisfaisante de cette dernière qui fasse l'économie du recours aux *humanities*. Les grands juges de *common law* n'ont d'ailleurs souvent pas étudié le droit à l'université<sup>4</sup>. Lord Bingham était lui-même étudiant en histoire moderne à Oxford (Balliol College). Il en vint au droit par la pratique, une pratique filtrée par un cadre théorique d'étudiant en sciences humaines.

On n'est donc nullement surpris de voir paraître un livre dont l'auteur est un

---

1 Nous tenons à remercier chaleureusement Céline Roynier, Thibault Guilluy, et Pierre-Marie Raynal d'avoir gentiment accepté de relire cet article, et pour les observations précieuses qu'ils auront formulées – bien en amont de cette recension – qui ont aidé à en forger le propos.

2 Lord Bingham, T., *The Rule of Law* (Londres : Penguin Books, 2010).

3 Simpson, A.W.B., « The Common Law and Legal Theory », in : Simpson, A.W.B. (éd.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)* (Oxford, Clarendon Press, 1973), pp. 91 et s.

4 Hart, H.L.A., « Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952) », *The American Journal of Comparative Law*, (1953) vol.2, p. 356 ; Gower, L.C.B., « English Legal Training », *The Modern Law Review*, (1950) vol.13, p. 137.

juge. Ne serait-ce que depuis la fin de la deuxième Guerre mondiale nous avons pu lire, entre autres, le corpus impressionnant des textes de Lord Denning, ou les ouvrages de Lord Devlin. L'ouvrage que nous proposons de passer en revue en l'espèce est d'ailleurs le troisième paru sous la plume de Lord Bingham<sup>5</sup>.

*The Rule of Law* est un ouvrage relativement court (213 pages) et qui, pour un texte aussi pénétrant, est écrit dans un anglais très accessible. Les chapitres sont nombreux et brefs, les raisonnements faciles à suivre. La forme abordable ne sacrifie cependant en rien la teneur du propos. Les notes, reléguées à la fin de l'ouvrage, sont extrêmement denses (le chapitre 11 – le plus long de l'ouvrage – place 96 notes en 26 pages) et occupent une vingtaine de pages. Bingham annonce dès la préface qu'il ne s'adresse pas spécifiquement à un auditoire de juristes. S'il a cherché à réduire le recours au jargon des praticiens – dont il fait partie, il ne retire rien à la complexité de la matière et ne réalise ainsi pas de compromis quant au contenu, tout en guidant le lecteur de manière très didactique. Ce serait d'ailleurs un ouvrage fort recommandable pour des étudiants en droit, qui trouveraient là à la fois un niveau d'anglais très accessible et un texte juridique qui ne perd rien en termes d'exigences substantielles.

*The Rule of Law* a par ailleurs obtenu l'*Orwell Prize for Best Political Book 2011*, prestigieux prix décerné au Royaume-Uni pour un écrit politique. En effet, Bingham fut considéré au travers de ses opinions judiciaires comme une figure politique majeure, salué à sa mort comme « the greatest judge of our time »<sup>6</sup>. D'une part, il est le premier juge de l'histoire à avoir occupé les trois positions supérieures de la magistrature du pays de *Master of the Rolls* (position dans laquelle s'illustrera notamment Lord Denning), *Lord Chief Justice*, et *Senior Law Lord*. D'autre part, ses décisions ont été suivies de près par les commentateurs politiques, saluant souvent ses prises de position marquées en matière de droits de l'Homme.

---

5 Lord Bingham, T., *The Business of Judging* (Oxford : Oxford University Press, 2000) ; *Lives of the Law* (Oxford : Oxford University Press, 2011).

6 Kennedy, M., « Tributes to Lord Bingham, " the Greatest Judge of our Time – Human Rights Campaigners and Lawyers Hail 'Towering Figure' and 'Rock of Principle' " », *The Guardian online*, 12 septembre 2010, <http://www.guardian.co.uk/law/2010/sep/12/tributes-lord-bingham-judge-dies?intcmp=239>.



L'ouvrage est l'approfondissement d'un article publié en 2007, rédigé pour la *Sir David Williams Lecture* délivré par Bingham à Cambridge en 2006, et dont il reprend les points centraux<sup>7</sup>. On y trouve déjà la définition centrale du *rule of law* :

« *The core of the existing principle is (...) that all persons and authorities within the State, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefits of law publicly and prospectively promulgated and publicly administered in the courts.*<sup>8</sup> »

Bingham s'inspire dans un premier temps de la définition tripartite du *rule of law* proposée par Dicey – qui aurait forgé l'expression. Il s'agirait d'une part du principe selon lequel nul ne doit être puni sans qu'une infraction au droit ait été établie par un tribunal ordinaire(1), tout individu quel qu'en soit son rang devant par ailleurs être soumis au droit ordinaire ainsi qu'aux tribunaux ordinaires (2). D'autre part le *rule of law* doit être compris comme un principe éminemment *pratique* se dégageant de la protection *effective* et concrète des libertés par les tribunaux, et non pas issus d'énoncés de principe abstraits (3) (pp. 3-4).

