numero 2/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-2-04-9R5

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Retour sur Écrire la Constitution britannique. Une introduction au droit politique britannique, Denis Baranger (Presses Universitaires de France, coll. Léviathan, 2008, 315 p.)

Aurélien Antoine
Professor of Public Law, Holder of the Chair of Comparative Public Law and Politics, Director of the Brexit Observatory: Post-Brexit UK and EU Research Group, University Jean-Monnet of Saint-Étienne

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2025

Retour sur Écrire la Constitution britannique. Une introduction au droit politique britannique, Denis Baranger (Presses Universitaires de France, coll. Léviathan, 2008, 315 p.)

di Aurélien Antoine*

di **Aurélien Antoine**

Pour le second numéro de l'année 2025, la revue a souhaité revenir sur un ouvrage désormais classique dans les études de droit comparé en France : celui de Denis Baranger, intitulé *Écrire la Constitution britannique. Une introduction au droit politique britannique*, publié en 2008.

Lorsqu'il rédige cet opus qui a permis aux juristes français de comprendre comme jamais auparavant l'originalité de la Constitution britannique, Denis Baranger est professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas, dont il est docteur (après avoir été diplômé de l'Institut d'Études politiques de Paris, de l'Université de Cambridge), et de l'Université. Son ouvrage s'inscrit dans la lignée de sa première publication tirée de sa thèse, dans la collection Léviathan des Presses Universitaires de France, *Parlementarisme des Origines*[1]. Une connaissance remarquable du droit constitutionnel, du droit public britannique, et des idées politiques fait de Denis Baranger l'un des meilleurs spécialistes du droit public en France (il est membre honoraire de l'Institut Universitaire de France). Sa réputation dépasse les frontières françaises, puisqu'il a été professeur invité à l'*Institute for European and Comparative Studies* de l'Université d'Oxford – dont il a été le directeur adjoint en 2003-2004. Il fut aussi accueilli aux Universités d'Édimbourg et de Melbourne (en tant que membre du *Centre for Comparative Constitutional Studies*). En 2021, il est *BOK Visiting International Professor* à Penn Law (University of Pennsylvania Law School). Plusieurs ouvrages remarqués, en anglais et en français, alimentent sa bibliographie, notamment *Constitutionalism and the Role of Parliaments* avec Katia Ziegler et Anthony Bradley (Hart, 2007), *Le Droit Constitutionnel* (PUF, Que-Sais-Je ?, régulièrement mis à jour), *Penser la Loi* (Gallimard, 2018) qui a été couronné par le prix Charles Aubert de l'Académie des Sciences Morales et Politiques, et enfin *La constitution : sources, interprétations, raisonnements* (Dalloz, 2022). Denis Baranger est enfin directeur de l'Institut Michel Villey et co-directeur de la revue *Droit et Philosophie*.

Parlementarisme des Origines s'ouvre sur une introduction générale qui campe rapidement les enjeux de la recherche menée par l'auteur. La problématique retenue consiste à partir d'une définition de Paine, selon qui la Constitution est la *« loi suprême adoptée par le peuple en vue de créer des institutions politiques aux compétences limitées »* (p. 3). Cette conception a, dans les démocraties occidentales et au-delà, triomphé. Désormais, pour le juriste continental pétri de la tradition romano-germanique et accoutumé à la formalisation écrite du droit, la Constitution du Royaume-Uni est « un problème ». Elle est un problème, car au Royaume-Uni, les règles de dévolution du pouvoir et de son exercice, celles qui portent sur la forme de l'État ou encore relatives aux rapports d'autorité entre les institutions ou entre l'État et les citoyens ne relèvent pas de l'acception de Paine. En n'y répondant pas, la

* Professor of Public Law, Holder of the Chair of Comparative Public Law and Politics, Director of the Brexit Observatory: Post-Brexit UK and EU Research Group, University Jean-Monnet of Saint-Étienne

[1] Sous-titré *Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, PUF-Léviathan, 1999, préf. Stéphane Rials, 410 p.

