



HAL
open science

Guerre et Constitution au Royaume-Uni

Aurélie Duffy-Meunier

► **To cite this version:**

Aurélie Duffy-Meunier. Guerre et Constitution au Royaume-Uni. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, A paraître, AIJC-XXXIX-2023 (XXXIX-2023). hal-04546284

HAL Id: hal-04546284

<https://amu.hal.science/hal-04546284v1>

Submitted on 15 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

GUERRE ET CONSTITUTION AU ROYAUME-UNI

Aurélie Duffy-Meunier

Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

I. - LE ROLE DE LA GUERRE DANS L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION COUTUMIERE

A. - Une forme du gouvernement construite par la guerre

1. - La monarchie limitée, un régime forgé par les guerres de religion

2.- La guerre, une compétence relevant de la prérogative royale

B. – Une forme d'État originale éclairée par la guerre

1. - Les rapports entre le centre et la périphérie : la dévolution, héritière de guerres civiles et de religio

2. - Les rapports entre Westminster et ses anciens dominions : la place résiduelle de la guerre dans l'indépendance des dominions et l'établissement du commonwealth

II. – LA GESTION DE LA GUERRE PAR LES INSTITUTIONS

A. – Le rôle des institutions politiques : une prééminence de l'exécutif

1. - L'engagement militaire : le faible rôle du Parlement pour décider du déploiement des forces militaires

2. - La gestion de la guerre par les pouvoirs d'urgence

B. – Les institutions juridictionnelles : entre déférence et protection des droits et libertés

1. - Un contrôle juridictionnel réduit des actes de l'exécutif sur le fondement du droit interne

2. - La protection juridictionnelle des droits fondamentaux sur le fondement du droit régional des droits de l'Homme

a. - Le contrôle juridictionnel des Troubles nord-irlandais

b. - Le contrôle juridictionnel des interventions militaires à l'étranger

L'actualité de la guerre en Ukraine aux frontières de l'Union européenne conduit à questionner les rapports entre guerre et Constitution dans plusieurs pays, dont le Royaume-Uni. Ce dernier a été partie à l'un des derniers conflits armés en Europe contre l'Irlande du Nord qui est appelé, de façon euphémique, « Troubles ». Sa qualification de guerre ou de guerre civile n'est pas courante, les opposants de l'IRA dénommant les actes de l'Armée Républicaine Irlandaise de terrorisme. Cette expérience montre que la question de la qualification d'un conflit armé comme une « guerre » n'est pas chose aisée.

Après la Première Guerre mondiale, les États membres de la Société des Nations se sont engagés à « accepter certaines obligations de ne pas recourir à la guerre ». Depuis 1945, le droit de la guerre est fondé sur l'interdiction du recours à la force sauf en cas de légitime défense (Charte des Nations Unies) ce qui n'empêche pas la

guerre de prospérer¹. En droit international, la notion de « guerre » n'est plus utilisée comme un concept juridique². Plusieurs Traités créent une obligation politique bien plus que juridique d'intervention militaire pour soutenir d'autres États : Le Traité de l'Atlantique Nord, le Traité sur l'Union européenne, la Charte des Nations Unies et le Traité de Bruxelles.

Le droit international préfère au « droit de la guerre » l'expression « droit des conflits armés », qui est aussi appelé « droit international humanitaire » c'est-à-dire le *jus in bello*, le droit relatif aux modes d'utilisation de la force. Ce droit est distinct du *jus ad bellum* correspondant au droit de la guerre ou « droit de la sécurité internationale » (qui est le droit relatif à la légitimité de l'emploi de la force³ fondé sur des Conventions, comme la Charte des Nations Unies, des Coutumes, de la jurisprudence et de la doctrine)⁴. Le droit des conflits armés qui trouve ses sources principales dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux⁵, les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève⁶ ainsi que certaines Conventions particulières relatives à la protection des biens culturels ou à certains armements. À partir du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, le droit des conflits armés et le droit international humanitaire se confondent. Ces Conventions, auxquelles s'ajoute le droit international coutumier, réglementent la conduite des conflits armés, en visant à limiter leurs effets, et s'appliquent à tout conflit armé entre États quelle que soit la façon dont les participants choisissent de le dénommer. Le droit international humanitaire vise ainsi à protéger les personnes qui ne participent pas aux hostilités (les civils, les membres du personnel sanitaire et religieux ou d'organisations humanitaires) ainsi que celles qui ne prennent plus part aux combats sur terre et sur mer (les blessés, les malades, les naufragés et les prisonniers de guerre). Dans ce cadre, une déclaration formelle de guerre ne conditionne donc pas l'application du droit des conflits armés ou droit international humanitaire. En outre, les quatre Conventions de Genève contiennent une même disposition, l'article 3, qui s'applique aux conflits armés non internationaux, ce qui constitue une avancée notable.

Le site internet du Comité international de la Croix-Rouge résume les choses ainsi : « Les règles de la guerre, ou droit international humanitaire (comme on les appelle officiellement), sont un ensemble de règles internationales qui établissent ce qu'on peut et ce qu'on ne peut pas faire au cours d'un conflit armé »⁷. Le site du ministère de la Défense opère, pour sa part, une autre distinction selon laquelle le droit des conflits armés, qui est une branche du

¹ V. HAROUËL-BURELOUP, « Guerre », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la Culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 774.

² Pr WHITE, *Political and Constitutional Reform Committee, Parliament's Role in Conflict Decisions*, HC 923, 2010-12 Session, Q.26.

³ Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies, *La protection juridique internationale des droits de l'Homme dans les conflits armés*, New-York Genève, 2011, p. 5.

⁴ D. CUMIN, *Le droit de la Guerre*, réalise cette distinction in <https://actu.dalloz-etudiant.fr/focus-sur/article/le-droit-de-la-guerre/h/e46343d722f0ea575a88add4726a01d.html> : « En *jus ad bellum*, la guerre licite est, d'une part, celle ordonnée par un État ou une Organisation intergouvernementale (OIG) compétente militairement ou un MLN [Mouvement de Libération Nationale] ou encore une organisation armée reconnue (par l'État adverse, des États tiers ou le CSNU), d'autre part, celle livrée pour la défense du pays face à une agression ou livrée avec l'autorisation du CSNU ou livrée pour l'autodétermination d'un peuple face au "colonialisme". En *jus in bello*, la guerre licite est, d'une part, celle menée par des combattants habilités (militaires ou combattants réguliers, non militaires ou combattants irréguliers s'ils remplissent les conditions conventionnelles prévues), d'autre part, celle effectuée selon les moyens permis (pas d'armes prohibées) et les modalités permises (conformément aux principes généraux du droit des conflits armés). Les principes généraux ont valeur coutumière ; on les lit aussi dans les diverses dispositions conventionnelles passées et présentes. Parmi les plus importants principes généraux, figure le principe de distinction des combattants et des non combattants, des objectifs militaires et des objectifs non militaires... ».

⁵ Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899 ; Convention (III) pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève du 22 août 1864. La Haye, 29 juillet 1899 ; Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités. La Haye, 18 octobre 1907 ; Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907. Le Règlement de La Haye est généralement considéré comme correspondant au droit international coutumier et s'impose à tous les États, qu'ils y aient adhéré ou non.

⁶ <https://www.icrc.org/fr/document/conventions-geneve-1949-protocoles-additionnels> : Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949 ; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949 ; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949 ; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949.

⁷ <https://www.icrc.org/fr/document/les-regles-de-la-guerre-pourquoi-sont-elles-importantes>.

droit international, recouvre trois domaines : le droit de la guerre connu sous l'appellation « Droit de La Haye » en référence aux Conventions du même nom ; le droit humanitaire qui concerne l'ensemble formé par les Conventions de Genève du 12 août 1949 concernant les blessés et malades (1^{re} convention), les naufragés (2^e convention), les prisonniers de guerre (3^e convention) et la population civile (4^e convention) ; le droit de la maîtrise des armements visant les conventions internationales interdisant, limitant ou réglementant l'emploi de certaines armes et munitions⁸.

Les Conventions de Genève ne définissent pas la notion de « conflit armé » qui conditionne l'application du droit international humanitaire⁹. Elles ont pu faire l'objet de critiques du fait de leur manque de clarté¹⁰ et ne sont, selon certains, pas adaptées aux changements de nature des opérations militaires au regard des nouvelles technologies notamment¹¹. Si l'approche suivie pour éclairer cette notion est casuistique, elle varie selon la nature internationale ou non-internationale du conflit. La question de l'intensité à partir de laquelle un conflit international peut-être défini comme un « conflit armé » se pose. À défaut de définition, l'article 8 du statut de la Cour pénale internationale précise que l'agissement criminel a eu lieu dans le contexte ou bien a été associé à un conflit armé. La Commission ne donne aucune définition du « conflit armé international » ou « d'un conflit armé sans dimension internationale ». Certains considèrent que le droit humanitaire s'applique quelle que soit l'intensité, d'autres considèrent qu'il faut un seuil minimal¹². En revanche, s'agissant des conflits armés non-internationaux, l'intensité des hostilités joue un rôle déterminant pour être qualifiés de « conflits armés » et déclencher l'application du droit international humanitaire. Des tensions internes telles que des émeutes ou autres troubles doivent atteindre un certain seuil¹³. Sans doute est-ce la raison pour laquelle le conflit nord-irlandais¹⁴ est qualifié de « Troubles » et non de « conflit armé »¹⁵. Les droits de l'Homme s'appliquent dans ces situations, mais peuvent faire l'objet de dérogation. Toutefois, en cas de conflit armé, le droit international des droits humains (DIDH) s'applique simultanément avec le droit international humanitaire (DIH) dont l'objet est de protéger l'individu dans les conflits armés.

