

LES DROITS DE L'HOMME ET L'« ACTIVISME JUDICIAIRE »

EN ANGLETERRE COMME AILLEURS, la question du pouvoir des juges, tant qu'elle demeure formulée de façon générale, se pose dans des termes assez simples : les juges sont-ils fondés à produire par eux-mêmes des règles de droit ? Cette question ne prend tout son sens que lorsqu'elle est posée au regard du principe auquel nos valeurs contemporaines confèrent le rang de primat : le principe démocratique. Encore faut-il assortir ce principe de tous ceux qui en dérivent, comme le principe de séparation des pouvoirs, ou qui le fondent, comme le principe de la garantie des droits de l'homme. La question du pouvoir des juges se complique alors considérablement. 113

Deux séries de données permettent néanmoins de commencer à l'éclairer. D'une part, depuis qu'il a été institué, le principe démocratique paraît avoir changé de consistance : dans les esprits et déjà en droit positif, il est, semble-t-il, passé d'une portée essentiellement formelle à une texture infiniment plus substantielle. La première n'exige, pour l'essentiel, que le respect de la volonté souveraine – et donc exclusive – du peuple ou de ses représentants. La seconde réclame, quant à elle, la protection *effective* des droits de l'homme. Or, aujourd'hui, il advient que cette nouvelle exigence de la démocratie puisse contester son implication originare. Et elle y réussit en droit positif lorsque le juge, au nom des droits de l'homme et pour leur meilleure garantie, contrôle la loi ou, plus modestement, encadre les pouvoirs que celle-ci institue, mais sans qu'elle l'ait expressément ou réellement voulu. C'est là que l'« activisme judiciaire » entre en œuvre, mais à des degrés bien divers. D'autre part, et en toute hypothèse, les États démocratiques ont très diversement compris autant le principe de séparation des pouvoirs que le principe démocratique. Et la manière de les comprendre apparaît essentiellement

tributaire de la conception qu'ils se font du pouvoir, du droit et des droits de l'homme.

Dans ces conditions, la problématique des pouvoirs respectifs de la loi, des juges et des autorités publiques dont les actes peuvent affecter ces droits ne peut pas se formuler dans les mêmes termes selon qu'on l'appréhende en France ou en Angleterre. Et si on la pense en France à propos de l'Angleterre, il faut alors redoubler de prudence. Car, d'un pays à l'autre, tout ou presque étant différent quant à la façon de concevoir le principe démocratique, le principe de séparation des pouvoirs et surtout, en amont, les notions de droit et de droits de l'homme, on risquerait, si l'on ne s'efforçait d'abord de bien situer le problème, de s'y méprendre.

114 Pour appréhender ce que l'on est convenu, en Angleterre, d'appeler l'« activisme judiciaire », on suivra une méthode rendant hommage à la nationalité de son objet : on divisera donc le propos en quatre points successifs. Ainsi, en s'attachant d'abord à replacer cet activisme dans son cadre dogmatique général, on comprendra que l'activisme judiciaire peut se voir autant condamné que justifié au regard du principe démocratique, selon que l'on met en avant ses implications formelles ou ses exigences substantielles. Puis l'on examinera l'activisme judiciaire anglais par rapport aux fondements et à la structure spécifiques de l'ordre juridique anglais, sans la connaissance desquels un lecteur français ne saurait accéder au sens de cet activisme. De ce point de vue, on saisira que les initiatives judiciaires apparaissent traditionnellement beaucoup plus légitimes en Angleterre qu'en France, du moins si l'on considère que le droit anglais se présente d'abord comme un droit non écrit, formulé précisément par le juge. Surtout, y compris pour ce qui touche au droit législatif, un examen même superficiel des aspects techniques de cet activisme fera ressortir qu'il est somme toute très mesuré, tout au moins en ce qui concerne le contrôle des activités publiques, spécialement si on le compare à celui que pratiquent d'autres pays. Enfin, on fera valoir que les vrais fondements de cet activisme, qui résident bien dans la garantie des droits de l'homme, le rendent réellement nécessaire jusqu'à un certain point. En outre, les potentialités que recèle le *Human Rights Act* de 1998 – qui incorpore dans l'ordre juridique anglais les droits de la Convention européenne des droits de l'homme – vont certainement, dans un proche avenir, encourager cet activisme.

LA DÉMOCRATIE CONDAMNE AUTANT QU'ELLE JUSTIFIE L'« ACTIVISME » DES JUGES ANGLAIS

L'ambiguïté du principe démocratique se constate autant en France qu'en Angleterre. Mais, chez nos voisins, on l'a moins nettement perçue, parce qu'ils le pratiquent d'une façon telle que ses exigences contradictoires composent constamment l'une avec l'autre, pacifiquement et durablement. Cela tient tout à la fois à l'histoire, à la conception et à la pratique du pouvoir et du droit, comme à la culture ou à la mentalité anglaises, comparées aux nôtres. Les Anglais, en effet, semblent en général plus portés aux arrangements consensuels ou aux troisièmes voies, tandis que notre esprit plus dogmatique nous conduit souvent à refuser les compromis avec nos principes, tout comme les solutions transactionnelles ou les régimes mixtes.

115

A – De fait, le régime britannique a su réaliser concrètement une combinaison assez harmonieuse des deux sortes d'exigences contradictoires du principe démocratique. A cet égard, on doit tout d'abord rappeler qu'en Angleterre c'est un droit non écrit qui s'applique par principe, le *common law* (droit coutumier), lequel est formulé par les juges – en dehors de toute intervention du législateur démocratique – à partir des pratiques juridiques et sociales continûment suivies depuis des temps immémoriaux. Ce droit non écrit ne se trouve écarté que si le Parlement l'estime nécessaire, en prenant une loi à cet effet. Mais il est remarquable que le *common law* ait su incorporer l'essentiel des droits et des libertés successivement proclamés, tout au long de son histoire, par le Parlement de Westminster, et par ailleurs voulus par la société tout entière – démocratiquement, en un sens. Néanmoins, aujourd'hui plus qu'autrefois, on se demande jusqu'à quel point le juge, au nom du droit non écrit qu'il élabore, peut imposer aux actes pris par les autorités secondaires, administratives essentiellement, des conditions de légalité – ou de responsabilité – que la loi ne pose pas formellement lorsqu'elle investit ces autorités de leur pouvoir.

En France, au contraire, il semble qu'en deux siècles notre conception du droit démocratique soit passé d'un pôle à l'autre. Mais c'est toujours au nom du même principe, celui des droits de l'homme, que l'on y a adopté successivement ces deux solutions opposées : en 1789, les droits de l'homme ont imposé un légicentrisme absolu, alors qu'aujourd'hui, depuis quelques décennies, la prise en considération des droits fon-

116 damentaux a conduit à admettre le contrôle juridictionnel de la loi, puis même sa possible mise à l'écart par des juges ordinaires¹. Autrement dit, l'effectivité de la « garantie des droits de l'homme », que l'article 16 de la Déclaration faisait intégralement résulter du principe de la séparation des pouvoirs, s'abandonnait sans réserve à une conception formelle de la démocratie. Et celle-ci concentrait tout le pouvoir normatif entre les mains de l'organe législatif. Il n'y avait, pensait-on, aucun risque à cela, au contraire, car la loi démocratique ne pouvait que bien traiter les droits de ses propres auteurs. Par suite, pour que ces droits fussent garantis, le juge n'avait qu'à l'appliquer strictement, sans rien y ajouter ni en retrancher. Mais, depuis que les démocraties européennes ont admis que le législateur pouvait faillir en matière de droits de l'homme, elles s'imposent d'autres exigences, de fond celles-ci, qui prévalent maintenant, en droit positif, d'une multitude de façons. L'essentiel de la novation se résume à cela : la démocratie réclame désormais, non plus simplement cette organisation formelle du pouvoir normatif, le faisant entièrement découler de la loi censée garantir par elle-même les droits de l'homme, mais encore la protection *effective* de ces droits par les règles appliquées aux sujets de droit. Aujourd'hui, chacun est bien convaincu qu'il ne saurait y avoir de véritable démocratie si tous les droits fondamentaux de l'homme ne sont pas *réellement* sanctionnés par le juge, et cela en accord, en marge, voire même à l'encontre de la loi en cas de besoin. La seule souveraineté de la représentation populaire ne paraît plus un critère suffisant pour caractériser tel ordre politique et juridique en tant que démocratie : le sens politique et juridique de la démocratie paraît avoir changé.

C'est ainsi que les juges ont pu prendre des initiatives que la loi a pu ne pas autoriser – et peut-être même interdire plus ou moins directement –, initiatives que les premières exigences de la démocratie, oubliées des secondes, sont portées à incriminer en France sous le nom générique de « gouvernement des juges² », et, en Angleterre, d'« activisme judiciaire ».

La question générale que soulève cet activisme se résume donc à ce dilemme :

– Faut-il, au nom de la démocratie, interdire aux juges de contrôler

1. Voir le numéro spécial de l'*Actualité juridique, Droit administratif*, juillet 1998.

2. Voir les Actes du séminaire « Gouvernement des juges et démocraties », organisé à Paris-I, en 1998-1999, par le Centre de recherche de droit constitutionnel et le Centre d'analyse comparative des systèmes politiques, à paraître.

non seulement les actes mêmes de la représentation démocratique, mais encore ceux qui sont faits sur la base de la loi lorsque celle-ci a implicitement accordé, aux autorités exécutives ou administratives, un pouvoir *discrétionnaire* ? En d'autres termes, faut-il s'opposer à ce que les juges, en vue de juger les actes pris par ces autorités, se reconnaissent spontanément des pouvoirs de contrôle que la loi démocratique ne leur accorde pas toujours explicitement ? Faut-il ainsi condamner un tel activisme judiciaire ?