Constitution britannique pourrait ne pas exister au sens moderne… alors même qu'elle apparaît comme une base incontournable de toute étude de droit constitutionnel.
L'entreprise de Denis Baranger consiste à surmonter ce paradoxe en tentant de trouver comment la Constitution d'Angleterre avant tout a pu être *produite* (au sens de « donner existence à »). Ce terme fait référence à un processus dynamique qui ne peut être compris que dans l'appréhension d'un temps long par la pratique et la confrontation des idées. Le livre de Denis Baranger n'est pas seulement un texte juridique : il est aussi une source majeure de l'histoire de la Constitution britannique et de ses fondements philosophiques et idéologiques. Dans une formule limpide, il décrit l'objet de sa recherche en tant que moyen de déchiffrer et d'expliquer ce qu'est cette machine « *à fabriquer de la nouveauté politique à partir de la continuité institutionnelle* » (p. 5), et, à l'inverse, à aborder ce qui paraît inédit (comme le *Human Rights Act* de 1998) comme reprenant en partie un héritage ancien[2].
Le jalon essentiel de l'étude de Denis Baranger réside dans la volonté méthodologique de s'extraire du « droit tel qu'il est », c'est-à-dire du positivisme, au profit d'une démarche permettant « d'identifier en quoi consiste le cadre » dogmatique de l'émergence de la Constitution britannique et « *ceux qui l'ont précédé* » (p. 8). Pour l'auteur, son sujet est un objet de droit politique qui « *est à la fois le lieu où se fait* » la rencontre entre les auteurs politiques (dont les philosophes) et les juristes, puis « le résultat » de leurs discussions (p. 8). La Constitution britannique serait le produit de cette rencontre qui a garanti l'émergence « *de nouvelles manières de penser les rapports entre droit et politique pour élaborer de nouvelles formes "constitutionnelles"* » (p. 8). Les grands principes du droit constitutionnel contemporain sont le résultat de cette élaboration au long cours (qu'il s'agisse de la mutation des libertés, de l'affirmation de la souveraineté du Parlement ou du principe de *rule of law*).
À partir de ces contours, Denis Baranger souhaite déterminer la culture politico-juridique qui est à l'origine de l'édification de « *l'objet "Constitution britannique"* » (p. 9) qui va à son tour engendrer les institutions. Comme le présente l'auteur, les trois premiers chapitres (« *L'Ancienne Constitution* », « *La Constitution d'Angleterre* », « *Le droit constitutionnel* ») portent sur les ressorts et les cadres intellectuels de la construction du droit politique britannique qui persistent dans la façon d'aborder la Constitution britannique à l'époque actuelle. Les deux derniers chapitres s'attellent, pour leur part, à s'intéresser à deux concepts essentiels à la compréhension du droit politique britannique : la Couronne (chapitre 4, « *Ce qu'il est advenu de la Couronne* ») et le corps politique (chapitre 5: « *L'art de bâtir un corps politique* ») qui permettent d'identifier progressivement le pouvoir exécutif et l'État contemporains au Royaume-Uni.
Dans cette recension en guise d'hommage et de diffusion d'un ouvrage qui n'a pas forcément fait l'objet d'une vaste publicité en Italie, nous nous proposons de retenir des passages marquants qui montreront à quel point la réflexion de Denis Baranger est indispensable à la maîtrise des modalités d'élaboration et des forces souterraines qui animent la Constitution britannique.
Le premier chapitre est l'occasion, pour tous ceux qui n'ont pas une appréhension claire du *common law*, d'en comprendre les ressorts historique et culturel. Dès les premières lignes de cette partie, Denis Baranger insiste sur le fait que le *common law* est une culture avant d'être une source du droit[3]. L'esprit coutumier qui habite cette culture implique un point de vue radicalement différent du juriste civiliste qui doit se défaire de ses propres réflexes

[2] En ce sens, V. M. Tugendhat, E. de Montlaur-Martin, *Les droits du genre humain : la liberté en France et en Angleterre (1159-1793)*, Société de Législation Comparée, coll. Sensus Iuris, 2021, 570 p.
[3] V. Assier-Andrieu, *L'autorité du passé : essai anthropologique sur la Common law*, Dalloz, 2011, 271 p.

is Baranger, il est possible de s'acculturer intellectuellement au *common law* anglais sans, en somme, se déplacer outre-Manche. Si l'analyse porte dans ce chapitre sur la Constitution avant le tournant de la seconde moitié du XVIIe siècle, nul doute que la rationalité du *common law* continue de s'imposer après 1689. L'une des conclusions à laquelle parvient Denis Baranger nous paraît déterminante et éclairante afin de jauger les dynamiques qui sous-tendent la Constitution britannique, notamment celle de la constance des disputes à l'origine des évolutions sans révolution de la matière constitutionnelle – ce que nous avons pu appeler « la mutation constitutionnelle permanente » la Constitution britannique[4]. Notre auteur souligne ainsi que « *non seulement les controverses apparaissent, mais elles sont la texture même de la constitution coutumière* » (p. 32).