⁸ <https://www.defense.gouv.fr/sga/au-service-armees/droit-defense/droit-conflits-armes#>

⁹ Selon l'article 2, commun aux Conventions de Genève, « En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles. La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire ». Le Protocole I aux Conventions de Genève élargit les situations visées par l'article 2 commun et s'applique aux « conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » (art. 1.4).

Le commentaire relatif aux Conventions de Genève donne des précisions supplémentaires, puisqu'il indique que : « Tout différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de membres des forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. Ni la durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle » (Jean Pictet et al., dir. publ. Convention [I] de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne – Commentaire [Genève, CICR, 1952], p. 34). De plus, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé « qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États » (Le Procureur c. Duško Tadić, affaire IT-94-1-A, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 70).

Le droit international n'offre pas d'indications quant à la signification précise des expressions « emploi de la force » ou « conflit armé » au sens de la Charte des Nations Unies et des Conventions de Genève. Certains estiment que le droit international humanitaire des conflits armés internationaux s'applique à tout acte de violence armée entre deux États ; d'autres considèrent qu'il conviendrait de tenir compte d'un seuil d'intensité.

¹⁰ *Foreign Affairs Committee, Visit to Guantánamo Bay*, HC44, Session 2006-07, p. 27.

¹¹ C. MILLS, *Parliamentary approval for Military Action, Briefing Paper*, CBP 7166, 8 May 2018, p. 47 ; S. Sur, « Quelle légalité pour le conflit armé en droit international ? » Cités 2005/4 (n° 24), pp. 103-117.

¹² *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire IT-94-1-A, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 70. La Chambre d'appel indique que les hostilités dans l'ex-Yougoslavie en 1991 et 1992 « excèdent les critères d'intensité applicables aux conflits armés tant internes qu'internationaux ». *Ibid.*

¹³ Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies, *La protection juridique internationale des droits de l'Homme dans les conflits armés*, op. cit., p. 35-44 et spé. p. 42.

¹⁴ C. CAMPBELL, « 'Wars on Terror' and Vicarious Hegemons: The UK, International Law, and the Northern Ireland Conflict », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2 (Apr., 2005), pp. 321-355.

¹⁵ L'expression guerre de religion s'imposa au XVIII^e siècle, tandis que l'expression « troubles » prévalait au XVI^e siècle. Le conflit nord-irlandais resterait donc imprégné par cette origine. Sur la distinction Troubles civils et « guerre de religion au XVI^e siècle, cf. E. SUIRE, *Pouvoir et religion en Europe, XV^e-XVI^e siècle*, Paris, Armand Colin, « Collection U », 2018, pp. 61-65.

À défaut de définition dans les sources du droit international, des définitions doctrinales ont été proposées.

Dans le langage familier, la « guerre » renvoie, selon le Rapport de la Commission parlementaire sur la Constitution de la Chambre des Lords, à « des conflits entre les forces armées d'un État et occasionnellement à des conflits internes majeurs, comme la Guerre civile britannique ou américaine ». Une distinction a, par ailleurs, été faite entre les « Guerres de nécessité » – lorsqu'il s'agit d'une légitime défense à la suite d'une attaque ou d'une menace imminente – et les « Guerres de choix », qui sont motivées de façon discrétionnaire par des raisons d'intérêt national pour s'engager sur des terrains étrangers, comme en Bosnie ou au Kosovo. Ces dernières reposent sur des considérations politiques ou morales et des circonstances créant un besoin d'agir comme l'intervention contre les talibans en Afghanistan après le 11 septembre 2001 ou l'intervention militaire en Irak en 2003¹⁶.

La notion de « conflit armé » au niveau interne et international embrasse les « cas dans lesquels les forces britanniques sont envoyées en anticipation d'un éventuel recours à la force ou lorsque les forces aériennes et navales sont utilisées pour viser des cibles dans un autre État ou dans les eaux internationales »¹⁷. La Commission parlementaire résume l'expression en indiquant qu'elle l'emploie non pas dans le sens qu'elle recouvre en droit international, mais en référence à « l'évaluation d'un risque militaire par les forces britanniques »¹⁸. Le recours à la notion de « déploiement des forces » correspond, quant à elle, au cas dans lequel des forces sont envoyées, sans qu'il soit envisagé de recourir à la force, pour des raisons humanitaires, de maintien de la paix, d'entraînement et qu'il peut toutefois exister un risque de victimes dans les troupes britanniques¹⁹.

Certains définissent ces conflits armés comme « tout usage de la force qui donne lieu ou qui peut donner lieu à une situation de conflit armé à laquelle les Conventions de Genève de 1949 et les protocoles additionnels de 1977 s'appliqueront »²⁰.

Le dictionnaire des droits de l'Homme fait une distinction entre une « guerre » et un « conflit armé ». Ce dernier, qui est « plus large, plus moderne », fait « référence aux situations de confrontation armée entre États, entre un État et un groupe armé, ou entre des groupes armés. »²¹ Ce conflit peut recouvrir une dimension internationale, impliquant les forces armées de plusieurs États ou une dimension interne²² comme la guerre d'indépendance américaine ou encore le conflit nord-irlandais. En règle générale, une Déclaration de guerre donnera lieu à une « guerre », mais elle n'est pas indispensable. Au Royaume-Uni, cette Déclaration est prononcée par le Premier ministre au nom du Monarque sur la base des pouvoirs de prérogative royale, ce qui a donné lieu à des projets de réformes et débats. Nous utiliserons le terme familier de guerre par souci de simplicité et le terme de conflit armé, lorsque la question technique de la nature du conflit se pose.

Le Royaume-Uni n'a pas déclaré de guerre depuis 1942 contre le Siam (Thaïlande moderne) et les forces britanniques ont pu se déployer en assistance à des partenaires et soutenir, par exemple, la Malaisie dans sa confrontation avec l'Indonésie à partir de 1963. Une minorité de guerres ont été relatives à la question de l'indépendance d'anciens dominions tandis que la plupart ont concerné des conflits entre États. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Royaume-Uni a été impliqué dans plus d'opérations militaires que n'importe quel pays,

¹⁶ House of Lords Select Committee on the Constitution, *Waging War: Parliament's Role and Responsibility*, 15th Report of Session 2005–06, HL 236-1, § 9 et 20.

¹⁷ *Ibid.*, § 9-10.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, §11.

²⁰ *Private Members Bill by Clare Short, Armed Forces (Parliamentary Approval for Participation in Armed Conflict) Bill*, Bill 16 2005-6.

²¹ M. SASSOLI et M.-É. PROULX, « Guerre et conflit armé », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 466.

²² House of Lords Select Committee on the Constitution, *Waging War: Parliament's Role and Responsibility*, *op. cit.*, § 9.

y compris les États-Unis²³. De 1990 à 2006, le Royaume-Uni a été engagé dans six déploiements de forces en coopération avec d'autres États ou sur autorisation des Nations-Unies (l'Irak en 1991 ou en 2003 ; les Balkans, la Sierra Leone, l'Afghanistan après le 11 septembre). Il s'est aussi engagé dans des déploiements mineurs, comme au Sahara occidental. En avril 2017, les forces militaires britanniques étaient déployées sur trente opérations dans vingt pays et pouvaient aller de la lutte contre le piratage, à l'entraînement en passant par l'assistance humanitaire ou le maintien de la paix ainsi que des attaques offensives en Irak et en Syrie²⁴.

Le terrorisme lié au conflit nord-irlandais a laissé place au terrorisme islamiste post -11 septembre 2001 dont le Royaume-Uni a été victime lors des attentats du 7 juillet 2005 perpétrés à la suite de l'engagement des troupes britanniques en Irak ainsi que lors des attentats de Westminster et de Manchester Arena du 22 mai 2017, puis ceux du pont de Londres du 3 juin 2017 et du 29 novembre 2019. Les attentats de 2005 montrent le lien qui a pu exister entre l'engagement militaire du Royaume-Uni en Irak : la guerre, d'une part, et les mesures de lutte contre le terrorisme prises à la suite d'attentats, d'autre part. Les dispositifs normatifs renvoyant à la Guerre (*War powers*) et à la lutte contre le terrorisme sont distincts bien qu'il n'existe pas de Constitution formelle faisant référence à la guerre ou à l'engagement militaire. Au Royaume-Uni, ce sont des lois qui renvoient à la guerre (*Emergency Powers [Defence] Act 1939*) ou à d'autres formes de mesures d'exception (*Terrorism Act 2000, Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001, Prevention of Terrorism Act 2005, Terrorism Act 2006 et Counter-Terrorism and Sentencing Act 2021 ; Civil Contingency Act 2004*).

Au-delà des points soulevés par la grille d'analyse, s'intéresser aux rapports entre guerre et Constitution au Royaume-Uni suscite la réflexion sur certains aspects en particulier. Le premier, normatif, interroge la spécificité des rapports entre guerre et Constitution coutumière. Le second, géographique et territorial, questionne la nature étatique du Royaume-Uni refusée dans sa dimension interne, car on lui préfère le concept de Couronne, et acceptée dans sa dimension internationale. L'Empire britannique a connu différents types de guerres – civiles, de religion, et dans une moindre mesure des guerres d'indépendance – qui étaient internes à son territoire. Une fois l'indépendance de certains États acquise, l'Empire, avec la décolonisation a laissé place au *Commonwealth* qui est une organisation intergouvernementale. La Couronne a, en troisième et dernier lieu, un rôle prépondérant dans le domaine militaire, puisque les questions de défense relèvent de sa compétence en vertu de la prérogative royale.