– Ou bien, à l'inverse, ne faut-il pas reconnaître aux juges le pouvoir de sanctionner les éventuelles atteintes que le législateur pourrait soit commettre lui-même, directement, par des lois liberticides, soit laisser commettre par les autorités qu'elle investit de certaines compétences discrétionnaires, mais sans les encadrer dans des limites propres à sauvegarder les droits et libertés ? Autrement dit, ne faut-il pas admettre que le juge, au nom des droits de l'homme, dispose des pouvoirs propres à garantir ces droits, et cela sans égard, voire à l'encontre même des dispositions légales qu'une majorité politique négligente, égarée ou dévoyée, aurait pu poser ? Faut-il ainsi encourager l'activisme judiciaire ?

117

On le voit, les deux implications de la démocratie, formelle et substantielle, justifient l'une et l'autre des deux solutions. Mais il se trouve que celles-ci se contredisent totalement. Quels que soient les régimes considérés, français ou anglais, la question fondamentale se pose donc dans les mêmes termes généraux. Mais là s'arrête le parallèle entre les deux ordres juridiques.

B – En effet, si le « gouvernement des juges » est perçu, en France, depuis toujours, comme une sorte de crime politique – alors qu'en fait, de toute part, l'opinion pousse les juges à le commettre dès que les droits de l'homme sont en cause –, l'activisme judiciaire anglais ne présente rien de vraiment analogue : il fait sans doute l'objet de critiques dans certains cercles ; mais il ne constitue certainement pas, du moins tel qu'il a été pratiqué jusqu'alors, cette « forfaiture » que l'on invoquerait en France à propos du « gouvernement des juges ». Surtout, à certains égards, l'« activisme » judiciaire anglais reste encore bien mesuré par rapport aux hardiesses que le juge administratif français a su pratiquer à l'encontre de l'administration, ou le juge constitutionnel à l'égard du législateur. Il se tient également très en retrait de ce qu'il est aux États-Unis, spécialement depuis que s'est développée l'illustre jurisprudence fondatrice *Marbury v. Madison* de 1803. D'aucuns, d'ailleurs, plaident en Angleterre pour le renforcement de cet activisme judiciaire.

En effet, la prise en considération de plus en plus impérative des droits de l'homme, selon des procédés juridiques nouveaux, est de nature à renouveler la question et à ouvrir d'autres perspectives, spécialement depuis certaines condamnations prononcées par la Cour de Strasbourg à l'encontre du Royaume-Uni et depuis l'intervention du *Human Rights Act* de 1998. Cet acte, qui entrera bientôt en vigueur sur ce point, autorise même les juges à faire une déclaration selon laquelle telle loi serait incompatible avec les exigences conventionnelles, le ministre compétent ayant le pouvoir de prendre les mesures propres à lever l'incompatibilité (comme le Parlement lui-même, naturellement)³.

118 On doit noter à ce propos que l'expression *droits de l'homme* ne revêt pas exactement le même sens en France qu'en Angleterre : ce sens apparaît plus précis et plus juridique outre-Manche qu'il ne l'est en France, où, pour diverses raisons, l'expression a fini par perdre toute implication juridique spécifique. En Angleterre, on considère qu'il n'y a pas de droits – pas de *rights* au sens propre et formel du terme, et donc pas de *Human Rights* – tant que les pouvoirs publics, spécialement le Parlement, peuvent juridiquement y porter atteinte : il ne s'agit, alors, que de libertés. Or le Parlement a effectivement le pouvoir intégral de restreindre les droits de l'homme au moyen de n'importe quelle loi ; et celle-ci ne risque aucune sanction dès lors que le Parlement est souverain et ne subit aucun contrôle de conformité à une constitution qui aurait pu consacrer ces droits de l'homme. Pour cette raison, certains soutiennent en Angleterre que les droits de l'homme n'y sont pas juridiquement garantis, au moins tant que le *Human Rights Act* n'est pas encore entré en vigueur à cet égard. Mais on comprend qu'une telle vue – qui est d'ailleurs largement inspirée par la volonté de voir adopté un tel dispositif⁴, et qui paraît nier complètement que la démocratie formelle puisse garantir à elle seule les droits de l'homme – ne correspond pas à la conception de ces droits que véhiculent la langue et la sémantique françaises. Car il est évidemment indéniable que les droits de l'homme au sens plus lâche et plus matériel où nous les entendons en France sont globalement garantis en Angleterre, autant par le *common*

3. Voir J. Coppel, *The Human Rights Act 1998 : Enforcing the European Convention in the Domestic Law*, Wiley, Chichester, 1998 ; B.S. Markesinis (dir.) *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998 ; J. Wadham et H. Mountfield, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Londres, Blackstone, 1999.

4. Voir H. Fenwick, *Civil Liberties*, 2^e éd., Londres, Cavendish Publishing Limited, 1998, p. 13.

law et son juge que par le Parlement, qui ne les méconnaît généralement pas, même si sa souveraineté lui permettrait en théorie de les violer. C'est donc bien plutôt le sens matériel et général de l'expression *droits de l'homme* que l'on retiendra ici.

Pour apprécier la portée de ces données – qui ne marquent nullement le début du phénomène de l'activisme judiciaire, mais qui lui donnent des raisons de s'amplifier –, il convient maintenant d'entrer de plain-pied dans les particularités de l'ordre juridique anglais. Cela nous permettra de comprendre que la spécificité de l'ordre juridique anglais conduit à reconnaître l'existence d'un véritable pouvoir judiciaire, dont l'« activisme » – pour autant qu'il soit réellement avéré – ne constitue nullement une anomalie, au contraire.

L'ORDRE JURIDIQUE ANGLAIS FONDE L'EXISTENCE D'UN POUVOIR JUDICIAIRE ACTIF ET CRÉATIF

119

Les différences entre la France et l'Angleterre quant à la signification et à la portée de l'activisme des juges ne résultent pas des seules différences de leurs constitutions : elles s'expliquent, fondamentalement, par cela que les deux pays n'entretiennent pas les mêmes *conceptions du droit*, d'où dérivent les différences constitutionnelles quant aux pouvoirs des juges. Or, sans forcer vraiment la réalité, on pourrait soutenir que les conceptions anglaise et française du droit se situent, à certains égards, aux antipodes l'une de l'autre.

A – Pour bien saisir ce point, il importe de replacer la réflexion sous l'égide d'une notion que l'on ne saurait traduire en français sans nous arracher au milieu culturel qui lui a donné son sens : la *Rule of Law*⁵.

Soulignons d'abord que, dans la formule *Rule of Law*, le mot *law* désigne non pas « la loi », au sens français et formel du terme, mais bien davantage « le droit » : le droit en tant qu'il est fait de règles, c'est-à-dire de normes générales et impersonnelles, écrites ou non, dont l'application juridictionnelle est régulière, autrement dit constante, prévisible, obéissant à certaines procédures et égale pour tous. S'il fallait absolument la traduire, l'expression *Rule of Law* pourrait peut-être s'exprimer par celle de « Règne du Droit », celui-ci postulant simplement qu'en

5. Voir J. Jowell, « The Rule of Law Today », in J. Jowell et D. Oliver (dir.), *The Changing Constitution*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 58-78.

vertu même de ce principe premier selon lequel le droit doit s'imposer, ce dernier, en tant qu'il est constitué d'une pluralité de règles générales et impersonnelles, doit régir tout conflit et s'appliquer effectivement et régulièrement à tous de la même manière, y compris aux autorités publiques.

Or, ce droit auquel se réfère la *Rule of Law* n'est certainement pas un droit qu'aurait posé de façon initiale le législateur. Car ni celui-ci ni même aucun constituant ne sont, en Angleterre, sources *du* droit, au sens de sources *originaires* du droit. D'abord parce qu'il n'y a pas de constituant en la forme, qui se distinguerait en tant que tel du législateur et dont les normes s'imposeraient à ce dernier comme à toutes les autres autorités normatives ; ensuite, surtout, parce que le législateur – comprenons, le Parlement – n'est qu'*une* source de droit, la source du *statute law* (droit législatif) : une source souveraine⁶, certes, mais simplement *une* source de droit. Sa souveraineté ne découle pas d'une constitution qui serait *la* source du droit : elle s'impose en vertu d'une règle non écrite (qui est néanmoins une règle de droit positif dans la mesure où le juge la sanctionne) qui veut simplement que le Parlement soit souverain, c'est-à-dire soit le seul, de façon ultime, à pouvoir poser des règles s'imposant à tous. Mais cela ne signifie pas qu'il soit le seul à poser des règles ou que toutes les règles procèdent de ce qu'il aurait positivement voulu à l'origine : il peut ne pas en poser en tel ou tel domaine ou sur tel ou tel point ; et c'est en ce cas un autre droit, un droit non écrit, spécialement le *common law*, voire l'*equity*, qui s'applique. On peut même dire que le droit qui s'applique en principe est d'abord le *common law*, et par dérogation le *statute law*. Cela n'empêche pas la souveraineté du Parlement d'être intégrale, car il peut changer toute règle de droit, écrite ou non écrite – même s'il ne changerait sans doute pas celle qui lui reconnaît sa souveraineté. On ne saurait dire qu'il ne *pourrait* pas la changer, puisqu'il est souverain ; mais c'est sans doute la seule qu'il ne changerait pas en raison de cette « limite interne » à sa souveraineté, qui le dissuade de ruiner l'assise même de son pouvoir, comme l'a montré A.V. Dicey⁷.

C'est le fondement de cette souveraineté parlementaire⁸ qui apparaît le plus difficile à comprendre pour les politistes et juristes conti-

6. Voir A.W. Bradley, « The Sovereignty of Parliament. In Perpetuity ? », *ibid.*, p. 79-107.

7. A.V. Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, Indianapolis, Liberty Fund, repr. de la 8^e éd. de 1915 (Londres, Macmillan), p. 32 (1^{re} éd. 1885).