Se dessine ensuite au fil des pages l'émergence du *common law* comme « droit fondamental » du Royaume qui, finalement, fait surgir une contradiction puisque son interprétation a conduit les juristes (au premier rang desquels Lord Coke) et les acteurs politiques à considérer que le Parlement devait son autorité à son caractère immémorial issu d'un *common law* à l'origine de la reconnaissance « des privilèges individuels et corporatifs des chambres » (et source des libertés anglaises). Denis Baranger conclut sur ce point que « le paradoxe majeur est donc qu'une doctrine ayant pour socle philosophique l'esprit coutumier (…) et pour avant-garde (quelque peu extrémiste) la défense de la *common law* comme "droit fondamental" a fini par se placer dans la dépendance d'une conception aussi volontariste que possible du droit, autrement dit d'un système où l'autorité ultime pour faire le droit revient au législateur » (p. 51).

Quelques pages plus loin, s'intéressant à « l'empreinte féodale » qui marque l'Ancienne Constitution (mais qui conserve une résonance contemporaine, que nous songions au droit applicable aux biens ou à des territoires comme les dépendances de la Couronne, par exemple), Denis Baranger formule un aphorisme d'une grande importance. En Angleterre, « *l'histoire est code, puisqu'elle prescrit ; le code est histoire, puisqu'il compile* » (p. 57). C'est de cette histoire, qui inclut évidemment celles des idées, qu'émerge le gouvernement mixte tripartite (monarque et les deux Chambres), l'équilibre des pouvoirs, et cet « alliage si étrange de souveraineté et séparation des pouvoirs » (p. 69).

L'ouvrage se poursuit chronologiquement en abordant la Constitution d'Angleterre, qui épouse les atours du constitutionnalisme moderne au travers de sa propre « mythification » par les idées politiques. L'analyse nous conduit d'abord vers Montesquieu, dont Denis Baranger rappelle que son apport réside plus en la construction d'un régime idéal d'équilibre des pouvoirs plutôt qu'en une description fidèle du droit politique de l'Angleterre. Le chapitre 6 du Livre XI de l'*Esprit des Lois* consiste à « inventer » *la Constitution d'Angleterre* sur la base de raisonnement enclin à l'universalisme des sciences mathématiques et physiques (cf. p. 103 et s.). Cette partie d'Écrire la Constitution non-écrite est celui où, pour revenir sur les angles morts de la démonstration du baron de La Brède, Denis Baranger explique de façon lumineuse comment, de l'Ancienne Constitution faisant du *common law* le droit fondamental, l'Angleterre est passée à la nouvelle Constitution. L'opposition aux excès de pouvoir du roi par les grands du Royaume, notamment contre les Stuart aux tendances absolutistes, nécessitait, sous l'empire de l'Ancienne Constitution, d'invoquer des droits et libertés immémoriaux. Les parlementaires emportent, lors de la Glorieuse Révolution de 1688-1689, une bataille majeure : celle de leur institution sur le monarque, ce qui se traduit juridiquement par la souveraineté du Parlement. Le principe, bien qu'il soit tributaire de l'histoire et de l'Ancienne Constitution, en devient autonome et, par voie de

[4] « Le Royaume-Uni : la mutation constitutionnelle permanente », in Jean Massot, Philippe Lauvaux (dir.), *Les mutations constitutionnelles*, Société de Législation Comparée, coll. Colloque, vol. 20, 2013, p. 139.