L'élément qui frappe d'emblée le lecteur continental, c'est que l'on n'a pas affaire à un ouvrage sur l'État de droit. Le *rule of law* porte clairement sur le rapport de toute personne – physique ou morale, publique ou privée – au droit. Lord Denning définissait à ce titre le *rule of law* comme l'interdiction de se faire justice à soi-même, ce qui empêchait également les autorités publiques d'agir hors du cadre de la loi, c'est-à-dire hors du cadre de la *justiciabilité*<sup>9</sup>. L'État ne figure ainsi dans la définition du *rule of law* qu'en ce qu'il constitue les limites de l'ordre juridique au sein duquel s'appliquent les règles de droit en question. Bingham n'a d'ailleurs aucune difficulté à envisager au titre du *rule of law* l'interaction des justiciables et des règles de droit international (pp. 110 et s.). Il ne s'intéresse pas

---

7 Lord Bingham, T., « The Rule of Law », *Cambridge Law Journal*, (2007) vol.66, pp. 67-85.

8 Lord Bingham, T., *The Rule of Law, op.cit.*, p. 8 ; Lord Bingham, T., « The Rule of Law », *op.cit.*, p. 69 : « Le noyau dur du principe est que toute personne et toute autorité à l'intérieur de l'État, qu'elle soit publique ou privée, doit être soumise au règles du droit et pouvoir en bénéficier, règles promulguées publiquement ainsi que de manière prospective, et appliquées publiquement par les cours de justice. »

9 Lord Denning, A.T., *The Road to Justice* (Londres: Stevens & Sons, 1955), p. 7.

principalement à une *caractéristique* de l'État (dont il s'agirait de s'assurer qu'il est État de droit plutôt qu'État autoritaire), et la question semble bien plutôt porter sur le point de savoir quelles règles seront connues – ou connaissables – par les *juges* dans une affaire donnée. L'interpénétration des ordres juridiques interne et international est ainsi une question tout aussi centrale à la problématique du *rule of law* (comme nous le verrons plus loin) qu'une question portant sur la structure interne de l'État (pp. 117 & 119).

Le *rule of law* s'explique par son histoire. Bingham consacre un très beau deuxième chapitre à la genèse du *rule of law*. Il fait remonter la question – bien entendu – à la *Magna Carta* et l'*Habeas corpus*, en passant par toutes les étapes tourmentées du XVII<sup>e</sup> siècle – la Guerre civile et la Glorieuse révolution (etc.) – en marquant ensuite l'influence des déclarations des droits issues des révolutions américaine et française. Il est ainsi remarquable de voir que Bingham dans sa perspective de *common lawyer* n'évoque nulle part au cours de ce chapitre l'avènement de l'État moderne, bien qu'il évoque le renforcement du pouvoir exécutif et la centralisation du pouvoir – qui sont des éléments constitutifs de sa genèse. Bien au contraire, on comprend que le *rule of law* consiste en l'idée d'une protection de l'individu par le droit contre *tout* pouvoir oppressif. Le principe est d'origine pré-moderne et puise sa source dans le Moyen Age, même s'il sera véritablement consacré lors du rejet des tentatives d'absolutisme mises en œuvre par le pouvoir royal avec l'apparition de l'État baroque.

L'approche de Bingham, perçue depuis le continent, est tout à fait intéressante. En effet, dans la mesure où le *common law* avait su mettre en œuvre une protection *pratique* de la liberté des sujets, celle-ci doit être considérée comme l'une des préconditions à partir de laquelle on conçoit la notion d'une constitution d'Angleterre dont *émergerait* l'État. La constitution n'est plus une contrainte à laquelle on soumettrait un État préexistant qui consentirait à *octroyer* la protection du *rule of law*. Sur le continent l'État de droit doit être compris comme le résultat d'un infléchissement progressif d'un pouvoir étatique que les légistes auront réussi avec succès à centraliser progressivement. Le *rule of law* est bien plutôt une condition *préalable* de l'État britannique et de son droit constitutionnel. Bingham illustre ainsi très bien ici l'idée selon laquelle « le droit constitutionnel d'Angleterre n'est pas la source, mais la *conséquence* des droits individuels tels que les *cours de justice* les ont définis et fait respecter »<sup>10</sup>.