8. Sur tous ces points, Voir A.W. Bradley et K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 12^e éd., Londres-New York, Longman, 1997, p. 13 sq. et 54 sq.

nentaux, et singulièrement français, qui se font une tout autre idée du droit en général et du constitutionnalisme en particulier. Car, depuis l'Empire romain, et plus tard depuis la montée continue de la monarchie absolue française, et plus encore depuis la Révolution de 1789, ils raisonnent, de façon invétérée, dans le cadre d'une conception uniquement volontariste, exclusiviste et souverainiste du droit : le droit, nécessairement, est *tout entier l'effet de la seule volonté d'un souverain*. Les Français, plus encore que tous les autres continentaux – les Allemands mis à part, peut-être –, n'ont jamais cessé d'être convaincus que le droit, par nature ou par essence, doit résulter entièrement de l'exclusive volonté formelle du législateur incarnant la nation ou le peuple, substitué au monarque qui se substituait lui-même à l'empereur, à l'Église ou aux féodaux : depuis 1789 en tout cas, tout le droit est dans la loi, expression de la volonté générale, et seulement dans la loi posée par ce législateur ; et s'il doit y avoir plusieurs sortes de normes ou d'autorités normatives, elles doivent s'agencer selon un principe de hiérarchie pyramidale, qui découle du haut, là où se trouve la source souveraine du droit, pour aller vers le bas, là où gisent les objets du droit, en passant par ces autorités intermédiaires que sont les autorités exécutives ou administratives, à la fois soumises aux normes supérieures et productrices de normes subordonnées. Selon cette vue, s'il existe des normes non écrites, ce ne peut être qu'en vertu d'une norme supérieure de l'ordre juridique, laquelle est en outre nécessairement posée, à l'origine au moins, par le souverain constituant.

121

En Angleterre, c'est plutôt le contraire que l'on observe : sans doute le Parlement anglais, comme tous les souverains, a-t-il établi lui-même sa souveraineté ; mais la consécration proprement juridique de cette souveraineté, telle que le positivisme anglais la conçoit, tient essentiellement à sa *reconnaissance par le droit non écrit que pose et qu'applique le juge*, qui le formule essentiellement à partir de ses propres précédents et des pratiques sociales : vu selon une perspective continentale, le droit anglais tendrait plutôt à remonter « du bas » vers le haut, de cette pratique vers des principes normatifs supérieurs – pour autant qu'il apparaisse nécessaire de les induire. Fondamentalement, en Angleterre, le droit est en effet celui que sanctionne le juge, quelle que soit l'origine formelle ou matérielle de ce droit, qu'il s'agisse de *common law* ou de *statute law*⁹. Et le

9. Voir S. Sedley, « The Common Law and the Constitution », in *The Making and Remaking of the British Constitution*, Londres, Blackstone, 1997, chap. 2.

droit non écrit que le juge applique et qui le conduit aussi à mettre en œuvre les normes posées par le Parlement s'affirme au fond, dans ce pays, comme le droit des droits : un droit antérieur à la souveraineté parlementaire, puisqu'il la fait exister juridiquement en la reconnaissant effectivement ; un droit donc supérieur à la souveraineté, puisque celle-ci n'est juridique que grâce à lui... La conception anglaise du droit, même lorsqu'elle répond ainsi à une vue très positiviste, ne correspond donc pas du tout, sur ce plan, à celle qui prévaut en France où le droit positif est d'abord le droit législatif et, subsidiairement, le droit jurisprudentiel : pour simplifier, on peut dire qu'en Angleterre ce n'est pas tant le droit qui procède de la loi, mais – comme cela s'avère d'ailleurs de plus en plus en France également –, c'est la loi qui se tient dans le droit, même si le Parlement est par ailleurs souverain, puisqu'il n'est *effectivement* souverain qu'*en vertu même de ce droit* que formulent et sanctionnent les juges.

Ce n'est donc que par construction théorique, entièrement inspirée par notre propre conception continentale du droit et qui dénature la réalité anglaise, que l'on cherche à imputer la *Rule of Law* à une hypothétique constitution, semblable à la nôtre, qui, source du droit, prétendrait tout régler elle-même quant aux sources de droit. Si elle devait être formulée en droit positif anglais, la question de savoir d'où provient le titre du juge serait parfaitement dépourvue d'*utilité* – et donc de *sens* dans une perspective anglaise¹⁰ –, dès lors qu'il est admis depuis toujours et par tous que le juge a le pouvoir légitime de sanctionner les règles qu'il élabore ou qu'il applique sans les poser lui-même et que toutes les règles dont il consacre effectivement le caractère obligatoire constituent le droit : la question du titre du juge à exercer sa fonction juridictionnelle ne se pose pas en des termes différents de celle de savoir ce qui fonde le droit que ce juge détermine et applique : il est nécessaire qu'il y ait un droit effectivement sanctionné et un juge pour ce faire ; et l'expérience séculaire atteste qu'il est bon qu'il en soit ainsi. Le pragmatisme britannique estime que le droit établi de la sorte se trouve approprié à ses fins – sauf examen critique que les juges, comme le Parlement, peuvent toujours entreprendre ponc-

10. Sur tous ces points, voir Michael Freeman (dir.), *Current Legal Problems 1998*, vol. 51, *Legal Theory at the End of the Millennium*, Londres, Oxford University Press, 1998, qui contient un très grand nombre de contributions, dont la plupart sont inspirées par le 250^e anniversaire de la naissance de Jeremy Bentham.

tuellement, selon les circonstances. Et *ce droit est le vrai droit* simplement parce qu'il a toujours été considéré comme tel, par l'effet même de la *Rule of Law* qui requiert cette continuité et cette régularité spatiales, personnelles et temporelles : selon le droit de la *Rule of Law*, cette continuité et cette régularité constituent par elles-mêmes la preuve irrécusable de la juridicité de ces règles ainsi appliquées et de la validité nécessaire de leur contenu, tant que ni le juge ni le Parlement ne les ont changées.

En Angleterre, le droit y est bien *fondamentalement* non écrit. Et cette question de la forme sous laquelle se manifeste le droit n'est pas purement formelle, ni accidentelle, ni secondaire : elle est *essentielle* au droit anglais, car elle implique que le droit ne découle pas fondamentalement de la volonté d'un souverain, lequel s'exprime toujours et nécessairement par écrit, sauf à se « laisser faire » par d'autres sources de pouvoir ou de droit. La constitution anglaise procède simplement de la pratique, et de la portée ou de la force obligatoire que les acteurs de la vie juridique, singulièrement le juge, reconnaissent aux normes qu'elle comporte. Cela veut dire que, dans ce pays de droit non écrit, cette constitution, si l'on cherche à lui conférer une existence distincte de cette pratique, est *fondée sur autre chose qu'elle-même*, et donc qu'elle n'est pas réellement *fondatrice* – ce que nous continentaux sommes intellectuellement ou culturellement incapables d'admettre. Et cette pratique séculaire reconnaît de la même façon et le droit formulé par le juge et la souveraineté du Parlement comme deux éléments interdépendants de cet ordre constitutionnel et juridique.

Autrement dit, l'on peut avancer que c'est le *common law* – ou le principe sur lequel il repose lui-même, et qui n'est autre que le droit tel qu'on le conçoit dans ce pays – qui veut aussi que le Parlement soit souverain : la souveraineté du Parlement n'est pas le fait premier dont découlerait le reste du droit, et donc les pouvoirs du juge. A tous les détours de la pensée juridique anglaise, il est donc bien dit, implicitement ou explicitement, que le droit n'est pas fondamentalement dans la loi, mais dans l'acte juridictionnel qui le rend effectif et qui s'oblige par ailleurs à respecter les actes du Parlement. Tant que l'on assimile le droit et la loi, comme on le fait en France depuis la Révolution, il est donc vraiment inexact d'appliquer à l'Angleterre la célèbre réflexion que Montesquieu a cependant notée à propos de ce pays, mais que l'on a réinterprétée pour la France d'après les vues de Rousseau, selon laquelle la « puissance de juger » serait en soi « nulle », les juges n'étant que « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en

peuvent modérer ni la force ni la rigueur¹¹ ». Une telle réflexion ne vaut certainement pas pour l'ensemble du droit anglais, comme le démontre l'existence même du *common law*, mais seulement pour le *statute law*, et dans une certaine mesure seulement.

B – Ainsi, l'activisme des juges anglais ne se comprend et ne se mesure que si l'on restitue bien le sens de la place respective, dans ce pays, du *common law* et du droit législatif écrit.

124 Tout d'abord, la façon dont se présente cette dualité des sources du droit implique clairement que le droit existe indépendamment de celui que pose le Parlement ; rappelons d'abord que la souveraineté même de cet organe ne s'impose que parce qu'elle est reconnue et garantie en droit, le droit que sanctionne le juge, et dont elle dépend. Elle postule en deuxième lieu que les normes posées par le Parlement, même souveraines, n'ont aucune prétention à la complétude ou à l'exclusivité en tant que sources du droit, puisque le *statute law* n'a jamais prétendu abolir le *common law*. Enfin, elle signifie que ce droit non écrit s'applique intégralement tant que le Parlement n'a pas décidé d'y déroger, et que, selon un principe essentiel – constitutionnel si l'on veut – posé par ce droit non écrit, il doit être dérogé aux règles de ce dernier dès que le Parlement exprime sa volonté en ce sens.

On voit ainsi que la question de l'activisme des juges ne se pose pas au regard d'un texte constitutionnel qui serait établi par un constituant souverain au sens continental, et qui mesurerait les pouvoirs du juge par rapport à ceux du législateur dans la volonté duquel tous les pouvoirs normatifs trouveraient leur origine : elle se pose essentiellement au regard des relations exactes qui s'établissent entre, d'une part, ce principe selon lequel le droit est d'abord le *common law* formulé par le juge et, d'autre part, le principe de la souveraineté du Parlement. Et c'est seulement dans un second temps que l'activisme du juge doit également s'apprécier par rapport aux actes de volonté du législateur.

