

# Le Brexit, révélateur de l'alchimie entre Constitution politique et Constitution juridique au Royaume-Uni

## Écrit par

Aurélien ANTOINE



Professeur de Droit public à l'Université Jean-Monnet de Saint-Étienne, directeur de l'Observatoire du Brexit/CERCRID UMR 5137

## RÉSUMÉ

La procédure de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne est à l'origine d'une crise politique profonde qui met à l'épreuve la Constitution britannique. Alors que, outre-Manche, les débats entre constitutionnalistes sont vifs, les réflexions en France sur le sujet se font plutôt discrètes. Pourtant, le *Brexit* révèle l'instauration d'une forme d'équilibre entre les caractères politiques traditionnels de la Constitution britannique et ceux plus proprement juridiques qui s'identifient au travers d'une intervention régulière des juges pour en préserver les principes fondamentaux.

Le départ programmé du Royaume-Uni de l'Union européenne à la suite du référendum du 23 juin 2016 est perçu à juste titre comme un cataclysme. Quelle qu'en soit l'issue, la crise politique majeure qui s'en est suivie a emporté des conséquences juridiques inédites dont l'examen est des plus instructifs pour le constitutionnaliste.

Depuis la fin des années 1990, la Constitution britannique est sujette à des mutations d'ampleur qui s'apparentent à des ruptures. La place croissante des textes au contenu constitutionnel, en partie favorisée par la participation du Royaume-Uni à la construction communautaire et à l'Europe des droits de l'Homme, a eu tendance à éclipser la nature proprement politique de la Constitution britannique au profit du constitutionnalisme juridique. Ce dernier consiste, selon les termes de Mauro Barberis, en « la limitation juridique du pouvoir politique (...) qui ne s'est réalisée efficacement qu'à l'époque moderne, au moyen de documents appelés constitutions » et qui accélère le « processus de juridicisation de la politique »<sup>(1)</sup>. Alors que la résolution du *Brexit* et ses modalités exactes ne sont pas encore connues, la question se pose de savoir dans quelle mesure la crise qui en découle est de nature à vérifier cette « juridicisation de la politique ». Plus précisément, le *Brexit* permet d'apprécier la tension entre la tradition juridique nationale et l'influence du constitutionnalisme continental, mais aussi la capacité de la Constitution britannique à en assurer la conciliation. Depuis près de trois années, si la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne est à l'origine d'une profonde déstabilisation de la classe politique, elle marque la résilience de règles constitutionnelles qui allient une souplesse indispensable en période de crise au développement d'une forme de juridictionnalisation de la protection de la Constitution.

# I. Le Brexit et la souplesse de la Constitution britannique

La Constitution britannique puise historiquement sa source dans des conventions politiques qui sont, selon Dicey, des principes « d'éthique constitutionnelle et politique »<sup>(2)</sup> respectés par les institutions. Archétypes de la norme politique, ces conventions sont au fondement de la souplesse du droit constitutionnel outre-Manche. Elle se comprend également en raison de l'absence d'un texte formalisant à lui seul l'ensemble des règles constitutionnelles, et qui serait placé au sommet de l'ordre juridique interne. En vertu du principe de la souveraineté du Parlement, seule la loi adoptée par le monarque et les deux chambres est supérieure à toute autre source de droit. Il est donc *a priori* aisé de « réviser » la Constitution britannique pour l'adapter aux évolutions sociétales et aux crises. Le *Brexit* est un terrain favorable pour appréhender la flexibilité de la Constitution britannique, et ce, à travers deux illustrations : l'émergence potentielle d'une nouvelle convention de la constitution découlant de la portée du référendum du 23 juin 2016, d'une part ; la plasticité des règles parlementaires, d'autre part.