Ces éléments liés aux sources constitutionnelles et à la nature étatique du Royaume-Uni montrent qu'historiquement, les guerres ont considérablement participé à l'élaboration de la Constitution coutumière (I). Ce constat peut constituer une spécificité britannique par rapport aux pays dotés de Constitutions rigides. La Constitution souple et les institutions britanniques seraient plus perméables à la guerre qu'une Constitution formelle. En revanche, lorsque l'on s'intéresse à la mise en œuvre du droit de la guerre, le rôle des institutions nationales britanniques ne paraît pas exceptionnel en comparaison avec le rôle de ces institutions dans les pays dotés de Constitutions formelles. L'étude de ce rôle laisse néanmoins apparaître une prééminence de l'exécutif qui semble supérieure par rapport à d'autres pays (II).

I. - LE ROLE DE LA GUERRE DANS L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION COUTUMIERE

²³ *Human Security Report 2005: War and Peace in the 21st Century*, University of British Columbia, Canada, p. 26 et tableau 1.3.

²⁴ C. MILLS, *Parliamentary approval for Military Action, Briefing Paper, op. cit.*, p. 47. Des exemples sont donnés par Lord Wallace dans un débat à la Chambre des Lords (HL Deb 28 November 2013, c1621 : « La définition d'un conflit armé et les décisions relatives au déploiement que nous prenons pourraient prendre des formes diverses. Elles incluent l'engagement des troupes au sol, l'envoi de missiles de croisière ou des drones ou l'envoi d'une unité d'entraînement au Mali, soutenu par des avions de transport... »).

Les guerres qu'a connues le Royaume-Uni ont scandé la continuité constitutionnelle britannique en étant exceptionnellement seulement à l'origine de ruptures constitutionnelles. La question de l'avènement et de la chute de la Constitution ne s'est véritablement posée qu'au moment de la République de Cromwell. Ces guerres ont non seulement marqué les évolutions institutionnelles au niveau interne, contribuant à faire du Royaume-Uni une monarchie parlementaire (A), elles révèlent aussi la particularité du Royaume-Uni concernant la nature étatique de ce pays au niveau international (B).

A. - Une forme du gouvernement construite par la guerre

La Glorieuse Révolution peut être présentée comme une guerre civile et de religion qui a été à l'origine de la Monarchie parlementaire britannique (1). Au sein de ce régime, c'est le Monarque et aujourd'hui le Cabinet qui détiennent les compétences en matière militaire (2).

1. - La monarchie limitée, un régime forgé par les guerres de religion

Les rapports entre guerre et droit constitutionnel éclairent la question problématique de la nature étatique du Royaume-Uni au niveau interne et international. Il existe une distinction classique en droit public britannique (qui peut être assez surprenante du point de vue du droit public français) entre l'absence de nature étatique du Royaume-Uni au niveau interne et la présence d'une telle qualification en droit international public.

En effet, il n'y a pas d'État britannique à proprement parler en droit public interne²⁵, la Couronne remplace un tel concept. Le Royaume-Uni est, comme son nom l'indique, un Royaume qui trouve son unité politique dans la présence du Monarque. Cette présence constitue le trait d'union entre les différentes nations britanniques : l'Angleterre, le Pays de Galle, l'Écosse et l'Irlande du Nord ne sont pas unis au sein d'un même État, mais sont unis par leur adhésion à la royauté dont le symbole est la Couronne. D'où le terme Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

Outre l'union des nations, la Couronne constitue, malgré la dimension protocolaire du rôle du Roi, le trait d'union entre toutes les institutions politiques qui ont, à des degrés différents, un pouvoir de décision pour l'ensemble des nations : les ministres sont des ministres de sa majesté, les Chambres restent caractérisées par le principe « du Roi en son Parlement » (*King in Parliament*) qui se traduit par le discours du trône ou la promulgation des lois par le *Royal Assent* et les Cours sont des Cours royales de justice.

La notion de Couronne constitue également un trait d'union avec certains États qui ont le Monarque pour Chef d'État. La pertinence d'un tel concept varie toutefois selon les pays. Si elle est toujours valable au Canada, l'Australie lui a, par exemple, progressivement préféré le concept d'« *executive power of the Commonwealth* » de la Section 61 de la Constitution²⁶.

²⁵ J. MCLEAN, *Searching for the State in British Legal Thought, Competing Conceptions of the Public Sphere*, Cambridge University Press, 2015, p. 165.

²⁶ C. SAUNDERS, « The Concept of the Crown », *Melbourne University Law Review*, Vol. 38, No. 3, 2015, *U of Melbourne Legal Studies Research Paper*, n° 709.

Les guerres civiles, qui ont presque toujours été des guerres de religion²⁷, ont pu illustrer la particularité du lien entre régime politique et guerre. De la guerre de Cent Ans avec la France aux Troubles nord-irlandais, le rôle du Monarque dans ses rapports avec le Parlement s'est construit dans des contextes militaires. Après la Révolution sanglante (*Bloody Revolution*) et le choc de la décapitation du roi Charles I^{er} d'Angleterre en 1649, le tournant fondateur des rapports entre le Roi et le Parlement fut la Glorieuse Révolution. Entre 1638 et 1653, l'Angleterre, l'Écosse et l'Irlande se sont déchirées dans des guerres civiles marquées par des considérations religieuses. L'archevêque de Cantorbéry, William Laud, proche conseiller du trône, imposa des innovations liturgiques à l'Église d'Angleterre en tentant de promouvoir le rôle du clergé, ce qui a été perçu comme un rapprochement avec le catholicisme dans le contexte difficile de la guerre de Trente ans. Charles I^{er}, considéré comme ayant voulu imposer ces changements aux Églises anglaises et écossaises, s'opposa, dans un contexte complexe²⁸, aux puritains, aux députés anglicans et aux presbytériens écossais. Cette Première guerre civile aboutit à l'exécution de l'archevêque William Laud en janvier 1645, à l'abolition de l'épiscopat et à la mise sous surveillance du Roi par le Parlement. Charles I^{er}, qui tenta de reprendre la main en 1647, fut vaincu par l'Armée de Cromwell (*New Model Army*) en août 1648, ce qui marqua la fin de la Seconde guerre civile.

La victoire de Cromwell fut à l'origine de la seule rupture constitutionnelle qu'a connue le Royaume-Uni. Le Parlement a été purgé en 1648 pour mettre en place une République qui exécuta le Roi Charles I^{er} par décapitation le 30 janvier 1649. L'Angleterre s'est ainsi transformée en « Commonwealth et État libre » englobant également l'Écosse et l'Irlande sous la coupe d'un seul et même Parlement à Westminster. En 1654, il représentait pour la première fois l'ensemble des îles britanniques avec des membres anglais, écossais et irlandais. La restauration de la royauté de Grande-Bretagne et d'Irlande fut réalisée par Charles II le 14 mai 1660. Elle n'a toutefois pas fait taire les conflits religieux avec les opposants, catholiques notamment, aux Églises protestantes écossaises et anglaises. Le frère de Charles II, un fervent catholique – dénommé Jacques II en Angleterre et Jacques VII en Écosse – voulait instaurer une plus grande tolérance pour les catholiques, leur permettre l'accès aux fonctions publiques et politiques et, à terme, mettre en place l'Église catholique comme Église officielle ainsi qu'une Monarchie catholique. Cette tentative a donné lieu à la Glorieuse Révolution, qui peut s'apparenter à une guerre dans la mesure où elle s'est traduite par l'invasion par les forces militaires de Guillaume d'Orange à Torbay dans le Devon.

La glorieuse révolution est un moment fondateur du constitutionnalisme et du régime politique britannique, car elle a donné lieu au *Bill of Rights 1689* signé par Guillaume d'Orange et son épouse Marie, fille de Jacques II. Ce texte fondamental est à l'origine du parlementarisme britannique puisqu'il impose au nouveau souverain de ne gouverner qu'avec le Parlement. Les tentatives absolutistes de Charles II et de Jacques II ont laissé place à une Monarchie parlementaire, une monarchie limitée bien différente de la monarchie absolue en France. Ces conflits ont, par ailleurs, eu une conséquence importante en ce qui concerne les rapports entre l'Église et l'État puisque le *Bill of Rights 1689* et, à sa suite, l'*Act of Settlement 1701* ont imposé que la succession au trône ne fût exercée que par des anglicans.

Ces brefs rappels historiques éclairent plusieurs caractéristiques de la Constitution britannique liées à la guerre : la nature de la Constitution, son régime politique et son champ d'application territorial (que nous aborderons infra). Sur les deux premiers points, d'abord, à une exception près, celle de la République de Cromwell, la Constitution britannique est caractérisée par une certaine permanence caractérisant aussi la continuité du régime monarchique :

²⁷ A ce propos, cf. E. SUIRE, *Pouvoir et religion en Europe, Pouvoir et religion en Europe, XV^e-XVII^e siècle*, op. cit., pp. 76-90.

²⁸ *Ibid.*, pp. 77-80.

c'est une Constitution coutumière monarchique. Ensuite, une guerre qui n'a pas été qualifiée ainsi, la glorieuse révolution, a transformé cette monarchie en monarchie parlementaire dans laquelle la guerre relève de la compétence du Monarque.

2. - La guerre, une compétence relevant de la prérogative royale

Le contenu institutionnel de la Constitution coutumière britannique a été indirectement influencé par la guerre puisque les rapports entre le Monarque et le Parlement résultent d'une guerre civile, la glorieuse révolution. Dans le même temps, cette Constitution coutumière ne prévoit pas de disposition spécifique ou générale relative à la guerre, celle-ci étant prise en compte de façon casuistique au fil des conflits impliquant le Royaume-Uni. Au début de la Seconde Guerre mondiale, par exemple, l'*Emergency Powers (Defence) Act 1939* a été adopté en réponse au pacte de non-agression entre l'Allemagne et l'URSS, pour donner au Gouvernement des pouvoirs spéciaux afin de prendre toutes les mesures nécessaires pour conduire la guerre.