Or, en Angleterre, la question de ces relations entre le juge et le Parlement ne s'est jamais réellement cristallisée, sur le plan des principes, en termes d'opposition ou de subordination intégrale de l'un à l'autre, au contraire de ce qui s'est produit en France où les deux pouvoirs se sont heurtés frontalement, d'abord dans un sens, puis dans un autre : à l'époque des parlements d'Ancien Régime, ceux-ci ont pu défier le sou-

11. *Esprit des lois*, chap. XI, 6.

verain lui-même, le roi à l'époque, source de toute justice et de tout droit ; puis, en sens inverse, après la Révolution, celle-ci a imposé la soumission complète des juges à la nouvelle souveraineté de la loi¹², tandis qu'aujourd'hui les juges la contrôlent à nouveau...

En Angleterre, à l'époque classique de Dicey au moins et selon les vues de cet auteur lui-même, il n'y avait aucune antinomie de principe entre la souveraineté du Parlement et l'empire du *common law*. Dicey établit bien que « le Parlement a toujours été en faveur de la suprématie du droit du pays » – comprenons, du *common law* ou du *judge-made law*. Le législateur a pu et peut modifier ce droit, ponctuellement et même largement. Mais il n'a jamais voulu ni l'abolir ni se l'approprier, comme il aurait pu le faire, spécialement en le codifiant, ainsi que cela s'est logiquement produit en France dès après la Révolution. Par ailleurs, le célèbre auteur montre bien comment le Parlement, dont la volonté s'exprime selon cette procédure législative associant les trois organes que sont le roi, la Chambre des Lords et la Chambre des Communes, a toujours « grandement augmenté l'autorité des juges¹³ ». Et il atteste aussi que le juge de *common law* a toujours respecté la souveraineté du Parlement, même si c'est naturellement au regard des principes du *common law* que le juge interprète les *statutes* – sauf prescription législative formelle, qu'exprime notamment l'Acte sur l'interprétation, de 1978.

125

Par suite, en Angleterre, le principe de séparation des pouvoirs est seulement un principe de *modération* respective des pouvoirs, par l'effet de leur *combinaison* nécessaire. En France, la finalité du principe de séparation n'a pas été simplement de *séparer* les pouvoirs pour combiner leur jeu et les contrebalancer les uns par les autres, à l'anglaise : sa raison d'être fondamentale a bien été de *séparer des organes* afin de *concentrer le pouvoir normatif* entre les mains d'un seul de ces organes, et de lui subordonner tous les pouvoirs de tous les autres organes¹⁴. Le pouvoir normatif fut ainsi concentré entre les mains du législateur, contre l'exécutif en général, toujours dangereux pour les droits et les

12. Mais les principes prévalant à l'époque n'avaient pas encore admis la soumission des autorités administratives à un contrôle juridictionnel, lequel ne pouvait se pratiquer en raison de la séparation des autorités judiciaires et administratives qui interdisait à celles-là de contrôler celles-ci, alors qu'à l'époque aucun contrôle juridictionnel administratif ne pouvait non plus être pratiqué, le juge administratif n'existant pas encore.

13. A.V. Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, op. cit., p. 269.

14. Si l'on fait abstraction, notamment, de la belle horlogerie réglée par la Constitution du 3 septembre 1791, qui associait les pouvoirs dans un jeu subtil, mais sans doute trop complexe et trop délicat pour survivre à la force des événements, des passions et des intérêts.

libertés, et qui ne devait même pas, à l'origine, édicter de règlements d'application de la loi. Il fut aussi concentré au profit du législateur contre les juges, qui devaient se contenter d'appliquer mécaniquement la loi, sans pouvoir poser de règles générales et impersonnelles par ces arrêts de règlement que condamne le Code civil ; ils devaient même, en principe et à l'origine, être dépourvus du pouvoir d'interprétation de la loi, comme le révèle l'invention de la technique du référé législatif, qui devait consister à renvoyer au législateur lui-même toute question relative au sens à donner au texte : la loi étant tout le droit, et le code étant censément exhaustif, cohérent et parfaitement clair, aucune part de création normative, même sous la forme d'une interprétation, ne devait – dogmatiquement – être laissée au juge : dans ces conditions, le juge ne pouvait être tenu pour une source de droit. Dans notre pays où le juge n'est pas un pouvoir, mais une simple « autorité », le pouvoir nécessaire des juges de poser des règles jurisprudentielles n'a jamais été fondamentalement ni compris ni admis, du moins dans les cercles politiques. Cette création normative a toujours été perçue comme essentiellement illégitime, anormale, non démocratique : le droit doit résulter d'une manifestation formelle de volonté de la part de la représentation nationale. Si une règle trouve son origine dans une décision juridictionnelle appelée à faire jurisprudence, le juge s'expose à la critique mortelle du « gouvernement des juges », spectre bien français qui n'a pas réellement d'équivalent anglais.

126

On peut donc bien, aujourd'hui, stigmatiser un certain activisme des juges anglais, voire leur « hyperactivisme ». Mais le stade à partir duquel ces juges se montrent créatifs au point de prêter le flanc à cette critique ne se situe pas du tout là où l'on commencerait en France à dénoncer le « gouvernement des juges ». Il se place tout à la fois bien au-delà et bien en deçà, selon la sorte de droit considérée. En effet, dans le champ du *common law*, les juges n'ont cessé, depuis les origines de ce droit, de formuler et reformuler, de leur propre initiative, des normes toujours nouvelles ou toujours renouvelées dans tous les domaines du droit, y compris les plus importants, et cela sans égard à quelque règle législative que ce soit (en ce sens que, par hypothèse, aucune règle législative ne pourrait être dite de *common law*). Ainsi, dans ce champ, les juges sont plus qu'actifs, puisque ce sont eux qui, par hypothèse, déterminent toutes les règles de droit. Cependant, personne ne songe ici à opposer aux juges la moindre critique d'activisme, alors qu'ils se montrent pourtant, dans le long terme, très créatifs et imaginatifs. Mais, quand le Parlement a posé des règles législatives à la place de normes de *common*

law, les juges respectent fort scrupuleusement sa volonté, en général. Car c'est dans ce champ du *statute law* que la moindre initiative un peu constructive de leur part à l'endroit de la loi est effectivement taxée d'activisme, alors qu'il en faudrait bien davantage pour qu'on soulève en France le grief du « gouvernement des juges ». Au demeurant, le Parlement s'efforce généralement de limiter la nécessité des interprétations juridictionnelles, en rédigeant ses *statutes* de façon très précise, plus qu'en France généralement.

L'action des juges anglais n'est donc pas appréciée au regard d'un principe de séparation des pouvoirs qui réserverait toute création normative au législateur, mais au regard d'une structure de l'ordre juridique qui reconnaît fondamentalement et combine deux sources du droit, dont la première conditionne la seconde, tandis que la seconde peut écarter certaines règles de la première. Et l'activisme judiciaire se voit invoqué lorsque le juge met en œuvre les règles de la seconde source en recourant à celles de la première, sans que le législateur l'y ait spécialement habilité, comme si dans l'esprit de ceux qui lui font ce reproche les deux ordres de droit devaient rester séparés, en dépit de leur étroite interdépendance essentielle, de fondement, de sens et de portée, sinon de contenu.

127

Pour mesurer plus exactement l'activisme des juges, il faut maintenant entrer plus avant dans la compréhension des principes juridiques anglais et des techniques juridiques qu'ils ont engendrées.

L'ACTIVISME JUDICIAIRE ANGLAIS DEMEURE, EN DROIT POSITIF, AUSSI MESURÉ QUE NÉCESSAIRE

La façon dont l'Angleterre applique techniquement la séparation des pouvoirs, depuis les deux révolutions du XVII^e siècle et surtout depuis l'Acte d'établissement (*Act of Settlement*) de 1701, a donné naissance à certaines pratiques juridictionnelles, qui importent le plus ici.

A- La séparation des pouvoirs s'est d'abord manifestée, pour l'essentiel, par l'affirmation d'une indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir royal. Cette indépendance entendait s'opposer à ce que le roi disposât de ses propres juridictions pour juger, sinon de ses propres activités, du moins celles de ses agents agissant en son nom. Surtout, en conséquence, le pouvoir judiciaire travaillait à soumettre ces activités à son contrôle. Ainsi, en opérant ce contrôle sans avoir reçu une habilitation formelle à cet effet, les juges tout à la fois reconnaissaient en *com-*

mon law les prérogatives de la couronne et les assujettissaient aux règles de ce droit. Mais, en même temps, pour pouvoir ainsi s'imposer – c'en était la condition politique –, les juges ont dû faire preuve d'une sorte de « retenue » dans l'exercice du contrôle qu'ils prétendaient pratiquer sur ces prérogatives, la fameuse *judicial restraint*.

Le contrôle juridictionnel, appelé *judicial review*¹⁵, consiste, de la part des juridictions supérieures, à mettre en œuvre certaines prérogatives qui, traditionnellement, leur appartiennent de plein droit. Ces prérogatives s'exercent sous la forme d'ordonnances juridictionnelles qui, selon leur objet, sont dites de *certiorari*, de *mandamus* ou de *prohibition*. Ces ordonnances offrent, contre certaines violations du droit et compte tenu de la nature de chacune, les moyens propres à le redresser. Ce sont donc, précisément, des *remedies*. Depuis plusieurs siècles, les juges de *common law* utilisent ces procédures à l'encontre des juridictions inférieures qui commettraient certaines violations du droit. Et elles le font *ex officio*, c'est-à-dire sans texte particulier. Ces procédures peuvent aussi s'appliquer aux particuliers, mais en certaines matières seulement, comme en droit de la famille. En *equity*, il existe d'autres *remedies*, comme l'*injunction* ou la *specific performance* (l'exécution en nature), qui s'appliquent à des institutions propres à ce droit, comme le *trust*. Et, en toute hypothèse, le *statute law* a pu lui aussi instituer des *remedies* spécifiques, dans tous les domaines qu'il entend régir.