Le *rule of law* ne peut donc être considéré comme un principe abstrait guidant le législateur, mais une protection pratique des intérêts de l'individu. Bingham illustre donc une approche pragmatique de la défense des libertés qui ne lie pas

---

10 Zoller, E., « Rule of law », in : Rials, S. & Alland, D. (éds.), *Dictionnaire de la Culture Juridique* (Paris : Quadrige / Lamy-PUF, 2003), p. 1380, emphase rajoutée par nous-même.

absolument le pouvoir, mais qui appelle une *justification* satisfaisante de toute mesure empiétant de fait sur les intérêts d'autrui (p. 8). Il s'agit ainsi d'un certain libéralisme pragmatique.

Au squelette de définition que nous avons relevé plus haut, Bingham apportera de la chair tout au long de l'ouvrage, en posant huit règles sommaires qu'il tient pour consubstantielles au *rule of law*:

1. Le droit doit être accessible, intelligible (clair), et prévisible (pp. 37 et s.).
2. Les droits, les devoirs, et la responsabilité de chacun, doivent être déterminés en application du droit, et non pas par la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice échapperait au contrôle en substance des juges (pp. 48 et s.).
3. Chacun doit être soumis au droit à titre égal, toute différence d'application devant être justifiée par des critères objectifs (pp. 55 et s.).
4. Les autorités publiques doivent exercer leurs pouvoirs de bonne foi, équitablement, et en vue des fins pour lesquelles ils leur ont été conférés, sans en excéder les limites raisonnables (pp. 60 et s.).
5. Les droits fondamentaux doivent également être efficacement protégés par le droit en vigueur (pp. 66 et s.).
6. Les parties à un litige privé doivent être en mesure de régler celui-ci sans entrave de coût ni de délai déraisonnables (pp. 85 et s.).
7. Les procédures judiciaires doivent garantir un procès équitable (pp. 90 et s.).
8. L'État doit se conformer aux obligations qui lui incombent au regard du droit international, aussi bien que du droit interne (pp. 110 et s.).

Chacun de ces éléments occupe un chapitre de la deuxième partie de l'ouvrage. Ces axes recourent de nombreuses analyses de première main au cours desquelles Bingham n'hésite pas à commenter les *rationes decidendi* des décisions majeures dont il a rédigé l'opinion principale, ou dans le cadre desquelles il a plaidé en tant qu'avocat.



L'un des thèmes qui traverse l'ouvrage porte sur la question de savoir si le *rule of law* est une notion qui recoupe les droits de l'Homme et les droits fondamentaux (retenant ainsi les points (5) et (8) dans la définition), ou s'il s'agit d'une notion plus essentiellement *procédurale*. Le *rule of law* serait alors une notion formelle qui consiste essentiellement pour les membres d'un groupe social à agir en conformité avec un droit qui n'établit de discrimination entre eux que sur la base de critères légalement prédéfinis. A cette acception étroite – défendue notamment par Joseph Raz, Lord Bingham se fait le défenseur d'une acception plus large du *rule of law* en y incorporant un volet *substantiel* de protection des droits fondamentaux (pp. 66-67). Il ne suffirait plus de savoir sous quelle forme le droit est appliqué, mais également d'évaluer qualitativement le contenu de celui-ci.

Si le *rule of law* trouve sa source dans le passé le plus lointain, il ne faut pas oublier que ce sont les juges qui le mettront systématiquement à jour. Ce sont eux qui dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle mettront en place – au prix d'un conflit parfois prononcé avec le Parlement – la procédure du *judicial review* (c'est-à-dire du contrôle de légalité des actes administratifs) afin de compenser l'accroissement des pouvoirs de l'exécutif appelé à intervenir dans des domaines de plus en plus divers avec l'avènement de l'État-providence<sup>11</sup>. Bingham n'évoque pourtant qu'en passant la question du *judicial review*. C'est peut-être dommage, car ce livre dynamique aurait encore gagné à retracer l'apparition progressive de la procédure de *judicial review* par l'extension progressive des *writs* traditionnels (*habeas corpus*, *certiorari*, *mandamus*) au rythme de tours-de-force jurisprudentiels successifs<sup>12</sup>. Ce récit tout à fait passionnant constitue en tout cas vraisemblablement la toile de fond de la troisième partie, bien que cela soit implicite. Lord Bingham se situe à ce titre dans la génération de juges, prenant la relève de celle de Denning, qui a dû lutter pour la protection des droits individuels à la lumière de menaces nouvelles. La trame véritable de ce livre, et qui se dégage clairement dans la dernière partie, porte sur la protection des droits fondamentaux dans l'après 11-Septembre. Si Denning était le juge qui a vu l'avènement de l'État