En l'absence de texte attribuant formellement à l'exécutif ou au Parlement une compétence en matière de guerre, celle-ci résulte de la Constitution coutumière et plus particulièrement des Conventions constitutionnelles. Les compétences militaires reposent donc sur la prérogative royale. La Déclaration de guerre est aujourd'hui dans les mains du Premier ministre tandis que les décisions relatives aux actions militaires relèvent du Cabinet. L'information, la consultation, l'autorisation ou le débat au Parlement ne sont prévus par aucune loi et, nous le verrons, l'intervention du Parlement résulte de la pratique qui a pu donner lieu à l'approbation de l'engagement des forces militaires en Irak par le Parlement en 2003. La question d'une Convention constitutionnelle concernant l'intervention du Parlement et sa formalisation dans un texte de loi s'est posée.

B. – Une forme d'État originale éclairée par la guerre

Ces éléments historiques ont mis en lumière le fait que la guerre a pu déclencher des changements institutionnels qui ont construit la Couronne et le régime parlementaire britanniques. Ils montrent dans le même temps le rôle des guerres dans la construction de la forme de l'État au niveau interne (1) et international (2).

1. - Les rapports entre le centre et la périphérie : la dévolution, héritière de guerres civiles et de religion

Ainsi, au niveau interne, le Royaume-Uni est caractérisé par sa dimension d'État unitaire grâce à la sujétion des individus au Roi en son Parlement à Westminster, mais il reconnaît une liberté législative à certaines régions à travers ce que l'on appelle la « dévolution », une forme de régionalisation. Cette dévolution est indirectement liée à la guerre, puisqu'elle concerne des régions, l'Écosse et l'Irlande du Nord, qui ont été associées à l'Angleterre à la suite de conflits militaires.

Enfin, les guerres civiles ont été à l'origine de l'Union entre les différentes nations comme avec l'*Act d'Union en 1707* pour l'Écosse. Ce texte, un acte fondateur de l'Union du Royaume d'Écosse et du Royaume d'Angleterre en 1707, donna lieu à l'avènement d'une identité britannique (Écossaise et Anglaise). Il a vu le jour en raison d'une prise

de conscience de l'intérêt de l'Union dans un contexte de tensions militaires internationales avec la France notamment.

L'Union avec l'Irlande sera, quant à elle, précipitée par la Rébellion irlandaise de 1798 lancée par la Société des irlandais unis qui, inspirée des révolutions française et américaines, se soulèvent contre la domination britannique. Associée à la menace d'une invasion française en Irlande²⁹, cette Rébellion donnera d'abord lieu à l'adoption par le Parlement de Westminster de l'*Insurrection Act 1796* et à la suspension de l'*Habeas Corpus Act 1679*. Cette Rébellion a comme arrière-plan, les conflits religieux entre catholiques, anglicans et protestants. Le Premier ministre William Pitt proposa comme solution l'Union entre ces différentes nations qui permettrait d'obtenir un certain nombre de concessions des Irlandais catholiques devenus minoritaires au sein du Royaume-Uni. Les Parlements irlandais et britanniques ont ainsi adopté des lois identiques mettant en place le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande³⁰ : *Act for the Union of Great Britain and Ireland ou Acts of Union 1800*. À partir du 1^{er} janvier 1801, le Parlement irlandais a été aboli, cent représentants irlandais étant désormais élus à la Chambre des Communes et vingt-huit Lords à vie et quatre Lords spirituels irlandais. Cette union prit fin le 15 janvier 1922 lorsque le Traité Anglo-Irlandais signé le 6 décembre 1921 fût ratifié. Ce traité donna lieu à l'indépendance de l'Irlande qui deviendra une République en 1949 à l'exception des six Comtés de la province du nord de l'Ulster qui restent territorialement dans le Royaume-Uni.

Les conflits entre la République d'Irlande, la Grande-Bretagne et le territoire nord-irlandais qui seront à l'origine des « Troubles » donnent lieu à de nouvelles problématiques constitutionnelles. Le statut de l'Irlande du Nord a été conditionné par la période de « Troubles » avec La Grande-Bretagne. Si l'Irlande du Nord a pu obtenir en 1998, c'est-à-dire après le *Good Friday Agreement* marquant la fin des « Troubles », le statut de région dévolue avec la reconnaissance d'une autonomie législative, cette dévolution a été suspendue (entre 2002 et 2007) et n'a pas pu pleinement fonctionner en raison du regain d'actes de violence commis en Irlande du Nord. Le *Brexit* a également alimenté des tensions à la frontière nord-irlandaise, faisant craindre un retour du conflit et soulevant le problème de la désunion entre l'Irlande du Nord et la Grande-Bretagne. Ainsi, des conflits qui ne peuvent pas être qualifiés de conflits armés ont eu des conséquences sur les rapports entre Westminster et l'Irlande du Nord.

Au-delà de ces aspects montrant que les guerres ont pu avoir des conséquences sur l'organisation territoriale britannique, la dévolution législative réalisée par les lois de 1998³¹ est particulièrement originale. Le Royaume-Uni est à ce titre qualifié « d'État unitaire avec trois régions ayant un statut spécial », d'« Union d'états », d'« État d'Union », de « multination », d'« État multinational » ou d'« État plurinational »³². En effet, si autonomie législative il y a, celle-ci reste conditionnée par le principe de souveraineté du Parlement. Les lois de dévolutions contiennent ainsi des dispositions prévoyant que le Parlement de Westminster est toujours libre de revenir sur l'autonomie législative qu'il a concédée³³. Cela signifie donc que l'autonomie pourrait être suspendue par une loi du Parlement de Westminster revenant sur les compétences législatives accordées.

²⁹ <https://www.britannica.com/event/Irish-Rebellion-Irish-history-1798>.

³⁰ Avec notamment l'achat de voix organisé par le gouvernement britannique.

³¹ *Scotland Act 1998 et 2016, Northern Ireland Act 1998, Government of Wales Act 1998 et 2006, Wales Act 2014 et 2017*.

³² Select Committee on the Constitution, *The Union and devolution*, 10th Report of Session 2015-16, 25 May 2016 HL149, § 31.

³³ Section 28 (8) du *Scotland Act 1998* ; Section 5(6) du *Northern Ireland Act 1998* et section 107 du *Wales Act 2006* telle que modifiée par la section 2(6) du *Wales Act 2017*.

2. - Les rapports entre Westminster et ses anciens dominions : la place résiduelle de la guerre dans l'indépendance des dominions et l'établissement du commonwealth

Outre cette dimension constitutionnelle, la guerre a également été un moyen de délimiter le territoire britannique de l'Empire au *Commonwealth* qui a été créé en 1949 par la Déclaration de Londres. Les membres fondateurs sont l'Afrique du Sud, l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Irlande et Terre-Neuve, ces deux derniers n'étant plus membres de cette organisation internationale. Les États membres du *Commonwealth* sont aujourd'hui au nombre de cinquante-six et ont à leur tête le Monarque britannique, Charles III, qui n'a aucun pouvoir et incarne seulement l'Union d'États égaux et souverains. Parmi les États membres du *commonwealth*, il y a des États qui ont obtenu leur indépendance dans un contexte de guerre comme entre l'Inde et le Pakistan à la suite de la décision du 20 février 1947 du Premier ministre travailliste, Clement Attlee, de transférer « le pouvoir [...] à des mains indiennes, au plus tard en juin 1948 ». Le partage des deux futurs États du Pakistan musulman et de l'Inde organisé par le dernier vice-roi Lord Mountbatten, a donné lieu à une guerre de religion et à un exode massif de population (4 millions de sikhs ont fui le Pakistan et 6 millions de musulmans s'y sont réfugiés). Toutefois, une fois l'indépendance acquise, l'Inde comme le Pakistan ont accepté d'intégrer le *Commonwealth*, une organisation internationale entretenant les liens entre le Royaume-Uni et ses anciens dominions (colonies et protectorats).

D'autres États souverains ont gardé un lien constitutionnel avec la Couronne, étant ainsi des monarchies parlementaires ayant pour Chef de l'État le Monarque britannique. Ce dernier est chef d'État de quinze royaumes³⁴, comme le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ou des îles telles que la Jamaïque, Sainte-Lucie ou les Bahamas, qui n'ont ainsi pas coupé le cordon ombilical avec le régime de Westminster. En Australie ou au Canada, le Gouverneur représente le Monarque qui reste leur chef d'État. Ce rôle du Monarque comme chef d'État dans d'autres pays que le Royaume-Uni explique la difficulté de qualifier le Royaume-Uni comme un État en droit constitutionnel interne puisque le Monarque est le Chef d'État de plusieurs pays.

II. – LA GESTION DE LA GUERRE PAR LES INSTITUTIONS

Comme dans de nombreux pays, les institutions politiques et, plus particulièrement, l'exécutif britannique ont une compétence de principe en ce qui concerne la décision de recourir à la guerre. Cette compétence relève, à l'instar de la ratification des Traités et de la conduite de la diplomatie, des pouvoirs de prérogative historiquement fondés sur la *common law* (A). Cette compétence n'exclut toutefois pas l'intervention des juges, ordinaires ou la Cour EDH, pour contrôler certains actes pris dans un contexte de guerre. Les décisions de justice, généralement caractérisées par la déférence, peuvent avoir un impact particulier sur la protection des droits et libertés fondamentaux (B).