Assez tôt, le juge a soumis les autorités locales à ces prérogatives de *common law* et y a progressivement assujéti toutes les autorités publiques en général. La nouveauté a donc tenu à ce que ces procédures ont été bientôt appliquées aux décisions des organes institués par un acte du Parlement (*statutory bodies*), qui fixe en même temps, le cas échéant, leurs pouvoirs (*statutory powers*) et leurs obligations (*statutory duties*). Ces autorités, en effet, ne peuvent être instituées en principe que par la loi, puisque normalement nulle personne, nul corps, nulle autorité – si ce n'est le Parlement lui-même ou les organes qu'il investit – ne saurait jouir en Angleterre, sur la base du *common law*, d'une compétence publique faite de pouvoirs ou d'obligations exorbitants du droit com-

15. Voir P. Cane, *An Introduction to Administrative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 3 *sq.* ; P. Craig, *Administrative Law*, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1994, p. 32 (4^e éd. 1999) ; R. Cotterrell, « Judicial Review and Legal Theory », in G. Richardson et H. Genn (dir.), *Administrative Law and Government Action*, Oxford, Clarendon Press, 1994. L'ouvrage le plus complet est De Smith, Woolf et Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995.

mun, en raison même du principe d'égalité que ce droit impose – réserve étant faite cependant des prérogatives de la Couronne : pour qu'existe une telle compétence publique ou administrative, il faut donc, en principe, qu'un acte du Parlement l'ait instituée. Et, naturellement, la loi peut aussi régler les conditions, de forme et de fond, dans lesquelles ce contrôle est exercé, comme c'est le cas aujourd'hui, par exemple, en certains domaines (notamment en matière fiscale, pour la TVA, ou pour diverses questions d'urbanisme). On va voir cependant que les juges peuvent imposer à ces autorités le respect de règles que le législateur n'a pas posées. Ils peuvent même reconnaître le caractère public de certaines activités sans que le Parlement les ait ainsi qualifiées, et par suite les soumettre à ces règles spécifiques. Et c'est donc dans cette série d'initiatives que se loge, techniquement, l'activisme judiciaire.

L'idée fondamentale d'origine veut donc d'abord que le législateur confère les pouvoirs, puis que les administrateurs les exercent dans les limites de la loi, enfin que le juge vérifie la légalité de leur mise en œuvre. C'est sur cette base que s'est élaborée la doctrine de l'*ultra vires*¹⁶ – littéralement, de l'excès de pouvoir –, selon laquelle il appartient au juge, dans le cadre du *judicial review*, de contrôler la légalité des actes des autorités administratives, mais seulement dans les limites et selon les procédures de ce type de contrôle juridictionnel (régées par ailleurs par un texte spécial et une jurisprudence particulière qui prévoit des délais spécifiques et des formes particulières). En effet, ce contrôle ainsi limité à la *légalité* des actes, devait être, sur le plan juridique, le pendant du contrôle politique assuré par ailleurs par le Parlement lui-même, seul à pouvoir apprécier l'*opportunité* des mesures en cause. Et les pouvoirs dont les juges disposent au titre du contrôle opéré dans le cadre de ce *judicial review* demeurent bien distincts de ceux dont ils jouissent dans le cadre de l'appel. L'*appellate jurisdiction* leur permet de se prononcer sur les mérites ou le bien-fondé de l'action (*the merits*), tandis que la *supervisory jurisdiction*, dont relève le *judicial review*, ne les autorise qu'à vérifier la seule légalité des actes. Par ailleurs, même dans le cadre limité du *judicial review*, les juges devaient – et doivent toujours – se soumettre à la *judicial restraint*. Pour toutes ces raisons, ils doivent non seulement s'interdire tout contrôle sur les actes considérés comme « non justiciables », catégorie assez large qui regroupe les actes présentant une portée que l'on peut dire politique ou qui apparaissent par nature très largement discrétion-

129

16. Sur ce point, voir P. Craig, *Administrative Law*, op. cit., p. 4.

tionnaires. En outre, pour les actes pouvant faire l'objet d'un tel contrôle, les juges doivent s'abstenir de l'exercer sur les aspects soulevant des questions dites d'opportunité politique (*policy considerations*), en tant qu'elles s'opposent aux contestations de stricte légalité.

Ainsi, au regard de la théorie de l'*ultra vires*, la limite des pouvoirs du juge à l'égard tant du Parlement que des autorités administratives paraît assez claire et assez rigoureuse : le juge, respectant les *statutes* posés par le Parlement, ne devrait pouvoir contrôler la légalité formelle ou substantielle des actes pris par les organes administratifs que dans la seule mesure où le Parlement a effectivement posé les règles de forme ou de fond s'imposant à ces autorités.

130 Néanmoins, nombre de ces *statutes* qui confèrent des pouvoirs aux autorités administratives s'abstiennent de prévoir expressément les conditions légales auxquelles est subordonné leur exercice. Ces pouvoirs se trouvent ainsi formellement discrétionnaires puisque déliés de toute condition que la loi aurait pu poser explicitement. Cependant, pour conjurer tout risque d'arbitraire administratif, les juges supérieurs ont malgré tout estimé devoir contrôler ce pouvoir administratif discrétionnaire¹⁷. Ils se sont donc plus ou moins affranchis de la *judicial restraint*. La doctrine ne s'en est pas plainte réellement à l'origine, car la cause était fondamentalement juste puisqu'elle a permis de sauvegarder les droits ou libertés ou même, plus modestement, les simples intérêts des particuliers. Dans un premier temps, la justification de ces initiatives judiciaires a été aisément trouvée dans une présomption dont les juges et les auteurs ont assorti la doctrine de l'*ultra vires* : selon cette présomption, le Parlement est censé ne pas avoir voulu conférer des pouvoirs qui puissent offrir des occasions d'arbitraire ou d'abus quelconque, même s'il n'a pas cru utile de préciser lui-même, expressément, les limites de ces pouvoirs ou les cas dans lesquels leur mise en œuvre serait condamnable. Il appartient donc au juge de respecter cette volonté présumée en contrôlant ces actes.

B- Ainsi, pour commencer, les juges ont, sans texte, imposé à l'activité administrative le respect de principes procédurux qui, jusqu'alors, régissaient essentiellement l'activité juridictionnelle. En effet, en Angleterre, la justice est d'abord conçue comme une procédure : on y est convaincu qu'elle a plus de chance de résulter d'une certaine façon

17. Sur l'ensemble de la question, voir le classique *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, de D.J. Galligan, Oxford, Clarendon Press, 1986.

de procéder pour entendre une cause que de la nature ou du rang de la norme qu'on va lui appliquer pour trancher le litige, cette norme dût-elle être une loi. Ainsi, tout particulièrement, le juge a contraint les autorités administratives à obéir aux principes dits de « justice naturelle », comme le principe contradictoire ou le principe interdisant à quiconque d'être à la fois juge et partie. Ces principes ont apparemment un champ d'application et une portée procédurale limités, mais la jurisprudence a réussi à en tirer des implications assez constructives, tendant en effet à aligner sur les règles de la procédure juridictionnelle les procédures administratives applicables à certains domaines – spécialement ceux dans lesquels les droits et libertés des particuliers sont en cause. Puis, sur le fond, les juges ont fait porter leur contrôle sur des points qui évoquent mais ne correspondent pas exactement aux éléments de légalité interne que le droit administratif français catégorise assez nettement. En tout cas, le juge sanctionne certaines causes d'illégalité qui se rapprochent incontestablement de celles que l'on connaît en France. La notion d'*improper purpose*, par exemple, est de celles-là, qui condamne l'exercice d'un pouvoir dans un but, un sens ou une intention erronés.

131

Au total, à l'effet de sanctionner des *abuses of power* toujours possibles, les juges anglais ont, de leur propre chef, assigné diverses obligations aux autorités administratives, obligations qu'expriment assez synthétiquement les notions de *duties of legality, of procedural propriety or fairness, and rationality*¹⁸. Ces dernières se présentent ainsi comme des exigences implicites de légalité, formelles ou substantielles selon le cas, qui s'imposent à toutes les décisions administratives dès lors qu'elles affectent les droits et les libertés ou même, simplement, certains intérêts particuliers. Le critère essentiel permettant au juge de s'assurer du respect de ces dernières réside dans le caractère « raisonnable » que doit présenter toute mesure administrative. Ce critère de la *reasonableness* a été formulé et explicité dans la fameuse décision *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* rendue en 1948 par la *King's Bench Division* de la *High Court*, le jugement ayant été rédigé par Lord Greene, *Master of the Rolls*.

La Chambre des Lords, comme juge suprême, a elle-même repris à son compte toutes ces conditions de légalité qui, selon elle également, s'imposent de plein droit à tous les organes exerçant des pouvoirs même

18. Voir T.R.S. Allan, « Fairness, Equality, Rationality : Constitutional Theory and Judicial review », in C. Forsyth et I. Hare (dir.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

légalement discrétionnaires. On peut aujourd'hui synthétiser ainsi ces conditions de légalité : ces autorités doivent intervenir dans les limites de leurs compétences légales ; elles doivent exercer elles-mêmes, personnellement, leurs compétences, sans les déléguer à des tiers et sans lier leur pouvoir discrétionnaire ; elles doivent suivre les procédures adéquates ; elles doivent raisonner en prenant en considération autant les intérêts ou les droits des personnes affectées par leurs décisions que les intérêts généraux ou publics ; toutes les données pertinentes susceptibles de déterminer le contenu de l'acte doivent être prises en compte, tandis que toutes celles qui ne le sont pas doivent être ignorées ; l'auteur de l'acte doit agir de bonne foi, et non pas arbitrairement, par caprice ou d'une manière « perversie ». Les exigences précises imposées aux autorités administratives peuvent varier d'un cas à l'autre, mais ce sont là celles qui s'imposent ordinairement, ainsi que l'a jugé en 1985 la Chambre des Lords dans sa très fameuse décision *Council of Civil Services Unions v. Minister for the Civil Service* (affaire appelée aussi *GCHQ case*).