conséquence, s'émancipe du seul *common law*. Pour Denis Baranger, « *la Glorieuse Révolution se présente comme l'événement qui consacre définitivement la mutation d'un principe de suprématie du droit en principe de souveraineté "organique" de l'institution parlementaire* » (p. 102).
L'exemple de l'avènement de la Constitution d'Angleterre conduit Denis Baranger à donner des éléments de continuité malgré le passage à la modernité. La « *situation institutionnelle exprimée par certaines formes canoniques* » intangibles (p. 134) a ceci de puissant qu'elle garantit un rôle central à l'interprétation constitutionnelle, elle-même vectrice d'évolutions. La conclusion s'impose d'elle-même : « *les plus grandes lois constitutionnelles ne sont autres que des interprétations des institutions en fonction des nouvelles circonstances historiques* » (pp. 134-135). De notre point de vue, cette phase est peut-être la plus importante de *Écrire la Constitution non-écrite*, car elle explique que le conservatisme de la Constitution britannique et du common law plus largement ne peut être que relatif. Les lois d'élargissement du corps électoral des XIXe et XXe siècles, les *Parliament Acts* de 1911 et 1949, le *Human Rights Act* de 1998 cités par l'auteur, mais aussi les lois de dévolution, le *Constitutional Reform Act* de 2005 ou encore l'évolution du droit de dévolution de la Couronne *(Succession to the Crown Act 2013)* sont autant de traductions de cet effort d'interprétation institutionnelle qui vise à prendre en compte les transformations sociétales, sans mettre à bas les canons de la Constitution. Et Denis Baranger de poursuivre : « *la volonté exprimée dans les lois n'a eu d'efficacité qu'en tant d'une part qu'elle se greffait sur le cadre institutionnel légué par le schéma ancien, d'autre part qu'elle prenait racine dans la vérité du monde contemporain* » (p. 135). Cette dialectique pourrait utilement revenir à la mémoire d'une partie des parlementaires conservateurs et les plus à droite de l'échiquier politique qui n'ont jamais admis le *Human Rights Act*. Loin d'être le symbole d'un droit constitutionnel britannique qui céderait aux sirènes d'un droit continental qui n'a pas su aussi bien protéger dans l'histoire les libertés comme la Constitution britannique l'a fait, le *HRA* s'inscrit dans la logique décrite par Denis Baranger[5].
Le chapitre 3 sur le droit constitutionnel vient, en quelque sorte, rappeler que, après les faiseurs d'histoires de la Constitution d'Angleterre, ne pouvaient succéder que des « faiseurs de systèmes »[6], c'est-à-dire de juristes capables d'ériger l'étude de la Constitution d'Angleterre en science positiviste qui aura tendance à séparer strictement le droit du politique. Telle fut l'entreprise de Dicey que Denis Baranger analyse avec minutie pour en révéler tout à la fois les écueils et l'efficacité. Les limites de la perspective diceyenne (y compris par rapport à sa lecture de principes, comme la souveraineté du Parlement ou le *rule of law*), tout comme la persistance de son œuvre en tant que point de départ incontournable à toute réflexion sur le droit constitutionnel étaient déjà bien connues de la doctrine britannique lorsqu'Écrire la *Constitution non-écrite* paraît[7]. Pour qui maîtrise la littérature constitutionnelle britannique, ce propos du livre est moins marquant – mais il s'agissait d'un passage obligé, tant Dicey a contribué, par les bases qu'il a jetées, à construire le droit public outre-Manche.
Les deux derniers pans de la démonstration se veulent la concrétisation par l'exemple du vaste mouvement historique présenté dans les développements précédents. Dans le chapitre 5, Denis Baranger choisit la Couronne pour appuyer ses conclusions antérieures soutenant que la Constitution britannique est un acquis ancestral qui se renouvelle. Il explique que « le cœur conceptuel implanté par la *common law* traditionnelle sous la forme de Couronne n'a pas été arraché, mais son régime juridique a été en quelque sorte réinventé à

[5] Il n'est pas certain que l'auteur lui-même partage notre avis comme nous le révèlerons plus tard dans notre recension.
[6] Jean Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, vol. 1, p. 3.
[7] Pour retrouver la constance des critiques à l'égard de Dicey par la doctrine britannique, V. Mark D. Walters, *A.V. Dicey and the Common Law Constitutional Tradition*, Cambridge University Press, 2022, 480 p.

travers les âges » (p. 194). S'en suit un panorama historique remarquable qui aide à comprendre comment l'on passe du roi à la Couronne (p. 197 et s.) et pourquoi *The Crown* recèle de multiples usages qui en font une nébuleuse complexe et fuyante qui ne saurait se résumer à la personne du monarque. Au fil de ces propos, Denis Baranger y rattache tout ce qui peut être en lien avec l'Exécutif incluant le Gouvernement (« *la constellation exécutive* », p. 195).