---

11 Lord Denning, A.T., *Freedom Under the Law* (Londres: Stevens & Sons, 1949), p. 126: « *Properly exercised the new powers of the Executive lead to the Welfare State: but abused they lead to the totalitarian State.* »

12 Nous renvoyons à ce sujet aux ouvrages de Lord Denning ; plus spécifiquement : Lord Denning, A.T., *The Changing Law* (Londres: Stevens & Sons, 1953), p. 5-6, pp. 20-32, & 44.

providence, Bingham est celui qui aura vu la montée de l'État de surveillance (p. 155). Cet ouvrage s'inscrit bien dans une tradition, un genre littéraire particulier au Royaume-Uni : celui du juge commentateur (vaudrait-il mieux dire *chroniqueur*?) de son temps, ce qu'il fut d'ailleurs depuis le Moyen Age à travers les opinions individuelles qui nous sont parvenues.

Le chapitre 11 (*Terrorism and the Rule of Law*) passe ainsi en revue les réactions au phénomène terroriste au Royaume-Uni et aux États-Unis à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle. C'est dans ces passages que l'on voit tout l'intérêt pour Bingham d'adopter une notion de *rule of law* élargie à la protection des droits fondamentaux, protection en grande partie véhiculée par les instruments internationaux. Il reviendra sur les affaires majeures de la première décennie de ce siècle et qui auront marqué la fin de sa carrière (jusqu'à sa retraite en 2008). Parmi celles-ci, l'affaire *Belmarsh* (2004) ressort nettement<sup>13</sup>.

Cependant, au moment où l'on croit poindre une rhétorique relativement classique de défenseur des droits de l'Homme, Bingham nous livre un dernier chapitre saisissant de mesure et de clairvoyance (*The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament*). S'il avait auparavant bien tiré le *rule of law* dans le sens des droits de l'Homme, et ce pour rappeler à l'ordre un Parlement qui semble n'avoir aucun scrupule à faire sombrer le pays dans un régime de surveillance ; il revient finalement vers la nature première du *rule of law* qui est non pas un avatar de l'État de droit, mais un rapport de droit entre chaque personne vivant sur le territoire, et posant ainsi essentiellement une question de justiciabilité. Bingham discutera tout au long de ce chapitre de la tension qui existe entre le principe de la souveraineté du Parlement – juridiquement illimitée – et le *rule of law*. Une partie de la discussion sera structurée autour de l'arrêt *Jackson* (2005) auquel il aura également participé<sup>14</sup>. Néanmoins, le point sur lequel le courage intellectuel – la *modération* dans l'opinion – de Bingham est le plus marquant est sans nul doute son traitement de la tension classique qui peut exister entre démocratie et libéralisme.

Cette tension relevée par la magistrature britannique, et qui est l'un des véritables enjeux de cet ouvrage (Bingham traite largement du droit international), résulte de ce qu'il n'est pas nécessairement judicieux ni *légitime* de faciliter

---

13 *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 ; Opinion de Lord Bingham: pp. 1-47 ; §§.1-63. L'arrêt peut être lu à cette adresse : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand.pdf>.

14 *R (Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56; Opinion de Lord Bingham: pp. 1-25; §§.1-41. L'arrêt est disponible à cette adresse: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051013/jack.pdf>.

l'applicabilité directe du droit international dans l'ordre juridique interne au nom de la protection des droits fondamentaux, sans attendre un acte de transposition du droit international dans l'ordre juridique interne par l'assemblée démocratiquement élue. C'est d'autant plus vrai que la culture juridique britannique est essentiellement dualiste. Il y a là une ligne très fine que les juges britanniques s'efforcent de tracer décision après décision<sup>15</sup>. Il est remarquable de voir que *law lords*, dont il n'aurait pas été inenvisageable qu'ils cherchent à s'arroger des compétences bien plus étendues, ont eu la pudeur de soutenir que des questions d'une telle importance ne doivent pas être laissées aux seules décisions de justice, mais doivent être traitées par voie de norme générale – parlementaire ou référendaire (p. 168). Un partisan aussi fervent des droits de l'Homme que Bingham aurait aisément pu ne pas relever l'existence de cette tension. On est donc très surpris et séduit de voir l'approche *a-dogmatique* avec laquelle il aborde la question. Il saisit le taureau par les cornes et livre un raisonnement équilibré qui ne cherche pas à résoudre le problème par un recours à une position de principe rigide, ni par un contournement de la question en la passant sous silence. Si, plus que tout autre juge, il aura contribué à la mise en œuvre du *Human Rights Act (1998)* et de son embryon de contrôle abstrait de la loi, il ne va pas jusqu'à défendre l'idée d'une révision constitutionnelle d'une telle ampleur mise en œuvre par les juges sans le soutien du Parlement.