A partir de la décennie 1960, les auteurs, comme les juges, ont commencé à chercher des justifications plus théoriques au développement de ce contrôle de légalité. De façon très paradoxale, nombre d'entre eux se sont inspirés de la dualité française opposant le droit administratif au droit privé, tant décriée à l'époque de Dicey et tout au long des décennies qui ont suivi. Il leur est apparu, en effet, que cette dualité, au lieu de protéger abusivement l'administration comme le pensait Dicey, avait en réalité très fortement œuvré à la soumission de l'activité administrative à un contrôle juridictionnel étroit. Cependant, les instruments conceptuels et les techniques ayant permis en Angleterre le développement de ce contrôle juridictionnel sont, bien entendu, restés très spécifiques, comme le sont les notions de *relevancy of consideration*, d'*error of law* ou, plus encore, celles de *rationality*, de *fairness*... Mais la distinction du droit public et du droit privé, presque complètement ignorée auparavant, s'est vue de plus en plus fortement élaborée. Car, s'appuyant sur la nature *publique* des *organes* soumis au contrôle, et plus encore sur la nature *publique* des *fonctions* exercées par ces organes, cette distinction et le développement de ce droit public ou administratif ont fourni une justification de fond de ces contrôles à la fois de plus en plus affinés et étendus, bien qu'ils n'aient pas toujours été prévus par le législateur.

D'une façon générale, le juge a développé les cas d'ouverture du contrôle juridictionnel entrepris sous l'égide de l'*ultra vires*, et a ren-

forcé les exigences de chaque condition de légalité. En même temps, il a élargi le champ d'application du contrôle, en étendant la catégorie des « actes justiciables ». Le critère de la *reasonableness*, tel qu'il se présentait à l'origine, pouvait apparaître assez peu rigoureux pour l'administration, surtout si on le compare avec le contrôle normal de légalité pratiqué de nos jours en France. Mais il a constamment tendu à renforcer ses contraintes : si l'on est fondé à faire de tels rapprochements, il a servi, au début, à condamner la simple erreur vraiment manifeste d'appréciation, celle qui heurte violemment le bon sens le plus élémentaire, tandis qu'aujourd'hui il conduit à des appréciations s'apparentant à un « contrôle normal » de la valeur de la décision au regard de ses motifs, au moins en certains domaines, surtout ceux où les droits et libertés se trouvent directement en cause. De même, les *policy considerations*, qui s'opposent à tout contrôle juridictionnel, tendent à se concevoir de façon plus restrictive...

133

Mais cet activisme judiciaire n'a pas seulement cherché à enfermer l'action administrative dans des limites de plus en plus étroites. En développant le droit administratif, le juge anglais en est aussi venu, le cas échéant, à reconnaître à l'administration certaines prérogatives que ni les textes ni le *common law* ne lui conféraient jusqu'alors. Par là, le droit administratif anglais est lui aussi devenu un droit mêlant les sujétions aux privilèges, les unes et les autres étant dérogoatoires au droit commun. Mais, selon le droit jurisprudentiel, les unes comme les autres vont plutôt moins loin qu'en France.

Ce droit jurisprudentiel, au lieu de se constituer sur la base théorique et pratique de notions telles que la puissance publique ou le service public, ainsi que l'a fait historiquement le droit français, se développe donc sur le fondement de la nature *publique* des fonctions dont relèvent les actes contrôlés. Et, aujourd'hui, il advient de plus en plus couramment que le juge applique les règles de fond de ce droit administratif à des organes que la loi n'a pas formellement investis de telles compétences publiques, mais dont le juge estime qu'ils accomplissent des fonctions publiques...

Cependant, les fondements théoriques de ce droit administratif anglais demeurent assez fragiles ; et l'on a pu critiquer l'activisme du juge en ce que, de fait, il lui est de plus en plus difficile de justifier son contrôle sur le fondement de la classique doctrine de l'*ultra vires* ou par la seule nature publique des fonctions contrôlées. Une large partie de la doctrine s'est donc tournée vers les droits de l'homme, qui seraient seuls à pouvoir fonder juridiquement de tels pouvoirs juridictionnels.

LA LÉGITIMATION DE « L'ACTIVISME JUDICIAIRE »
PAR L'EXIGENCE DE LA GARANTIE DES DROITS
DE L'HOMME VA CERTAINEMENT L'AMPLIFIER

Comme on l'a indiqué, la doctrine de l'*ultra vires*, en ce qu'elle se fonde sur l'intention du législateur, le cas échéant présumée, suppose que les pouvoirs de l'autorité contrôlés par le juge aient été conférés par un acte du Parlement et que le juge vérifie que l'autorité est bien restée dans les limites imposées par le texte, explicitement ou non. Mais la valeur explicative de cette doctrine se heurte à certaines limites qui imposent de chercher un autre fondement, que l'on trouve dans les droits de l'homme.

134 A – Ainsi, il est tout d'abord établi que le *judicial review* s'applique aussi à des pouvoirs qui ne sont pas attribués par des *statutes*, ou qui ne sont pas exercés par des organes publics, ou encore qui ne correspondent pas à une activité publique, mais qui peuvent donc s'appuyer sur le *common law*. Ensuite, il est clair que le juge impose aux organes exerçant des fonctions publiques le respect de principes et de règles, dérogoires au droit commun, dont aucun texte particulier ne leur impose réellement le respect. Tout cela signifie donc que la doctrine de l'*ultra vires*, en ce qu'elle repose sur l'intention présumée du législateur, n'est plus véritablement apte à justifier les effets que le juge prétend en tirer. Il apparaît même que certaines règles de fond imposées par les juges aux activités publiques et aux activités privées se ressemblent en ce qu'elles sont inspirées par des « valeurs communes¹⁹ ».

En même temps, l'activisme que d'aucuns ont pu reprocher aux juges a pu faire l'objet de critiques radicalement opposées : pour certains, le *judicial activism* ressemblerait davantage à une *judicial resistance*. En effet, l'activisme apparaît lui-même assez modeste dans ses effets, car il n'en est pas encore ressorti des constructions aussi puissantes que, par exemple, les principes généraux du droit que le juge administratif français a « découverts » sans texte et dont il impose le respect, depuis plus d'un demi-siècle, aux autorités administratives, même les plus hautes. Cet activisme prétendu n'a pas non plus suscité la formation d'un droit de la responsabilité administrative très audacieux, que le juge français, de son côté, a entièrement élaboré comme droit spécifique, en commençant

19. Voir D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, Londres, Butterworths, 1999, p. 38 sq.

il y a plus de cent ans, alors que le juge anglais n'a qu'assez tardivement entrepris d'appliquer aux organes administratifs des règles particulières de responsabilité. Néanmoins, l'arrêt *Barrett v. Enfield London Borough Council* que la Chambre des Lords vient de rendre en 1999²⁰ pose des règles susceptibles d'engager plus facilement et plus effectivement leur responsabilité. On ne voit pas davantage que cet activisme s'inspire d'une façon générale d'un principe de proportionnalité qui marque au fond une bonne part de la jurisprudence française, administrative ou constitutionnelle (sans que cependant elle en ait vraiment fait un principe normatif, que l'on trouve au cœur des jurisprudences allemande ou européenne notamment, au moins lorsque des droits et libertés sont en cause). Et certains auteurs, comme J.W.F. Allison, ont bien montré que les juridictions anglaises ont continué en définitive à faire preuve d'autorestriction, même dans le cadre de la version moderne de la doctrine du *judicial control*²¹. Cet auteur se plaît d'ailleurs à citer la sévère réflexion de Carol Harlow – un peu ancienne toutefois –, que l'on ne reprend ici que parce qu'elle reste aujourd'hui plus plaisante que juste : « Nos juges sont comparables à d'astucieux restaurateurs cherchant à faire passer des restes infâmes du *common law* pour des mets délicats de la cuisine française classique. Mais on ne peut pas facilement faire prendre la soupe *Brown Windsor* pour de la *Crème vichyssoise*²². »

135

Ce que ces auteurs, assez radicalement critiques, reprochent au fond au droit administratif anglais, aux théories du *judicial review* et de l'*ultra vires* ou à la doctrine de la *reasonableness*, ce n'est pas tant qu'elles auraient encouragé un excessif activisme du juge, mais qu'elles recèlent nombre de faiblesses théoriques, doctrinales, politiques et juridiques, et qu'elles abritent en réalité une sorte de pusillanimité, voire d'hypocrisie politique de la part du juge, et encore – parce que l'attaque est plus rude que celle qui dénonce l'activisme – qu'elles s'accompagnent aussi de trop de confusions, d'incertitudes, d'obscurités²³...

Tous ces jugements nous paraissent désormais excessifs. Mais, en jouant leur rôle d'aiguillons, ils ont poussé le juge à faire progresser son

20. *All England Law Reports*, Londres, Butterworths, p. 193. Voir en particulier le commentaire qu'en font Paul Craig et Duncan Fairgrieve, « Barrett, Negligence and Discretionary Power », *Public Law*, hiver 1999, p. 626-650.

21. J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 181.

22. C. Harlow, « "Public" and "Private" Law : Definition without Distinction », *Modern Law Review*, n° 43, 1980, p. 241-265.