A. – Le rôle des institutions politiques : une prééminence de l'exécutif

La compétence en matière de défense appartient à l'exécutif, mais la pratique a connu des interventions du Parlement pour engager une action militaire. Malgré les projets de réforme, ces interventions persistent à ne relever

³⁴ Antigua-et-Barbuda, Australie, Bahamas, Belize, Canada, Grenade, Jamaïque, Nouvelle-Zélande, Papouasie–Nouvelle-Guinée, Royaume-Uni, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Salomon (îles) et Tuvalu. Il s'agit en fait de l'ancienne métropole, de certains anciens dominions, et d'un ensemble de petits États insulaires.

que de la pratique et n'ont jamais été formalisées dans une loi. La dimension coutumière de la Constitution laisse ainsi une grande liberté au Cabinet au détriment du Parlement en ce domaine. Bien que l'existence d'une Convention de la Constitution ait fait l'objet de discussions, le contenu d'une telle Convention manque de clarté, ce qui soulève la question des fondements alternatifs pour l'intervention du Parlement en la matière (1). La gestion concrète de la guerre repose, quant à elle, sur des lois autorisant le recours à certains pouvoirs d'urgence (2).

1. - L'engagement militaire : le faible rôle du Parlement pour décider du déploiement des forces militaires

Héritant des pouvoirs du Monarque en ce domaine, une déclaration de guerre ou le déploiement des forces à l'étranger relève, sur le fondement des Conventions de la Constitution, du pouvoir discrétionnaire du Premier ministre qui agit au nom de la Couronne. Les décisions relatives aux actions militaires sont prises par le Cabinet sur conseil du *National Security Council* et du *Chief of the Defence Staff*. Le pouvoir du Monarque, qui reste le Chef des forces armées, n'est aujourd'hui que formel puisqu'il est exercé sur les recommandations du Premier ministre. Aucune compétence n'est légalement attribuée au Parlement en la matière et le Gouvernement n'a aucune obligation envers celui-ci. Le Parlement n'a pas à être informé, à débattre ou à voter sur ces questions.

Le Parlement n'a donc pas de pouvoir de contrôle sur la décision d'engager des forces militaires, mais, en pratique, le Premier ministre peut lui demander un débat ou une autorisation comme cela été le cas lors de l'engagement des troupes en Irak en 2003, puis, plus récemment en Syrie et en Lybie. En revanche, le Gouvernement n'est pas juridiquement, mais seulement politiquement tenu par le vote qui sera émis par le Parlement.

Depuis le vote, en 2003, de l'intervention militaire en Irak, les Gouvernements successifs ont envisagé de réformer le rôle du Parlement en matière de recours à la force militaire et en ce qui concerne l'évolution des actions militaires. Depuis la Guerre de Corée en 1950, le vote du Parlement sur la décision d'envahir l'Irak est le premier vote portant sur une motion de déployer des forces dans un conflit avant que les combats n'aient eu lieu. En effet, les Conventions de la Constitution sont quelque peu confuses et la formalisation du pouvoir de l'exécutif et du Parlement a fait l'objet de propositions et débats. Le pouvoir de prérogative, qui est un pouvoir issu de la *common law* peut être modifié de deux façons. La première est son abrogation. La seconde consiste à donner à ce pouvoir un fondement législatif qui conditionne l'existence du pouvoir de prérogative³⁵. Ainsi, le pouvoir de dissolution de la Chambre des communes s'est vu altéré par le *Fixed Term Parliament Act 2011*, qui a récemment été abrogé par le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*. Il revient d'ailleurs aux Cours de décider si et dans quelle mesure un pouvoir de prérogative est remis en cause par une loi³⁶. Dans le domaine lié à la Guerre, l'érosion de la prérogative a, par exemple, consisté en la modification par le *War Damages Act 1965* du pouvoir de saisir des propriétés en temps de guerre et à supprimer toute obligation de la Couronne de payer des compensations. D'une façon plus générale, les immunités dont bénéficie la Couronne contre les recours ont, par exemple, été abolies et modifiées par le *Crown Proceedings Act 1947*.

En 2004, La Commission sur l'Administration publique de la Chambre des Communes a recommandé, dans un rapport sur les pouvoirs de prérogative des ministres, que « toute décision de s'engager dans un conflit armé devrait

³⁵ *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel* [1920] AC 508.

³⁶ *R v Secretary of State for the Home Department ex p Northumbrian Police Authority* [1989] QB 26.

être approuvée par le Parlement, si ce n'est avant l'action militaire, le plus rapidement possible après celle-ci »³⁷. Le Gouvernement n'était, à l'époque, pas persuadé de l'amélioration provoquée par une telle proposition. Ce n'est qu'en 2007 que le Gouvernement de Gordon Brown a proposé, parmi un ensemble de projets de réforme visant à « renforcer la démocratie et la responsabilité et établir de nouveaux rapports entre le Parlement et le peuple », un projet de loi sur la guerre. Son objet était justement de formaliser le pouvoir d'approbation du Parlement concernant le déploiement de forces armées.

Les travaillistes ont ainsi envisagé ce projet de loi sur la Guerre pour consacrer le pouvoir d'approbation par une résolution du Parlement d'un déploiement de forces armées « important et non-routinier », mais qui ne compromette pas « dans la plus grande mesure du possible » et sans « sans préjudicier à la capacité du Gouvernement d'agir pour protéger la sécurité nationale ou amoindrir la sécurité et l'efficacité opérationnelle »³⁸.

Craignant les implications d'un texte de loi, le Gouvernement s'est ensuite tourné vers un autre instrument pour formaliser le rôle du Parlement : la résolution parlementaire. Celle-ci exigerait du Premier ministre qu'il demande une approbation du Parlement avant d'autoriser le recours à la force militaire, autorisation qui serait soumise à certaines exceptions pour des raisons de sécurité nationale ou d'urgence³⁹. Elle serait plus souple que le recours à la loi qui pourrait ralentir l'efficacité opérationnelle d'un engagement militaire par de longues procédures⁴⁰. La répartition des compétences entre la Couronne et le Parlement par la voie législative ouvrirait, en effet, la voie à un possible recours pour excès de pouvoir (*judicial review*) fondé sur le texte de loi contre les décisions prises tandis qu'en son absence, les pouvoirs de prérogative peuvent seulement faire l'objet d'un tel contrôle sur le fondement de la *common law*. Cette hypothèse a suscité les préoccupations du Gouvernement⁴¹ en ce qu'elle pourrait donner lieu à une « interférence judiciaire indésirable »⁴² sur cette question délicate puisque les juges ne sont pas démocratiquement responsables comme le sont les autorités élues et pourraient fragiliser l'efficacité des opérations⁴³. De telles inquiétudes liées à l'interférence des juges dans les pouvoirs de Guerre avaient d'ailleurs justifié la tardiveté de l'incorporation de la CEDH en droit interne.

Certains observateurs regrettent une telle approche dans la mesure où ils considèrent que le principe majoritaire doit tenir compte de l'existence concurrente de droits et libertés fondamentaux⁴⁴ et que les Cours ont un rôle concomitant dans l'expression de la responsabilité démocratique qui légitime la prise de décision politique en ce domaine⁴⁵.

Ces différents projets ne sont jamais entrés en vigueur avant que le Gouvernement de coalition de David Cameron et Nick Clegg entre en fonction en 2011. Les pouvoirs de guerre du Parlement ont également fait l'objet de projets de réforme par le nouveau gouvernement de coalition, mais ont aussi été abandonnés en 2016.

Le Gouvernement a ainsi laissé entendre qu'il existait une Convention selon laquelle il fallait donner au Parlement l'opportunité de débattre de futurs engagements des troupes dans des opérations militaires. Il a proposé

³⁷ House of Commons Public Administration Select Committee, *Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament*, Fourth Report, Session 2003–04, 16 March 2004, HC 422; Government Response to the Public Administration Select Committee's Fourth Report, July 2004, HC 1262.

³⁸ U.K. Ministry of Justice, *The Governance of Britain Constitutional Renewal*, 2008, Cm. 7342-1, § 198.

³⁹ U.K. Ministry of Justice, *The Governance of Britain Constitutional Renewal*, *op. cit.*, § 50, 53-56, <http://www.justice.gov.uk/docs/constitutional-renewal-white-paper.pdf>; U.K. Ministry of Justice, *The Governance of Britain-Review of The Executive Royal Prerogative Powers: Final Report*, 13 (2009), <http://www.justice.gov.uk/about/docs/royalprerogative.pdf>.

⁴⁰ U.K. Ministry of Justice, *The Governance of Britain constitutional Renewal*, 2008, Cm. 7342-1, § 47.

⁴¹ *Ibid.*, § 50.

⁴² D. JENKINS, « Judicial review under a British War Powers Act », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2010, p. 612.

⁴³ Select Committee on The Constitution, *Waging War: Parliament's Role And Responsibility*, *op. cit.*, § 104; Joint Committee on The Draft Constitutional Renewal Bill, *Draft Constitutional Renewal Bill*, Volume I: Report, 2007-8, H.L. 166-1, H.C. 551-1, at 355-57.

⁴⁴ J. JOWELL, « Judicial Deference: Servility, Civility or Institutional Incapacity », *PL*, 2003, p. 601.

⁴⁵ D. FELDMAN, « Human Rights, Terrorism and Risk: The Role of Politicians and Judges », *PL*, 2006, p. 375-378.

de respecter cette Convention, sauf en cas d'urgence ou si une telle intervention parlementaire serait inappropriée. Toutefois la question de l'existence réelle d'une telle Convention a été soulevée. En effet, entre 2003 et l'engagement des forces armées en Irak et mars 2011, aucun vote, ni aucun débat n'a été programmé par le gouvernement sur l'engagement des forces armées, y compris en Afghanistan en 2006, en Lybie en 2011 ou encore au Mali en 2013. La pratique n'a donc pas établi clairement de véritable Convention de la Constitution et est même allée à l'encontre des promesses gouvernementales.