Il nous faut dès lors relever un équilibre institutionnel extrêmement fin dont Bingham se fait l'avocat dans ce dernier chapitre. S'il défend la cause des droits de l'Homme, c'est en respectant absolument les cadres posés par le Parlement (p. 165). Bingham n'adopte ainsi pas une posture militante, même s'il est clairement favorable à une révision constitutionnelle. Les droits fondamentaux sont une extension du *rule of law* mais ne l'épuisent pas. Le *rule of law* est au service de la liberté politique, et celle-ci entend se doter de ses propres lois.

Il faut dire que le *judicial review*, qui est une création du *common law*, permet depuis son apparition aux juges de ne porter aucun jugement sur une norme *générale* (éditée par le Parlement), mais de contrôler néanmoins les actes d'application de la norme (édité par l'administration) aux cas *particuliers*. Les juges n'ont dès lors dans cette optique pas besoin de chercher à sanctionner le législateur, leur tâche consistant surtout en une protection des individus et de la

---

15 Voir par exemple : *R. v. Lyons* [2003] 1 A.C. 976, *per* Lord Hoffman (p. 995) : « *It is the duty of the State to comply with international law, whatever may be the organs which have the power to do so. And likewise, a treaty may be infringed by the actions of the Crown, Parliament, or the courts. From the point of view of international law, it does not matter. In domestic law, however, the position is very different. The domestic constitution is based upon the separation of powers. In domestic law, the courts are obliged to give effect to the law as enacted by Parliament. This obligation is entirely unaffected by international law.* »



liberté qui leur est conférée dans le *common law* quelles que soient les circonstances, protection qui s'exerce à l'encontre du pouvoir *exécutif*. C'est donc avec une certaine cohérence que l'on a pu écrire que le *rule of law* est l'élément qui est venu systématiquement contrebalancer la souveraineté du Parlement, en assurant que celle-ci soit toujours *concrètement* compatible avec la liberté des individus. Loin d'être une négation de la souveraineté du Parlement, le *rule of law* en est le corollaire<sup>16</sup>. Il est le point d'articulation d'un *common law* traditionnellement tourné vers la liberté, et d'une légitimité démocratique (apparue sur le tard si l'on considère la longévité du *common law*) à l'expression de laquelle le droit donne libre cours. On a donc une configuration sensiblement différente de la démocratie constitutionnelle que l'on trouve sur le continent qui cherche à protéger l'individu par le *contenu* de la norme générale en encadrant l'expression de la volonté de l'assemblée élue<sup>17</sup>.

On aperçoit ici pleinement les enjeux de l'applicabilité directe du droit international. A force d'attendre du droit international de saisir directement l'individu en transcendant les frontières au nom de la défense de ses droits fondamentaux, le risque est grand d'effacer les seules limites au sein desquelles il nous est pour l'heure possible d'envisager l'exercice effectif de la démocratie. Il est des moments où il nous faut non pas nous ranger du côté du bien, mais choisir entre deux maux relatifs. Le luxe dans ce contexte est bien de trouver un ouvrage qui sache – tout en prenant position – faire preuve de toute la mesure nécessaire pour informer le débat, et qui ne s'attache pas seulement à rallier les troupes. Ce livre de Bingham est à ce titre un exemple de nuance et de bonne mesure. On peut en fin de compte se demander si dans un monde ouvert aux libres commentaires de chacun et aux déplacements frénétiques de l'opinion, ce n'est pas justement le développement patient du *topos* – par le propos modéré – qui relève d'une approche militante, c'est-à-dire de la *conscience* d'un avenir à déterminer *politiquement* en commun.

### **Gregory J. Bligh**

Doctorant à l'Institut Michel Villey (Université Panthéon-Assas (Paris II)) dont les travaux portent sur *Les dimensions analytiques et empiriques du point de vue interne de la norme chez le juriste britannique H.L.A. Hart*, sous la direction du Professeur Olivier Beaud

---

16 Marsh, N.S., « The Rule of Law as a Supranational Concept », *op.cit.*, p. 227.

17 Jouanjan, O., « État de Droit », in : Rials, S. & Alland, D. (éds.), *Dictionnaire de la Culture Juridique* (Paris : Quadrige / Lamy-PUF, 2003), p. 652.