23. Voir J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law*, op. cit., p. 182.

contrôle, et – avec la doctrine – à mieux en concevoir, théoriquement et pratiquement, les instruments procéduraux et substantiels. De sorte que ces jugements ont heureusement contribué à la remise en cause de leur propre validité. Mais il reste que la doctrine de l'*ultra vires*, en tant qu'elle repose sur les intentions présumées du législateur lorsqu'il institue, au profit ou à la charge de tels organes, tels pouvoirs ou telles obligations de droit public – ou de droit statutaire, au sens de *statute law* –, résiste de moins en moins à l'examen, comme plusieurs auteurs le montrent parfaitement, spécialement Paul Craig²⁴, John Laws²⁵, Dawn Oliver²⁶, à l'encontre des partisans du maintien de la doctrine classique, tels Mark Elliot²⁷ ou William Wade et Christopher Forsyth²⁸.

136 En effet, la volonté du législateur, même expressément énoncée, se trouve de plus en plus souvent écartée par le juge. Ce peut déjà être le cas en droit communautaire, depuis l'acte de 1972²⁹. Et cela va se produire, mais à un moindre degré cependant, lorsque par l'effet du *Human Rights Act* de 1998 le juge devra, dans toute la mesure du possible, interpréter la législation primaire ou subordonnée de façon à la rendre compatible avec les exigences des droits conventionnels ou, en cas d'incompatibilité, à déclarer celle-ci de façon à ce qu'elle puisse être levée soit par une mesure spécifique du ministre compétent (un *order*), soit par une nouvelle loi. Mais, dira-t-on, il s'agit là d'interventions juridictionnelles qui, si elles affectent les lois déjà votées par le Parlement, ne remettent pas en cause sa souveraineté puisqu'elles se fondent précisément sur une habilitation législative.

Cependant, l'observation doit être affinée – et rectifiée. Car, indépendamment de l'application du *Human Rights Act*, le juge anglais,

24. P. Craig, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 12 ; « *Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review* », *Cambridge Law Journal*, n° 57, 1998, p. 63 ; « *Competing Models of Judicial Review* », *Public Law*, 1999, p. 428.

25. J. Laws, « *Law and Democracy* », *Public Law*, 1995, p. 72-79 ; « *Illegality : The Problem of Jurisdiction* », in M. Supperstone et J. Goudie (dir.), *Judicial Review*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1997, p. 4 *sq.*

26. D. Oliver, *Common Values...*, *op. cit.*

27. M. Elliot, « *The Demise of Parliamentary Sovereignty. The Implications for Justifying Judicial Review* », *Law Quarterly Review*, n° 115, 1999, p. 119 ; « *The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting : Still the Central Principle of Administrative Law* », *Cambridge Law Journal*, n° 59, 1999, p. 129.

28. W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law*, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 41 *sq.* ; et C. Forsyth, « *Of Fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review* », *Cambridge Law Journal*, n° 55, 1996, p. 122.

29. Voir V. Bogdanor, « *Britain and the European Community* », in J. Jowell et D. Oliver (dir.), *The Changing Constitution*, *op. cit.*, p. 4-31.

même si la conception très dualiste qui prévaut au Royaume-Uni quant aux rapports du droit international et du droit interne ne l'y oblige pas, ne peut pas ne pas *tenir compte* de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme (laquelle s'impose en revanche complètement à cet État en tant que sujet du droit international). Et certaines condamnations récentes, comme celle intervenue dans l'affaire *Osmane* de 1998, sur la base de l'article 6 de la Convention européenne, ont peut-être incité les juges, au moins indirectement et sans l'admettre formellement, à élargir, comme ils viennent de le faire dans l'arrêt *Barrett*, les conditions dans lesquelles un corps administratif peut voir sa responsabilité engagée. Dans d'autres cas, cette jurisprudence européenne a certainement conduit les juges à renforcer le contrôle de légalité. On voit ici que les juges font bien évoluer leur jurisprudence sans intervention du législateur, sauf à relever que, si « activisme » il y a, il se trouve cette fois assez puissamment aiguillonné par un autre « activisme », celui du juge européen, autrement plus hardi, au point qu'un droit conventionnel procédural (le droit au procès équitable et le droit d'accès au juge) débouche en réalité sur la formation de règles de fond et sur la reconnaissance corrélatrice, au moins partielle, de droits substantiels (le droit à obtenir, sous certaines conditions, la mise en cause de la responsabilité publique).

137

Par ailleurs, dans un tel contexte général, il est possible que le juge, lorsqu'il sera amené à appliquer l'acte de 1998 sur le point en cause, tendra, par une interprétation des lois conforme à la Convention, à éviter autant une condamnation par la Cour de Strasbourg que l'épreuve politique d'une déclaration d'incompatibilité. Pour cela, il procédera donc à une interprétation constructive des textes législatifs. Mais il le fera sans doute avec l'accord au moins tacite du Parlement – à moins que celui-ci ne préfère une sorte d'affrontement dont il ne pourrait, en l'état, que sortir victorieux, du moins en droit, et seulement en droit interne, mais certainement pas sur le plan politique. Et, vu la façon dont les grands textes historiques consacrant des droits de l'homme ont fini par se résorber au sein du droit non écrit, on peut gager que la puissance d'absorption du *common law* finira par faire siens ces droits conventionnels, lesquels par ailleurs opéreront sans doute leur jonction avec les droits fondamentaux du droit communautaire...

On pressent donc bien que ce sont les droits de l'homme, et non la doctrine de l'*ultra vires*, qui motivent les actuelles initiatives jurisprudentielles ou motiveront les prochaines. Mais il est encore d'autres raisons de penser que la doctrine de l'*ultra vires* – et donc la volonté supposée du Parlement – ne peut plus réellement constituer, telle

qu'elle a été comprise jusqu'ici, le fondement dudit activisme judiciaire. Et ces raisons montrent encore, d'une autre façon, le rôle des droits de l'homme.

En effet, on peut observer, depuis assez longtemps, que le *judicial review* s'applique également à des pouvoirs qui n'ont pas du tout été institués par le Parlement, mais qui s'exercent soit en vertu du *common law*, soit de la prérogative royale, ou qui, plus largement, peuvent s'analyser comme des *non-statutory de facto powers*³⁰, de sorte qu'il n'est guère concevable, à leur propos, d'invoquer une volonté du législateur qui, pour cause, ne s'est jamais manifestée, même implicitement. Par ailleurs, dans la mise en œuvre de son contrôle à l'égard de ces pouvoirs, qui peuvent être également des pouvoirs tout à fait privés consacrés par le seul *common law*, il devient de plus en plus patent que la volonté du Parlement n'intervient strictement en rien pour expliquer ou justifier le *judicial review*. En outre, que celui-ci intervienne dans le cadre du droit public ou dans celui du *common law*, il retient pratiquement les mêmes cas d'ouverture du contrôle pour déboucher sur les mêmes sanctions³¹.

C'est donc bien vers d'autres justifications qu'il faut essayer de se tourner.

B – A cette fin, un bref retour vers la France pourrait aider. Car en France aussi le principe de légalité, constamment mis en avant par le juge administratif dans l'histoire du développement du contrôle de légalité, n'a certainement pas constitué le fondement réel de ses progrès constants, dès lors que ce contrôle, s'il a bien été effectivement le moyen d'imposer à l'administration le respect des lois, s'est aussi affirmé, dans ses manifestations les plus remarquables, précisément *en dehors* de l'intervention de toute loi et quelquefois même *à l'encontre* de telle loi. Au point que l'on a pu dire que le juge administratif a sanctionné moins le principe de légalité qu'un certain *principe de juridicité*. Cette formule, que l'on doit imputer semble-t-il à Hauriou, apparaît, de fait, beaucoup plus exacte – à charge d'approfondir l'origine, le contenu et la portée de ce principe.

En réalité, si l'on devait se livrer à cette réflexion, il apparaîtrait certainement que, derrière ce principe de juridicité, on trouverait, au lieu

30. Pour reprendre l'expression utilisée par D. Oliver, *Common Values...*, *op. cit.*, p. 40, qui se réfère, pour appuyer son propos aux célèbres décisions *Lain* (1967) 2 QB 864, *CCSU* (1985) AC 374 et *Datafin* (1987) QB 815.

31. Voir P. Craig, « Public Law and Control over Private Power », in M. Taggart (dir.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 196.

de la conception formelle du droit d'où procède originellement le principe de légalité, une conception délibérément plus substantielle du droit, qui n'exclut certainement pas ses exigences formelles et procédurales, mais qui ramène la valeur de ces formes, de ces procédures, de cette structure normative, de ces contrôles à de simples moyens au service de fins supérieures, qu'ils ne sauraient jamais évacuer. Et il en ressortirait que, par rapport à ces moyens, ces fins restent premières parce qu'elles sont aussi fondamentales : elles le sont même assez pour avoir toujours trouvé par elles-mêmes, au besoin sans la loi, quand ce n'est pas contre elle, les moyens propres à s'imposer effectivement. Que sont, en effet, pour prendre un exemple parmi les plus significatifs, les principes généraux du droit, sinon des normes non écrites tendant à faire prévaloir les droits et les libertés, substantiels ou procéduraux ? Et, aujourd'hui, n'est-ce pas le caractère fondamental reconnu à certains droits qui, en France, conduit à leur reconnaissance constitutionnelle et à la sanction pour inconstitutionnalité des lois qui les méconnaissent, alors que la Constitution ne prévoyait expressément ni leur portée constitutionnelle ni une telle sanction ? On retrouve là toute la thématique de l'État de droit, dont la conception formelle (qui le présente comme une structure de normes hiérarchisées et dont la validité est contrôlée par un juge) ne peut nullement évacuer la consistance et les exigences de fond (il ne peut y avoir État de droit par le seul effet de cette hiérarchie et de ce contrôle de légalité, si la norme fondamentale ne porte pas les droits de l'homme).