Les engagements militaires suivants ont pourtant révélé une pratique favorable au Parlement. Ce dernier a eu l'occasion de débattre et voter sur le déploiement des forces militaires en réponse à l'utilisation d'armes chimiques par le régime d'Assad en Syrie en 2013. Le Gouvernement a même été mis en minorité à treize voix près et a annoncé vouloir respecter la volonté des Communes. À l'inverse, le Parlement a soutenu le déploiement des forces militaires contre l'État Islamique en Irak en 2014 et en Syrie en décembre 2015.

La problématique semble avoir évolué de la question de savoir si la Convention existe à celle de savoir quand elle sera déclenchée. Cette association du Parlement et, plus particulièrement, la défaite du Gouvernement sur le vote de 2013 en Syrie, pouvait laisser augurer que les pouvoirs de prérogative du Gouvernement étaient modifiés au profit d'une association préalable du Parlement à la décision d'engager les forces militaires britanniques. Certains observateurs considèrent toutefois que la Convention manque de clarté et est sujette à différentes interprétations. Sur la base des déploiements récents, des critères visant à l'approbation parlementaire semblent avoir été établis : il faut que la possibilité d'une action militaire préméditée existe et que les forces militaires soient déployées à titre offensif. Aux termes de la Convention, telle qu'elle a été élaborée, il a été clairement précisé que le gouvernement se présenterait également à la Chambre de manière rétrospective dans les situations d'urgence, lorsqu'il serait nécessaire de protéger un intérêt national britannique critique ou d'éviter une catastrophe humanitaire. Si la Chambre est dissoute, le gouvernement se présentera également au Parlement dès que possible pour un débat parlementaire sur la question. Cependant, la Convention n'engage pas explicitement le gouvernement à voter dans de telles circonstances, mais simplement à donner la possibilité de débattre de la question.

Comme de nombreux commentateurs l'ont également observé, le spectre des opérations militaires potentielles est vaste et les « intérêts nationaux critiques » peuvent être interprétés au sens large. L'absence de définition établie continue donc de susciter un malaise et a conduit certains observateurs à affirmer que le gouvernement conserve un pouvoir discrétionnaire considérable sur ce qui répond au seuil de la Convention, rendant ainsi l'ensemble du cadre potentiellement ouvert à l'interprétation et à l'exploitation⁴⁶.

Par ailleurs, l'intervention militaire à l'encontre des installations syriennes contenant des armes chimiques le 14 avril 2018 n'a pas été soumise au débat ou au vote du Parlement. Le Gouvernement a justifié le 16 avril 2018 cette intervention par un motif humanitaire et a expliqué la mise à l'écart du Parlement par le fait que, contrairement à l'intervention en Lybie en 2011, ces attaques aériennes n'étaient pas une campagne militaire soutenue, mais « une frappe limitée, ciblée et efficace avec des frontières claires ». La Déclaration relative à cette intervention faite par le Premier ministre devant le Parlement ne peut pas être considérée comme une véritable approbation parlementaire du déploiement des forces armées. Malgré l'opinion de certains observateurs selon lesquels elle remplit l'engagement du

⁴⁶ Pour les développements précédents relatifs à l'existence de cette convention, cf. C. Mills, *Parliamentary approval for Military Action, Briefing Paper, op. cit.*, pp. 5-7.

Gouvernement relatif à cette Convention constitutionnelle, d'autres considèrent qu'il s'agit d'une remise en cause de celle-ci.

L'émergence d'une éventuelle Convention de la Constitution n'a qu'une valeur politique, ce qui fait que le Parlement n'a pas de rôle juridiquement établi pour approuver le déploiement des forces armées. En dépit des engagements du ministre des Affaires étrangères, William Hague en 2011, le Gouvernement a annoncé en avril 2016 qu'il ne légifèrerait pas sur la question afin de « conserver la capacité de ce gouvernement et des futurs gouvernements et des forces armées à protéger la sécurité et les intérêts du Royaume-Uni dans des circonstances que nous ne pouvons pas prévoir, et à éviter que de telles décisions ne soient soumises à des poursuites judiciaires ».

Outre les projets du gouvernement, des propositions de loi ont envisagé de renforcer les pouvoirs du Parlement. En 1999, le *Military Action Against Iraq (Parliamentary Approval) Bill 1999*, a proposé d'introduire l'approbation d'un engagement militaire en Irak à la majorité simple de la Chambre des Communes. Cette proposition visait ainsi à remettre en cause le pouvoir de la prérogative royale en matière d'engagement des forces militaires en Irak. La Reine a refusé, chose rare, d'accorder à ce texte son consentement nécessaire à toute proposition de loi modifiant la prérogative royale. Une proposition de loi assez proche, mais de portée générale a été proposée en 2022. Elle visait à imposer l'approbation par le Parlement d'une Déclaration de Guerre décidée par le Gouvernement en vue de l'engagement des forces armées à l'étranger. Elle est restée à sa première lecture.

Au final, à défaut de loi reconnaissant et encadrant les pouvoirs du Parlement en matière d'engagement militaire, le recours à la procédure de résolution parlementaire a été envisagé comme un moyen temporaire de clarifier l'incertaine Convention de la Constitution. Quels que soient les fondements, la reconnaissance du rôle du Parlement soulève un problème de la forme de l'engagement militaire déclenchant l'intervention du Parlement, de la nature de l'intervention parlementaire et des circonstances dans lesquelles le gouvernement pourra invoquer l'urgence pour ne pas avoir à demander l'autorisation du Parlement. L'encadrement par un texte législatif pose, quant à lui, la question de la justiciabilité des décisions en la matière et des risques de recours juridictionnels contre celles-ci. Il reste qu'en pratique, les forces britanniques se sont rarement déployées à l'étranger sur le fondement d'une décision unilatérale du Gouvernement. Les Falklands en 1982 ou la Sierra Leone en 2000 constituent des exceptions. En règle générale, le déploiement des forces résulte d'une coordination avec des partenaires alliés (notamment l'OTAN ou l'ONU pour des raisons de maintien de la Paix en Bosnie-Herzégovine, par exemple).

2. - La gestion de la guerre par les pouvoirs d'urgence

La Déclaration de Guerre prononcée par le Premier ministre au nom du Monarque entraîne un certain nombre de conséquences juridiques : les nationaux de l'État adverse deviendront des « ennemis étrangers » qui pourront faire l'objet de mesures restrictives aux droits fondamentaux telles que la détention, les saisies, les mesures d'urgence prévues par certaines lois pour appeler les troupes ou les mises sous séquestres des propriétés⁴⁷.

Les « pouvoirs d'urgence » ont d'abord été reconnus par le *Defence of the Realm Act 1914* (DORA), puis l'*Emergency Powers Act 1920*, le *War Powers Act 1939*, l'*Emergency Powers (Defence) Act 1939* modifiés par l'*Emergency Powers Act 1964*.

⁴⁷ House of Lords Select Committee on the Constitution, *Waging War: Parliament's Role and Responsibility*, *op. cit.*, § 9.

En 1914, le DORA a instauré le couvre-feu, la censure de la presse, le jugement par les cours martiales des civils suspectés d'intelligences avec l'ennemi ainsi que les horaires d'ouverture des pubs et le rationnement. Toutefois ces mesures furent appliquées avec souplesse, la censure n'était pas systématique et les procès ont eu lieu devant des jurys à partir de 1915⁴⁸. Ces lois sont dans la lignée du concept de « droit martial » exercé au Royaume-Uni et dans les colonies par le biais de la prérogative royale de la Couronne.

Tandis que l'*Emergency Powers Act 1920* permet de déclarer l'état d'urgence par la voie d'une Proclamation et d'autoriser l'adoption, par la voie d'ordonnances (*orders in council*), de réglementations d'urgence, le *War Powers Act 1939* donne, quant à lui, des pouvoirs spéciaux au Gouvernement pour prendre toute action nécessaire qui va affecter la vie quotidienne durant la guerre, et ce, afin de conduire la Guerre avec succès. Il s'agit de mesures allant du « blackout » au rationnement. Cette loi a autorisé le Gouvernement à adopter des « réglementations de défense » qui permettent de contourner le droit existant afin, par exemple, d'avoir recours à des arrestations violant les règles applicables en temps de paix, de saisir des propriétés, de rentrer dans une propriété sans autorisation ou de modifier des lois antérieures. Le pillage et le franchissement des barrages routiers sont, quant à eux, des crimes passibles de la peine de mort. Ce texte est resté en vigueur jusqu'à ce que l'*Emergency Powers Act 1964* modifie l'*Emergency Powers Act 1920* tout en donnant une validité permanente aux *Defence (Armed Forces) Regulations 1939*.

Cette loi de 1964 a été modifiée par le *Civil Contingency Act 2004* qui abroge le *Civil Defence Act 1948* et le *Civil Defence Act (Northern Ireland) 1950*. La première partie du *Civil Contingency Act 2004* établit une définition large de l'urgence dont la définition intègre, comme dans les lois antérieures, « la guerre ou une attaque par une puissance étrangère » ainsi que le terrorisme et les événements qui menacent sérieusement la vie humaine et l'environnement au Royaume-Uni, comme les inondations de 2000 ou la crise de la fièvre aphteuse. Ces pouvoirs d'urgence ont le plus souvent été utilisés pour répondre à la guerre, à des menaces de guerre ou à une crise. Ils impliquent, par exemple, de faire adopter une réglementation sans l'approbation d'une loi, d'écarter certaines obligations législatives et de prendre des décisions allant au-delà de l'étendue habituelle des pouvoirs gouvernementaux.