L'étude organique de la Couronne devait logiquement amener l'auteur à la substance de son pouvoir qu'est la prérogative. Son statut et son régime n'ont eu de cesse de se métamorphoser tout en conservant avec ambiguïté son principe fondamental qui exclut tout contrôle de légalité (« *le roi ne peut mal faire* »). Comprendre la prérogative, c'est d'abord expliquer l'exorbitance du statut du monarque en rapport avec ses attributions, c'est-à-dire le droit public primitif qui se situe « *au-dessus de ses sujets* » (p. 221). Comment, dès lors, concilier la perfection des actions du monarque avec un contrôle juridique ? Denis Baranger y répond fort bien en soulignant, à partir des conclusions de Blackstone, qu'un pouvoir mal utilisé ne peut émaner du monarque, mais de ceux qui l'appliquent concrètement : ses ministres et ses agents qui, en tant qu'instruments du roi, endossent la responsabilité. Si la loi de 1947 (*Crown Proceedings Act)* a mis un terme à son irresponsabilité totale en matière pénale, elle n'instaure pas de responsabilité politique. Le texte de 1947 vient, en droit, consacrer la séparation entre la personne privée qui se dissimule derrière l'institution[8] : elle n'est plus protégée par une vision unitaire qui sied mal à l'affirmation de l'égalité démocratique. Denis Baranger cite ici Locke : la « *personne unitaire n'a ni volonté ni pouvoir, sinon celui du droit. Mais lorsqu'il quitte cette présentation et agit par sa propre volonté privée, il se dégrade, et n'est plus qu'une personne privée* » (p. 226). Cette différenciation est déterminante dans l'apparition de mécanismes de partage de responsabilité dans l'action publique entre ce qui relève des fautes personnelles et de fautes exclusivement rattachables à l'exercice des fonctions d'intérêt général. Une illustration plus récente vient en outre en tête à la lecture de ce passage d'*Écrire la Constitution non-écrite* : le raisonnement de la Cour suprême à propos du pouvoir de proroger le Parlement mise en cause à l'occasion du contentieux Miller 2. Dans son jugement unanimement partagé avec ses collègues, Lady Hale rappelle que ce qui est originellement questionné dans le litige, c'est bien le conseil du Premier ministre donné au monarque (§ 1: « *the issue is whether the advice given by the Prime Minister to Her Majesty the Queen on 27th or 28th August 2019 that Parliament should be prorogued from a date between 9th and 12th September until 14th October was lawful* »). Ce n'est pas l'ordonnance signée par la main d'Élisabeth II qui est en cause, en tant que telle. En revanche, l'illégalité du conseil en l'espèce contamine l'ordonnance. Au paragraphe 69, la Cour conclut en ce sens : « *That advice was unlawful. It was outside the powers of the Prime Minister to give it. This means that it was null and of no effect (…). It led to the Order in Council which, being founded on unlawful advice, was likewise unlawful, null and of no effect and should be quashed. This led to the actual prorogation, which was as if the Commissioners had walked into Parliament with a blank piece of paper. It too was unlawful, null and of no effect.* »

Reste que la question du contrôle (ou de l'absence de contrôle) de la légalité de la prérogative continue de poser un problème en droit constitutionnel britannique. Denis Baranger revient ici à Locke pour qui l'exercice de la prérogative contra legem est tout à la fois « *une condition de la garantie de la vie, de la liberté et des biens des sujets* » dans un sens proche de l'équité, et « *une menace* » à leur égard (p. 229). Mais c'est bien le droit de la prérogative, l'intérêt des sujets et la loi qui régissent de telles actions. En aucun cas, la prérogative n'est un

[8] Ernst Kantorowicz, *Les deux corps du Roi*, Gallimard, 1989, 643 p.

blanc-seing pour l'absolutisme, contrairement à ce que les Stuart ont tenté de promouvoir. C'est la raison pour laquelle elle peut être saisie par un acte du Parlement qui, en conséquence, en modifie le fondement ; ou qu'elle sera régulée dans son usage par le juge qui se référera au *common law*. Ce pan du droit public britannique révèle un postulat que Denis Baranger résume une fois de plus de façon fort intelligible : « au cœur du constitutionnalisme britannique, le pouvoir reste ennemi de la liberté, et ces deux figures se font face sans jamais se détruire l'une l'autre » (p. 230). C'est par cette tension que la prérogative elle-même peut être garante de la liberté des sujets ainsi que l'exemple du *writ* d'Habeas corpus le prouve : procédure contraignante pour celui qui doit l'obtenir, il est aussi un moyen de préserver la liberté individuelle.

Nous revenons alors à l'hypothèse de Locke. Pour la Couronne, le recours à la prérogative doit être justifié au nom du bien commun et de la justice, mais selon son propre entendement de ces deux concepts. Ceci permet d'expliquer que les Stuart et leurs légistes étaient persuadés de respecter la Constitution, malgré une vision extensive du domaine d'intervention de la prérogative (cf. notamment le *Bate's case*[9]). Denis Baranger nous rappelle à juste titre que les juges n'ont d'ailleurs pas remis en cause un tel exercice de la prérogative dans un premier temps. La persistance des droits féodaux était, de surcroît, conforme à la personnalisation de la prérogative fiscale justifiant de pouvoir se passer du Parlement. Un autre argument est celui des « affaires de l'État » *(matters of state)* qui ne sauraient être soumises au common law. Par leur exceptionnalité, et parce qu'elles ne mettent pas en cause des relations privées, il est possible pour la Couronne de s'extraire des contraintes du droit commun. Lord Coke fut résolument opposé à cette analyse. Le camp des Stuart finit par perdre la bataille, mais le droit de la prérogative persista. Pour saisir cette subtilité, il faut une fois encore insister sur le fait que sortir du droit commun ne signifie pas l'absolutisme ou l'absence de tout contrôle, mais bien l'émergence d'un droit spécifique de la Couronne (puis de l'État) conçu en rapport avec la sphère de la loi (donc du Parlement) et du *common law*. Pendant longtemps, le juge s'est donc contenté de vérifier l'existence d'une prérogative plutôt que la légalité de sa mise en œuvre en privilégiant une lecture liée à la compétence.