## A. La portée du référendum : vers une nouvelle convention de la Constitution ?

Avant le 23 juin 2016, seulement deux consultations directes du peuple à l'échelle du Royaume-Uni ont été organisées. Les quatre votations, toutes récentes, ont porté sur des sujets constitutionnels cruciaux : le mode d'élections des membres de la Chambre des Communes (*MPs*) en 2011, l'indépendance de l'Écosse en 2014 et la participation à la construction communautaire à deux reprises, en 1975 et en 2016. Les trois derniers scrutins sont les traductions d'une défiance à l'égard des modalités de représentation des citoyens, d'une contestation de la centralisation élitiste londonienne et du rejet d'une organisation supranationale considérée comme étant technocratique et éloignée du peuple. Pour la classe politique britannique, le procédé de la démocratie semi-directe du référendum (et non directe, contrairement à une opinion juridique largement partagée<sup>(3)</sup>) est souvent brandi comme une formule presque magique susceptible de restaurer la confiance entre les citoyens et ceux qui incarnent les institutions. Cette manière de surmonter une crise n'est pourtant pas conforme à la culture parlementaire britannique. L'examen des modalités et de la portée du vote du 23 juin 2016 confirme l'adaptation de la Constitution afin de conjuguer le référendum et une tradition politique qui lui est opposée.

Le principe de la souveraineté du Parlement explique que les *Members of Parliament (MPs)* puissent juridiquement ne pas tenir compte de l'avis des électeurs. Le positionnement de l'ensemble des partis politiques au lendemain du référendum du 23 juin 2016 a pourtant été clair : il ne saurait y avoir un renversement du résultat. Au principe juridique est objectée l'expression d'une morale politique qui justifie de se poser la question suivante : par le rejet presque unanime d'une remise en cause parlementaire du *Brexit*, assiste-t-on à l'apparition d'une nouvelle convention de la Constitution ? Pour y répondre, le recours au test de Jennings s'impose<sup>(4)</sup>. Afin de reconnaître les conventions, quatre critères doivent être remplis :

- La présence de précédents : aucun des résultats des référendums de 1975, de 2011 et de 2016 n'a été renversé par le Parlement<sup>(5)</sup>.

- Les acteurs se sentent liés par la règle : outre les affirmations qui ont suivi les résultats du 23 juin 2016, les parlementaires n'ont pas souhaité user des voies de droit qui leur étaient ouvertes pour écarter un choix qui s'est manifestement avéré mauvais au fil des mois. La crise politique, les risques de l'absence d'un accord de retrait et d'un ralentissement économique n'ont pas fait évoluer les convictions des leaders des partis conservateur et travailliste, Theresa May et Jeremy Corbyn. Les déclarations officielles de la Première ministre sont constantes sur ce point, tout comme celles du chef de l'Opposition. Alors même que la Cour de Justice a offert la possibilité aux Britanniques de révoquer unilatéralement le processus du *Brexit*<sup>(6)</sup>, une telle échappatoire est perçue comme peu démocratique. Elle est aussi contraire à la validation par les *MPs* du choix du peuple puisqu'ils ont autorisé le Gouvernement à notifier au Conseil européen le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. Au-delà d'une remise en cause par la loi, la Première ministre a également systématiquement rejeté l'organisation d'un second référendum. Là encore, l'idée est qualifiée d'antidémocratique, car elle sous-entend qu'il faudrait faire voter le peuple jusqu'à ce qu'il donne une réponse conforme à ce que l'élite politique et économique attend. Jeremy Corbyn est proche de cette ligne de conduite puisqu'il ne fait du second référendum qu'une solution de dernier recours. Il n'en demeure pas moins qu'une part non négligeable de *MPs* soutient cette possibilité<sup>(7)</sup>. Elle a connu un regain d'intérêt depuis que le Gouvernement a échoué à réunir une majorité de députés en faveur du projet d'accord et la déclaration politique des 14 et 22 novembre 2018. Quoi qu'il advienne, et en dépit d'obstacles juridiques notables<sup>(8)</sup>, l'organisation d'une nouvelle consultation répond à une exigence de parallélisme des formes qui conforte l'émergence d'une convention contraignant le Parlement à ne pas passer outre l'avis des électeurs.