139

Or, au fond, sans aller aussi loin, la situation anglaise n'est pas très différente : le contrôle juridictionnel que l'on a pu taxer d'activisme judiciaire au motif que la loi ne l'a pas prévu, ou qu'il s'applique à des pouvoirs qu'elle n'a pas institués, ou qu'il les contraint selon des modalités qu'elle ne laissait pas prévoir, n'est pas autre chose, *mutatis mutandis*, que la mise en œuvre du même principe de juridicité, une incarnation nationale particulière de l'État de droit, qui se ramène en définitive aux principes les plus classiques... de la *Rule of Law*. Mais, plus remarquable encore, elle s'inspire aussi des principes les plus modernes, ceux que l'on trouve tout spécialement dans l'Europe des droits de l'homme, dont les juges, pour justifier leurs jurisprudences les plus constructives, invoquent justement le *principe de la prééminence du droit*.

Ainsi, comme l'ont d'ailleurs réaffirmé certains adversaires de l'incorporation de la Convention européenne, qui l'estimaient inutile, le *common law*, dans certaines limites, et avec une certaine lenteur due à son mode de formation, et encore en demeurant toujours empreint

d'une certaine réserve dans les domaines où le Parlement a statué, a toujours été et s'est toujours voulu un « droit redresseur des droits », un droit démocratique donc, au sens autant substantiel qu'organique du terme. Car, d'une part, un droit essentiellement coutumier, comme l'est le *common law*, se coule exactement dans le moule social : ce n'est pas le juge qui *invente* réellement ce droit ; il ne le crée pas de toutes pièces, par l'effet de sa propre volonté : au contraire, pour que ce droit ait quelque chance d'avoir prise sur la réalité sociale, le juge s'efforce d'obéir à celle-ci dans toute la mesure qui lui paraît raisonnable ; en Angleterre, le droit, en tant qu'il est non écrit, *procède* de la société autant qu'il s'applique à elle ; et il ne peut la régir si aisément que parce qu'il exprime les valeurs qui imprègnent le tissu social et reflète les standards qui le structurent. Comme l'avaient déjà observé de grands auteurs anglais il y a deux siècles au moins, Matthew Hale ou William Blackstone notamment, le juge de *common law* est le « réceptacle de la sagesse populaire » ; il n'est, depuis toujours, que le formalisateur de ces pratiques sociales qu'elle a déjà jugées, quant à elle, les plus convenables à ses intérêts ou à ce qu'elle conçoit comme ses droits : en ce sens, et à ces conditions, le *common law* est donc bien démocratique. D'autre part, sur le fond, le *common law* s'est constitué, à ses origines, comme un corps de règles propres à protéger le peuple contre l'arbitraire royal. Il a également absorbé, en les réadaptant constamment aux réalités contemporaines, l'essentiel des grands textes, *Bills* et autres *Petitions* de droits adoptés par le Parlement tout au long de son histoire ; et nombre des droits proclamés à l'époque par l'effet de la volonté du législateur souverain sont devenus des droits de *common law*. Il est d'ailleurs remarquable d'observer combien des arrêts fort anciens illustrent la capacité du droit non écrit à garantir ce que l'on appellerait aujourd'hui des droits de l'homme, ainsi qu'en témoigne par exemple cet arrêt *Bagg*, de 1615, cité volontiers par divers auteurs³² pour montrer comment le *King's Bench* avait pu, sur le fondement du *common law*, utiliser les procédures du *judicial review* pour voir réintégrer dans ses fonctions l'un des douze bourgeois magistrats de la municipalité de Plymouth, que le maire et ses collègues avaient démis de son mandat en raison de ses diverses impertinences, lesquelles seraient sans doute tenues, aujourd'hui, pour des manifestations de la liberté d'expression...

32. Voir D. Oliver, *Common Values...*, *op. cit.*, p. 44, citant P. Craig, « *Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review* », *loc. cit.*

Et, de nos jours encore, il apparaît nettement que le droit jurisprudentiel produit par cet activisme inachevé va toujours exactement dans le même sens général. Et si le Parlement a été dans l'histoire le défenseur le plus spectaculaire de droits que l'on appelle aujourd'hui les droits de l'homme, s'il constitue l'organe certainement le plus représentatif de la démocratie et peut lui faire accomplir rapidement les progrès les plus notables, comme il vient de le faire encore avec le *Human Rights Act* de 1998 ou encore avec l'Acte sur l'accès à la justice, du 27 juillet 1999, il n'offre pas la seule voix propre à exprimer les exigences d'un droit fondamentalement démocratique.

Cela a peut-être été, pour le droit anglais, une erreur historique d'aiguillage, à partir d'une certaine époque tout empreinte des seules exigences formelles du principe démocratique, d'avoir voulu fonder le développement du contrôle juridictionnel des organes publics sur la volonté présumée du législateur qui les a institués. Car un tel fondement bride forcément les initiatives du juge, alors même que rien ne démontre *a priori* qu'elles iraient toutes nécessairement à l'encontre de la volonté du Parlement si elles devaient trouver un autre fondement. Dans un contexte qui aurait été plus sensible aux dimensions substantielles de la démocratie, le droit anglais aurait tout aussi bien pu les faire directement découler du *common law* – tout comme autrefois la prérogative royale, elle-même fondée cependant sur la souveraineté du roi, a pu se voir soumise à un contrôle de *common law*.

141

Aujourd'hui, en Angleterre, le débat juridique porte surtout sur le point de savoir s'il faut encore accentuer la construction d'un droit public qui serait de plus en plus autonome par rapport au droit privé ou si la distinction du droit public et du droit privé a encore un avenir devant elle³³. Il semble bien que la distinction profondément libérale qui sépare la sphère publique de la sphère privée – d'une façon cependant bien relative de nos jours – a très fortement influé sur la structuration moderne du droit anglais, au point de faire désormais tenir pour une vérité essentielle que le contrôle des organes publics ne peut être assuré que par des règles de droit public, logiquement imputées, dans un tel contexte, à la volonté exprimée par ce pouvoir public que constitue le Parlement, tandis que le *common law*, qui régit ordinairement les

33. Voir spécialement J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law*, *op. cit.* ; D. Oliver, *Common Values...*, *op. cit.* Voir aussi G. Anthony, « Monism(s) or Dualism(s). UK National Report », colloque du Groupe européen de droit public, 1999, à paraître dans la *Revue européenne de droit public*.

relations intersubjectives, purement privées, serait cantonné à cette sphère privée. La survenance historique relativement récente de cette distinction expliquerait que, avant qu'elle ne traverse le droit anglais, le juge ait pu contrôler la prérogative royale sur la base du seul *common law*, tandis que, après que l'ordre juridique anglais se fut laissé investir par cette dichotomie libérale, il n'est plus apparu concevable de demander les mêmes services au *common law* pour fonder le contrôle juridictionnel ne serait-ce que d'une simple autorité administrative !

142 Dawn Oliver, qui a récemment consacré une étude très novatrice à propos de cette dualité du public et du privé, montre combien les deux branches du droit s'inspirent, en réalité, de « valeurs communes », comme la dignité de la personne, son autonomie, sa liberté, sa sécurité... et que ce sont en fait ces valeurs, dont on peut percevoir la marque constante dans toute l'histoire du *common law*, qui forment ainsi le véritable fondement du *judicial review*, et certainement le vrai moteur de ce que l'on appelle l'activisme judiciaire. Il semble bien, en raison même des termes de l'article 6 du *Bill of Rights*, qui requiert des juges d'imposer le respect des droits aux « autorités publiques », que la distinction du public et du privé soit assurée de subsister, car il faudra bien déterminer le champ d'application de cette obligation. Néanmoins, comme elle le fait observer, avec d'autres auteurs, cette disposition impose également aux juridictions elles-mêmes de respecter ces droits, y compris dans les procès entre personnes privées, de sorte que les droits conventionnels devraient présenter une portée horizontale³⁴ et s'appliquer dans l'ensemble du droit anglais.

En toute hypothèse, les raisons de fond qu'il y a d'appliquer des règles spécifiques à la sphère publique demeureront également. Mais il se pourrait que la structure générale de l'ordre juridique anglais connaisse certains reclassements ou voit s'accroître les mouvements en cours. Ainsi, la distinction du droit privé et du droit public ne recouvrirait pas nécessairement la dualité du *common law* et du droit imputé à la volonté du Parlement, donc du *statute law* ; et les règles dites de droit public, parce qu'elles s'appliquent spécifiquement aux fonctions ou activités publiques, pourraient fort bien être imputées, soit au *statute law*, c'est-à-dire à la volonté explicite ou implicite du législateur, lorsque celui-ci a effectivement pris position, soit au *common law*, tant

34. Voir *Common Values...*, *op. cit.*, p. 237-238 ; M. Hunt, « The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act », *Public Law*, 1998, p. 423.

que le Parlement n'est pas intervenu. Alors, comme ils l'ont toujours fait dans l'histoire, les juges pourraient élaborer une sorte de *public common law* – si l'on peut oser cette incongruité – et gagneraient réellement en liberté créatrice. Et l'on pourrait peut-être parler vraiment d'« activisme » judiciaire.

Celui-ci, cependant, pour autant qu'il existe déjà, doit encore trouver d'autres énergies ; ou plutôt, il doit encore se libérer de certains freins que le droit européen des droits de l'homme, communautaire ou conventionnel, va probablement continuer de desserrer.

R É S U M É

L'« activisme judiciaire » peut se voir autant condamné que justifié au regard du principe démocratique. Examiné dans son contexte national spécifique, l'activisme des juges anglais n'apparaît pas anormal dès lors que le droit y est fondamentalement non écrit, bien que ce soit par rapport à la volonté exprimée par le Parlement que les juges peuvent exercer un certain pouvoir normatif créatif. Mais un examen même superficiel des aspects techniques de cet activisme fait ressortir qu'il est somme toute très mesuré, spécialement si on le compare à celui qui se pratique dans d'autres pays. Surtout, ses vrais fondements, qui résident bien dans la garantie des droits de l'homme, le rendent réellement nécessaire et vont certainement l'encourager dans l'avenir.