Ce droit de la prérogative allait être bouleversé par le *Bill of Rights* de 1689 qui entreprit de réduire son domaine et de le subordonner plus clairement à la loi et au *common law* – en ce sens que le droit de la prérogative « doit céder » face à ces deux autres sources (p. 236). Que devient, depuis lors, la prérogative ? Denis Baranger en rappelle les conditions de translation vers le gouvernement dans son exercice concret et la montée en puissance du rôle du juge quant à l'explicitation de son régime juridique. Elle demeure « inhérente », c'est-à-dire sans rapport avec une habilitation législative et source de droit en elle-même[10], mais elle est résiduelle (en ce qu'elle ne vient combler que les silences de la loi censée encadrer l'Exécutif) et sous contrôle du juge (p. 238).

La prérogative, on le sait, est en voie de résorption. Les évolutions législatives (*Constitutional Reform and Governance Act 2010* par exemple) et jurisprudentielles (*Miller 1* et *2*) postérieures à l'écrit de Denis Baranger le confirmeront, avec un succès relatif parfois (nous songeons notamment au *Fixed-term Parliaments Act 2011* abrogé par le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*). Le cas de la loi de 2022 démontre que la prérogative est encore une réalité

[9] Or *Case of Impositions* (1606) 2 St Tr 371.
[10] Ce qui empêche de conclure que les décisions prises en vertu de la prérogative résulteraient d'un pouvoir délégué par le législateur (législation secondaire). La prérogative a une essence primaire qui entre partiellement en contradiction avec sa subordination en cas de conflit avec la loi ou le *common law*.

aines actions de l'administration, elle n'exclut plus (au moins depuis les jurisprudences des années 1960[11]) l'examen de la légalité dans une espèce de mouvement de banalisation. Le second aspect est que la prérogative continue d'être cet espace dans lequel le juge peut refuser de contrôler certaines décisions de l'Exécutif, car il s'agit d'*Acts of State* ou, d'actes de nature politique qui ne ressortissent pas à sa compétence. Toutefois, la question n'est plus tant de savoir quelle est l'origine du pouvoir exercé pour retenir la justiciabilité d'un recours, mais bien de la matière concernée qui, si elle revient à produire des « effets de droit sur les individus », sera embrassée par le juge (p. 243). Dans une certaine mesure, cette lecture permet sans doute de mieux comprendre la justiciabilité de la prorogation du Parlement dans *Miller 2*.

Il restait alors à Denis Baranger le soin d'appréhender une dernière dimension du droit public moderne qui pose un problème en droit constitutionnel britannique : celui de l'État. Repartant de la littérature classique et des raisonnements précédents, l'auteur convainc rapidement de la difficulté de saisir l'État en droit politique britannique, qui ne paraît pas réunir les caractéristiques qui le définissent traditionnellement (monopole de la puissance publique au profit d'une institution souveraine dont le droit s'impose uniformément sur un seul territoire). Denis Baranger souligne qu'il n'y a pas, au Royaume-Uni, *« de reconnaissance explicite d'un monopole de la puissance publique au profit d'une institution étatique »*, ce qui a pour effet d'affaiblir l'identification d'une personnalisation institutionnelle et, surtout, de la souveraineté. Quant aux critères de l'unité du corps politique et l'uniformité du droit applicable qui devrait résulter du monopole de la puissance publique au profit de l'institution étatique, ils ne peuvent qu'être contestés dans le cas britannique. Le travail de Denis Baranger est donc de démontrer que le Royaume-Uni est bien un État, mais qui n'est pas tout à fait équivalent à d'autres, comme la France qui, avec la synthèse de Carré de Malberg, établit un lien entre nation comme corps politique, la Constitution et l'État qui se fonde sur elle : « *on passe de l'unité du corps politique (…) à l'unité et à la personnalité de l'État, qui en est en quelque sorte le reflet juridique* » (p. 248). Ces liens de cause politique à effets juridiques ne peuvent prévaloir outre-Manche. Il n'y a pas de peuple et de nation britanniques unifiés. Les institutions ne sont pas la résultante juridique d'une volonté du pouvoir politique souverain : elles préexistent à la Constitution (p. 249). Tout le propos dans *Écrire la Constitution* non écrite le confirme et ce titre même le suggère : s'il faut écrire la Constitution non écrite, c'est qu'il n'existe pas, à un moment précis, l'expression d'une volonté souveraine clairement identifiable (il n'y a pas d'« idée de pouvoir constituant », p. 249). Seule une institution peut être souveraine dans le schéma britannique de l'État : ce sera le monarque en son Parlement, et certainement pas le peuple. La souveraineté du Parlement qui en découle est, en outre, tripartite (roi, lords et communes). Elle est un « résultat » (p. 252), non un point de départ pour l'affirmation de l'État. L'absence d'une unité fondamentale de la souveraineté se retrouve dans « la grande dispersion de l'action visant au bien commun », qui relève de l'esprit du *common law* (p. 252). Les sphères publiques et privées, les autorités centrales ou locales contribuent indifféremment à servir l'intérêt public. L'État n'est pas une personne morale en surplomb de la société qui œuvre tout entière au bien commun. Le droit qui en émane se fonde sur des règles coutumières et ancestrales (le *common law*) dont le respect assure l'adhésion à un système de valeurs stable et la cohérence de l'ordre juridique (le *rule of law*, seul principe unitaire dans la culture juridique britannique).