B. – Les institutions juridictionnelles : entre déférence et protection des droits et libertés

L'intervention des juridictions à propos de l'engagement militaire ou des actes pris durant un conflit militaire est variable et assez réduite. La nature régaliennne des décisions prises en la matière justifie la déférence dont les juridictions nationales font preuve si elles acceptent d'exercer un contrôle sur certains actes qui relèvent de la catégorie des questions politiques (1). En revanche, bien que certains droits puissent faire l'objet de remise en cause en période de guerre (détention, privation du droit de propriété, liberté d'aller et de venir), le droit international⁴⁹ et régional des droits de l'Homme peut être appliqué – concomitamment au droit international humanitaire – par les juridictions britanniques comme par la CourEDH (2).

1. - Un contrôle juridictionnel réduit des actes de l'exécutif sur le fondement du droit interne

⁴⁸ P. CHASSAIGNE, *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Flammarion, Champs Histoire, 2021, p. 357.

⁴⁹ « Le Comité des droits de l'homme, dans ses Observations générales n° 29 (2001) et n° 31 (2004), rappelle que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'applique aussi aux situations de conflit armé auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables » ; Voir l'Observation générale n° 29 (2001) relative à l'état d'urgence (art. 4), par. 3, et l'Observation générale n° 31 (2004) relative à la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, § 11 in Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies, *La protection juridique internationale des droits de l'Homme dans les conflits armés*, op. cit., op. cit. p. 6.

Les juridictions britanniques sont compétentes pour contrôler par la voie du *judicial review* (recours pour excès de pouvoir britannique) les actes des autorités publiques qu'ils soient fondés sur un texte de loi ou qu'ils relèvent de la prérogative royale⁵⁰. Trois principaux moyens peuvent être soulevés : la légalité, le respect des procédures et le standard de raisonnable ou standard *Wednesbury*⁵¹. Depuis l'entrée en vigueur du *HRA*, ce moyen a évolué au profit du standard de proportionnalité dans le champ des droits fondamentaux reconnus par la CEDH⁵².

Le contrôle juridictionnel basé sur le recours en *judicial review* s'applique à condition que la question en cause ne soit pas « politique » et soit donc justiciable. La Cour suprême a pu juger une telle problématique dans l'affaire *Miller*⁵³. Elle a déclaré la décision, prise sur le fondement de la prérogative royale, de Boris Johnson de suspendre le Parlement justiciable et illégale. En effet, les pouvoirs de prérogative font l'objet d'un contrôle en *judicial review* depuis l'important revirement de jurisprudence de l'affaire *GCHQ* de 1985⁵⁴. Malgré cette décision de principe, l'étendue du contrôle juridictionnel sur les pouvoirs de prérogative a évolué au fil des décisions. Certaines décisions ne relèvent pas du recours en *judicial review* car il n'y a pas de standard juridique pour les contrôler.

Ainsi en est-il du pouvoir de signer les traités et de défendre le Royaume⁵⁵. Les juges britanniques considéraient que les questions militaires et de sécurité nationale étaient non-justiciables⁵⁶. La décision de principe en matière de sécurité nationale est l'affaire *Rheman* qui a connu une évolution depuis le *HRA*, avec des décisions favorables au contrôle juridictionnel des décisions en matière de terrorisme⁵⁷. En revanche, s'agissant de la décision de déployer des forces armées, les juridictions ont régulièrement jugé que l'exercice de ce pouvoir de stratégie militaire ainsi que des pouvoirs subsidiaires ne relevait pas de sa compétence⁵⁸. Cela signifie que les agissements des membres des forces armées individuellement pris et l'exécution d'un ordre de déploiement sont légaux et immunisés contre tout recours. Les militaires sont protégés contre tout recours en responsabilité pour l'exécution d'un ordre, y compris lorsqu'il s'agit d'un recours à la force létale. Des détentions pourront, par ailleurs, être jugées légales et ne seront pas constitutive du délit de séquestration (*false imprisonment*).

Une évolution jurisprudentielle témoigne d'une volonté croissante de la part des cours de s'immiscer non pas dans les décisions d'engager des actions militaires, mais dans les décisions relatives au « champ de bataille ». La Cour suprême a jugé qu'il était possible que certaines actions et décisions du personnel de service sur le terrain ainsi que des décisions relatives à la préparation et à l'approvisionnement pouvaient donner lieu à un recours de *common law* fondé sur la responsabilité délictuelle en matière de négligence (*Negligence*) ainsi que sur le fondement du droit des droits de l'Homme. Dans deux décisions datant de 2002, la question de la légalité du recours à une action militaire en Irak sans résolution du Conseil de sécurité a été jugée non-justiciable⁵⁹. Les questions liées aux affaires étrangères et à la défense ont été décrites comme des « zones interdites »⁶⁰. L'incompétence des Cours à s'immiscer dans de telles zones ne dépend pas seulement « d'un principe général, mais du sujet en question et de son adéquation dans chaque cas particulier ».⁶¹

⁵⁰ Le contrôle sera réalisé sur le fondement de la loi si la décision est prise en vertu d'un test législatif. En revanche, les Cours auront recours à la common law lorsqu'elles contrôlent un pouvoir de prérogative.

⁵¹ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

⁵² *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.

⁵³ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent)* [2019] UKSC 41.

⁵⁴ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

⁵⁵ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

⁵⁶ R. JOSEPH, *The War Prerogative*, Oxford University Press, 2013, p. 111.

⁵⁷ *Secretary of State For The Home Department v. Rehman (AP)* [2001] UKHL 47; *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

⁵⁸ *Chandler v DPP* [1964] AC 763 ; *Campaign for Nuclear Disarmament v Prime Minister (CND)* [2002] EWHC 2759 (QB).

⁵⁹ *R (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA 1598, 2002, § 85 et § 37 et *Campaign for Nuclear Disarmament v the Prime Minister of the United Kingdom*, [2002] EWHC 2777, §§ 59-60.

⁶⁰ *R (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, *op. cit.*, § 106(iii).

⁶¹ *Ibid.*, § 85.

En revanche, même dans un contexte de guerre, les juridictions britanniques ont décidé que des clauses excluant leur compétence (*Ouster Clause*) sont illégales. Tel a été le cas dans l'importante décision *Anisminic*⁶² rendue à la suite de la crise de Suez. La Chambre des Lords a examiné une clause législative, la *Section 4(4) of the Foreign Compensation Act*, excluant la compétence des juges britannique. Il s'agissait d'une loi, distribuant des indemnités versées par le Gouvernement égyptien au Gouvernement britannique à la suite de la nationalisation par l'Égypte de ses propriétés. En l'espèce étaient concernées des propriétés minières du requérant, *Anisminic*, saisies par le gouvernement égyptien avant novembre 1956. La Chambre des Lords a donné raison au requérant et déclaré cette clause d'exclusion de juridiction illégale.

En l'absence de standard législatif ou de *common law* pour contrôler le déploiement de forces militaires, les Cours ont hésité à utiliser des arguments fondés sur le droit international pour apprécier la légalité des décisions du Gouvernement en ce domaine⁶³. Par ailleurs, certaines décisions relatives aux questions militaires au sens large peuvent affecter les droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs et la *Rule of Law*⁶⁴. Le droit de la CEDH a joué en ces domaines un rôle important favorisant une évolution du standard de contrôle sur des questions militaires.

Les juges sont passés de la déférence à un contrôle plus intense, notamment depuis que le *HRA* est entré en vigueur en octobre 2001⁶⁵. L'affaiblissement de la doctrine de déférence ne signifie cependant pas que les juges vont intervenir dans des questions de haute politique telles que la guerre⁶⁶. La question de la justiciabilité dépend de la nature de la question en cause plutôt que de la classification ou de la source du pouvoir⁶⁷. Le degré de déférence dont les Cours témoignent « dépendra et variera en fonction du contexte. La véritable justification pour qu'une Cour décline exceptionnellement de décider d'une question qui relève de sa compétence est la compétence institutionnelle relative ou la capacité des branches du gouvernement »⁶⁸. Selon Lord Irvine of Lairg, « La déférence ne signifie pas que les Cours sont des partenaires subordonnés dans une relation tripartite [entre la branche judiciaire, législative et exécutive], mais qu'elles reconnaissent que dans certains domaines le gouvernement ou le Parlement sont mieux placés pour prendre des décisions en raison des connaissances et de l'expérience dont ils disposent »⁶⁹.

Une affaire importante a fait évoluer le contrôle de rationalité vers un contrôle de proportionnalité. Elle ne concernait pas l'engagement des forces militaires, mais l'organisation de l'armée en ce qu'elle procédait à l'exclusion des homosexuels. La Cour d'appel a appliqué un standard de raisonabilité et non de proportionnalité à une telle décision. Cette position a donné lieu à l'importante affaire de la Cour EDH de 1999, *Smith c. Royaume-Uni*, qui a considéré que ce standard de raisonabilité⁷⁰, le standard *Wednesbury*⁷¹, était, en l'espèce, contraire au droit conventionnel au respect de la vie privée. Le Royaume-Uni a donc été condamné sur le fondement de l'article 8 CEDH et a révisé, en 2000, le Code de conduite sociale des forces armées dans un sens favorable à toute forme d'orientation sexuelle.

⁶² *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

⁶³ *R v. Jones et al* [2006] UKHL 16 : les Cours n'ont pas contrôlé les atteintes au droit pénal causé par les attaques en Irak.

⁶⁴ D. JENKINS, « Judicial review under a British War Powers Act », *op. cit.*

⁶⁵ D. JENKINS, *Ibid.*, p. 634.

⁶⁶ J.A. KINGS, « Institutional Approaches to Judicial Restraint », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, p. 420 ; 428 ; P. Daly, « Justiciability and the "Political Question" Doctrine », *PL*, 2010 p. 160.

⁶⁷ D. JENKINS, « Judicial review under a British War Powers Act », *op. cit.*, p. 637.

⁶⁸ Lord STEYN, « Deference : A Tangled Story », *PL*, 2005, p. 352.