[11] *R v Criminal Injuries Compensation Board Ex p. Lain* [1967] QB 864; *Laker Airways Ltd v Department of Trade* [1977] QB 643 (citées par l'auteur).

Malgré les apparences simples de la formulation diceyenne de la souveraineté du Parlement, ce concept demeure pluriel et non assimilable à la souveraineté de l'État au sens de Jean Bodin. La souveraineté de l'État en droit public britannique passe par le droit créé, découvert, appliqué et garanti par de multiples entités et, finalement, par le juge. Si le domaine de la prérogative s'est réduit au fil du temps et que tout régime exceptionnel ne peut être régi que par la loi, éventuellement rétroactivement (*Acts of Indemnity*), c'est parce que le *common law* et le *rule of law* ont permis le contrôle du juge (ce qui n'exclut pas, de sa part, une certaine déférence face au Gouvernement en période de circonstances exceptionnelles, peut-être en conformité avec la conception Lockienne de la prérogative évoquée précédemment). Le rôle de la Couronne est aussi déterminant, car elle « *est porteuse à la fois d'une idée d'intérêt public, et d'une prise en charge collective de cet intérêt public* » (p. 258).
En conséquence, il semble qu'il faille distinguer l'État « *au sens des opérateurs de la chose publique, et "l'État" au sens de l'intérêt collectif* », ce qui emporte « *la permanente confrontation de l'intérêt public et de l'action gouvernementale* » (p. 267). L'État britannique ne peut prétendre incarner une représentation unique et unitaire du bien public et le Parlement, qui n'est qu'un souverain législatif, ne produit pas de loi qui serait « *l'expression d'une volonté générale* » (*ibid.*). Denis Baranger arrive à ce stade (qui n'est pas loin du terme de son ouvrage) à une conclusion qui figure comme l'une des meilleures définitions du Parlement de Westminster : « *Le Parlement lui-même n'est l'organe d'aucun souverain détenteur de la volonté collective. Ce qu'un Parlement fait, un autre peut le défaire. Une déclaration des droits n'est pas là pour fixer les principes généraux du bien public. Tout ce que l'on dit à son sujet est lié à des circonstances données. Le juge lui-même, garant d'une certaine conception de la moralité collective, ne peut l'exprimer que dans des espèces particulières* » (p. 268). D'aucuns retiendront dans cette description la rationalité du *common law*.
Selon Denis Baranger, la transposition du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme par le HRA aurait modifié substantiellement cette perspective en dessinant un horizon universaliste à la communauté politique qui a contribué à bâtir « *une nouvelle sorte d'État en Grande-Bretagne* », et ce, malgré des mécanismes préservant la souveraineté du Parlement. Contrairement à ce que nous avons pu souligner plus haut, l'auteur permet de comprendre (certes très rapidement) les résistances conservatrices à l'encontre de l'Europe des droits humains. Le débat fait toujours rage en doctrine et au sein même du corps politique pour savoir si l'incorporation du droit conventionnel a changé l'État britannique au détriment des logiques du *common law* anglais. L'analyse de la doctrine et des cases and materials, dont les jurisprudences de la Cour suprême (y compris *Miller 2*), ne donne pas à voir l'émergence d'une théorie de l'État ou de la souveraineté qui se substituerait pertinemment à la présentation classique. L'incipit de la section 2 qui suit continue d'être valable : « *il est tout à fait possible de parler d'État en Grande-Bretagne, à condition de comprendre qu'il s'agit d'une autre forme de corps politique que celle exigée par ceux qui ont fixé les conditions d'emploi du terme sur le continent* » (p. 269).
La forme de l'État britannique est en elle-même hors de portée des cadres du constitutionnaliste continental. Sa dimension impériale est une dernière illustration de son pluralisme : la puissance de l'empire est spécifique et « *n'aspire pas à se mêler aux autres dans une hypothétique société universelle où les distinctions seraient dissoutes* » (p. 271). Il est pensé en une dialectique centre (l'Angleterre)/périphérie et non par référence à un État unitaire. Toute l'histoire de la formation de l'Angleterre, de la Grande-Bretagne puis du Royaume-Uni impérial se conçoit à cette aune qui suggère qu'il n'y a pas d'indivisibilité de l'État et d'uniformité du droit applicable. La dévolution est, à cet égard, fort respectueuse de l'acquis historique et de la dimension impériale de l'État britannique en y adjoignant les implications institutionnelles liées à la démocratie libérale. Une définition de la Constitution britannique se

dessine au détour d'un paragraphe : « *Un parlement unique et une diversité de lois et d'institutions* » (p. 289). Quant au régime de cette dévolution dans un cadre de nature impériale et libérale, il se fonde sur un « *système de double entrée* » entre le « *principe juridique de souveraineté du Parlement* » et une convention politique « *imposant le consentement des assemblées régionales* » (convention Sewel). À bien des égards, la dévolution s'affirme comme le processus contemporain le plus à même de saisir l'esprit du droit politique britannique.

Arrivé au terme de notre compte-rendu, il est bien difficile de formuler un quelconque regret à la relecture de cet ouvrage que nous avions étudié avec passion il y a bien des années, au début de nos recherches sur le droit constitutionnel britannique. Tout au plus conviendra-t-il de mettre en garde le lecteur en face d'un texte exigeant qui ne se dévoile pas aisément. L'absence de transitions entre les chapitres et les sections, de conclusions partielles ou finales, et d'un index rerum empêche de saisir facilement le propos général et de procéder à une navigation simple dans les développements. Nous n'excluons d'ailleurs pas que bien des finesses d'analyse de Denis Baranger nous aient échappé. Notre présentation pourrait sans doute être perçue comme se réduisant à la mise en valeur de ce que nous avons compris dans la limite de nos capacités. Nous retiendrons néanmoins deux points.

Par son travail sur la Constitution britannique, Denis Baranger a nourri des générations de comparatistes et de spécialistes de l'histoire des idées politiques. Il reste à ce jour l'un des meilleurs passeurs entre les mondes juridiques anglais et continentaux. Il a comblé une lacune considérable dans la littérature juridique et politique française. Plusieurs de ses doctorants ont poursuivi son œuvre afin d'approfondir certaines thématiques analysées dans ses ouvrages[12]. S'il a été plutôt discret ces dernières années dans l'examen des évolutions du droit constitutionnel britannique, c'est que nombre des conclusions auxquelles il est parvenu dans sa thèse et le présent opus demeurent pertinentes. Il aurait bien peu de choses à ajouter à ce qu'il a déjà écrit et il n'est pas certain que les rares incursions dans le droit positif qu'il produit (notamment dans son évocation du *Human Rights Act*) soient de nature à changer l'État britannique qu'il présente dans *Écrire la Constitution non-écrite*.

Le second apport de l'œuvre de Denis Baranger est de rompre avec les excès du positivisme, qui ne verrait le droit public qu'à travers le prisme contentieux. S'il ne néglige pas la jurisprudence, il ne lui accorde pas la place exclusive que lui octroie souvent la doctrine contemporaine dans sa façon de « faire » du droit public. Cette approche de droit politique qu'il promeut met en valeur les institutions, l'histoire des idées, et la philosophie pour mieux appréhender les ressorts d'une Constitution forgée au fil des siècles. Oublier ces dimensions, c'est risquer de ne rien comprendre aux subtilités et à la complexité du droit public britannique[13], et plus généralement au droit constitutionnel occidental, qui s'est d'abord construit dans les contreforts de la Constitution britannique.

[12] V. notamment Céline Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Classiques Garnier, 2020, 601 p.; Claire Saunier, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, États-Unis, France*, LGDJ, 2023, 560 p.

[13] La proximité de cette démarche avec la *political jurisprudence* de Martin Loughlin est indéniable, ce qui explique que la revue *Jus Politicum* que co-dirige Denis Baranger lui ait accordé une place centrale dans l'un de ses numéros (« Political Jurisprudence », *Jus Politicum*, 2016, n° 16).