⁶⁹ Lord IRVINE, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *PL*, 2003, p. 314 ; K.D EWING considère, pour sa part, que la déférence des juges, notamment en matière de sécurité est excessive : « The Futility of the Human Rights Act », *PL*, 2004, p. 831.

⁷⁰ Cour EDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, Req. n° 33985/96 et 33986/96.

⁷¹ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

Depuis le *HRA*, une évolution du standard de contrôle vers un contrôle de proportionnalité, a permis de déclarer certaines décisions affectant la liberté individuelle pour des raisons de lutte contre le terrorisme, contraire à l'article 5 CEDH et 14 CEDH. L'affaire *A et autres* a ainsi constitué un revirement de jurisprudence particulièrement remarqué par rapport à l'affaire *Rehman*⁷². Ce revirement qui concerne le cas spécifique de la lutte contre le terrorisme n'exclut toutefois pas le recours à la doctrine des questions politiques envers des décisions prises en matière d'engagement des forces militaires.

En définitive, la formalisation du rôle du Parlement dans une loi pourrait entraîner la compétence des juridictions pour contrôler le respect de ce texte par l'exécutif, mais le recours à une résolution maintiendrait la non-judiciabilité des compétences de l'exécutif. Cela explique la prudence du Gouvernement à légiférer sur la question dans la mesure où l'ancrage de ces compétences dans une loi impliquera nécessairement la possibilité d'exercer un recours en *judicial review* qui s'ajouterait aux possibilités existantes, depuis le *HRA*, d'effectuer des recours fondés sur les droits conventionnels.

2. - La protection juridictionnelle des droits fondamentaux sur le fondement du droit régional des droits de l'Homme

Il n'y a pas de compétence automatique d'une Cour internationale, notamment celle de la Cour internationale de Justice en raison de recours liés à l'illégalité du recours à la force. Un recours a cependant été déposé par la Serbie contre le Royaume-Uni en 1999 à propos des bombardements de son territoire en lien avec les événements au Kosovo. Elle soutenait que ces bombardements étaient contraires au droit international. La Cour pénale internationale n'a, quant à elle, compétence que sur les individus plutôt que les États et n'a pas de compétence pour examiner les actes d'agression. Le droit international humanitaire dont les quatre Conventions de Genève de 1949 - qui se trouvent méconnues dans l'hypothèse de l'assassinat de prisonniers de guerre, de mauvais traitements des détenus en territoire occupé ou du recours aux armes interdites - peuvent faire l'objet de recours devant les juridictions nationales et la Cour pénale internationale. L'intervention des juges dans le domaine des droits fondamentaux s'est notamment manifestée dans des contentieux liés aux Troubles en Irlande du Nord (1) ou à des interventions militaires britanniques à l'étranger (2).

a. - Le contrôle juridictionnel des Troubles nord-irlandais

Le contrôle juridictionnel des événements liés aux « Troubles » nord-irlandais a donné lieu à des décisions importantes relatives aux droits et libertés fondamentales. Dans la décision *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, la CourEDH⁷³ a constaté une violation de l'article 3 CEDH (interdiction de la torture) en raison des techniques d'interrogatoire utilisées par les autorités britanniques en Irlande du Nord de 1971 à 1975.

D'autres décisions ont donné lieu à des constats de violation du droit à la vie en raison de méconnaissance de l'obligation procédural d'enquêter sur des décès imputables aux forces de l'ordre en Irlande du Nord. Ces dernières

⁷² *Secretary of State For The Home Department v. Rehman (AP)* [2001] UKHL 47; *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

⁷³ CourEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Req. n° 5310/71.

ont connu des retards excessifs qui sont un problème sérieux et récurrent⁷⁴. La pratique consistant à « tirer pour tuer » par les policiers de la Police royale de l'Ulster a également été jugée comme constitutive d'un recours excessif à la force meurtrière caractérisé par une absence d'enquête exhaustive et publique constituant une violation de l'article 2 CEDH⁷⁵.

b. - Le contrôle juridictionnel des interventions militaires à l'étranger

La CourEDH a développé une jurisprudence importante concernant l'application de la CEDH à des théâtres d'opérations militaires conduites par le Royaume-Uni en Irak sur des zones où les militaires britanniques exercent un contrôle effectif. Elle a ainsi pu constater la violation de l'article 2 CEDH par le Royaume-Uni en raison du manquement à son obligation de mener une enquête effective sur les décès des proches de cinq des six requérants⁷⁶, une violation de l'article 5 CEDH⁷⁷ liée à l'internement d'un civil irakien pendant plus de trois ans dans un camp de détention à Bassorah, administré par les forces britanniques. Elle a encore constaté une violation de l'article 3, 13 et 34 CEDH pour des requérants accusés d'avoir participé au meurtre de deux soldats britanniques peu après l'invasion de l'Irak en 2003, car leur transfert par les autorités britanniques aux mains des autorités irakiennes leur ferait courir un risque réel d'être exécutés par pendaison⁷⁸.

Les juridictions ont également été saisies de contentieux plus anciens relatifs aux interventions militaires britanniques dans d'anciens dominions. La CourEDH a rendu une décision statuant sur la recevabilité d'un recours concernant le massacre d'une vingtaine d'hommes en décembre 1948 par des soldats britanniques dans le village de Batang Kali, dans le Selangor, qui est aujourd'hui l'un des États malaisiens, mais qui faisait autrefois partie de l'Empire britannique. Devant la Cour européenne, les requérants dénonçaient une absence d'enquête publique approfondie et indépendante sur le massacre⁷⁹. La Cour a jugé que le grief des requérants échappait à sa compétence (*ratione temporis*) au motif que les décès étaient survenus plus de dix ans avant l'octroi au justiciable par le Royaume-Uni du droit de saisine directe et individuelle de la Cour.

Une décision de la Cour suprême concernant des faits similaires, l'affaire *Keyu*⁸⁰, a conduit les juges à statuer sur question de savoir si la proportionnalité pouvait remplacer le contrôle d'irrationalité. Les requérants contestaient le refus du ministre de conduire, sur le fondement de l'*Inquiry Act 2005*, une enquête concernant le décès de vingt-trois civils non armés par des officiers écossais dans l'ancienne fédération de Malaisie en 1948. Les requérants avançaient, tout d'abord, qu'une telle enquête était nécessaire en vertu de l'article 2 CEDH, mais aussi sur le fondement du droit international coutumier. Ils soutenaient également qu'il était irrationnel de refuser de conduire une telle enquête et que ne pas conduire une telle enquête constituait, en dernier lieu, une violation du principe de *common law* de proportionnalité. Les deux premiers moyens ont été rejetés à l'unanimité et quatre juges de la majorité, à l'exception de Lady Hale, ont rejeté le dernier moyen articulé autour du contrôle de proportionnalité. Utilisant les

⁷⁴ CourEDH, 16 juillet 2013, *McCaughy et autres c. Royaume-Uni, Collette et Michael Hemsworth c. Royaume-Uni*, Req. n° 43098/09 et Req. n° 58559/09 ; idem dans des circonstances un peu différentes dans CourEDH, 1^{er} juillet 2003, *Finucane c. Royaume-Uni*, Req. n° 29178/95 ; CourEDH, 4 mai 2001, *Shanaghan c. Royaume-Uni*, Req. n° 37715/97.

⁷⁵ CourEDH, 4 mai 2001, *McKerr c. Royaume-Uni*, Req. 28 883/95 et *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, Req. n° 24746/94.

⁷⁶ CourEDH, Gr. Ch., 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 55721/07.

⁷⁷ CourEDH, Gr. Ch., 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Req. n° 27021/08.

⁷⁸ CourEDH, 02 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufidhi c. Royaume-Uni*, Req. n° 61498/08.

⁷⁹ CourEDH, 04 octobre 2018 *Chong c. Royaume-Uni*, Req. n° 29753/16, (décision sur la recevabilité).

⁸⁰ *Keyu and others v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another* [2015] UKSC 69.

principes classiques en matière de *judicial review*, Lord Neuberger et Lord Hughes ont jugé que les motifs du refus de tenir une enquête n'étaient pas déraisonnables et qu'ils étaient donc insusceptibles d'être contestés⁸¹. Les juges de la majorité sont également parvenus à une conclusion identique, mais en raisonnant sur la base du contrôle de proportionnalité⁸².

Dans une opinion dissidente, Lady Hale a considéré, quant à elle, que la décision de ne pas conduire une telle enquête n'était pas raisonnable et que le contrôle *Wednesbury* n'avait aucun sens dans une affaire de ce type. Il existait, selon elle, un intérêt public à conduire une enquête sur de tels événements et les intérêts privés des membres de la famille survivants à connaître la vérité devaient être pris en compte⁸³. Elle indique que «Le contrôle d'irrationalité et de proportionnalité impliquent des considérations de poids et d'équilibre ; l'intensité du contrôle et le poids accordé au point de vue des preneurs de décision dépendant du contexte »⁸⁴. La Cour suprême n'a pas fait sienne l'approche contextuelle proposée par Lady Hale, qui soulève des difficultés liées aux critères et aux circonstances dans lesquels elle pourrait s'appliquer. Sans doute les faits de cette affaire, qui relèvent de délicates questions du recours à la force militaire, n'ont pas œuvré en faveur de la reconnaissance d'un contrôle plus strict que le principe de rationalité. Quelle qu'en soit l'issue, le partage des opinions dans cette décision montre la potentialité du droit international des droits humains pour contrôler les actes qui rentrent dans le champ de la guerre.s

⁸¹ *Ibid.* § 129, Lord Neuberger et Lord Hughes.

⁸² *Ibid.* § 139, § 143.

⁸³ *Ibid.* § 312-313.

⁸⁴ *Keyu and others v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another, op. cit.*, § 274.