- Un motif raisonnable explique l'apparition de cette règle. Il ne fait guère de doute que préserver l'issue de la consultation est impératif du fait de la forte légitimité dont dispose le référendum dans un système démocratique. Le contournement du choix des citoyens approfondirait la fracture entre les représentants et les représentés. Tel fut le cas en 2005 en France à la suite des résultats du référendum relatif au Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

- La sanction de la convention est politique. Si le Parlement peut ne pas suivre l'avis du peuple parce qu'aucune juridiction n'a le pouvoir d'invalider ce choix, il expose néanmoins les institutions à un affaiblissement grave.

Finalement, l'apparition d'une nouvelle convention de la Constitution est séduisante, mais elle ne fait pas l'unanimité. De sérieux arguments juridiques

peuvent lui être opposés<sup>(9)</sup>, en particulier quant à la sanction politique de son inobservance. L'épreuve du temps contribuera à confirmer ou à infirmer cette évolution. À cette construction au long cours du droit constitutionnel à laquelle le *Brexit* concourt s'ajoute l'assouplissement de règles parlementaires qui paraissaient bien établies.

## B. La plasticité des règles parlementaires

Le *Brexit* amène un constat : malgré les multiples défis (juridiques, politiques et économiques) qu'il génère, la piètre qualité des principaux chefs des partis britanniques a empêché qu'ils ne soient relevés de façon satisfaisante. L'incapacité des *MPs* à s'accorder sur les modalités de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne est due à la faiblesse de Theresa May parmi les *tories* et aux attermolements de Jeremy Corbyn au sein de l'opposition travailliste. De ce déficit de *leadership* et des dissensions entre parlementaires - qui ne sont que le reflet de celles de la société - découle un risque réel de blocage des institutions. Le *Brexit* est l'occasion de constater que la résolution de crise n'est envisageable qu'en ayant recours aux opportunités interprétatives qu'offre la souplesse de la Constitution. Des figures du Parlement s'en sont emparées pour tenter, notamment, de calmer les ardeurs dominatrices de l'Exécutif. Leur stratégie a consisté à faire renaître des pratiques tombées en désuétude ou à écarter des règles de procédures parlementaires.

Le 13 novembre 2018, dans le cadre de la journée consacrée aux débats de l'Opposition<sup>(10)</sup>, le parti travailliste a demandé au Gouvernement de rendre public le contenu d'une analyse juridique sur le *Brexit*. Devant le refus ministériel, les *MPs* ont déposé une motion dont l'objet était de transmettre au monarque une « humble adresse » (*humble address*) exigeant que le Cabinet divulgue ladite étude<sup>(11)</sup>. Proposée en dehors des débats législatifs, la motion doit être discutée, éventuellement amendée et soumise au vote. Le coup de force des travaillistes a été de transformer un jour de débat censé ne pas déboucher sur une résolution liant le Gouvernement à une motion (*motion for a return*) imposant la révélation du contenu des documents. Le Gouvernement n'ayant pas coopéré dans de brefs délais à la demande de la Chambre, l'Exécutif s'est rendu coupable d'un *contempt of Parliament*<sup>(12)</sup>. Par 311 voix contre 293, les députés ont exigé la production immédiate du rapport sur le *Brexit*. Non seulement la procédure de l'humble adresse n'était plus utilisée sur des sujets cruciaux depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, mais le fait qu'elle aboutisse à une sanction du Gouvernement était encore plus rare avant le 4 décembre 2018<sup>(13)</sup>.

Après la trêve des confiseurs, Theresa May a dû subir à nouveau les manœuvres constitutionnelles de ses adversaires. Le 13 décembre, la Première ministre avait dû reporter au 15 janvier « le vote significatif » (*meaningful vote*) introduit dans la loi de retrait de l'Union européenne de 2018 (*EU (Withdrawal) Act*) par un amendement déposé par le député Dominic Grieve contre la volonté de l'Exécutif<sup>(14)</sup>. Incapable de réunir une majorité sur le projet de traité de sortie qu'elle avait conclu aux forceps avec les négociateurs européens, Theresa May a tenté de jouer la montre pour convaincre les récalcitrants de sa majorité à la rejoindre (les *hard brexiteers* conservateurs et les 10 députés du parti unioniste nord-irlandais). Avant que ne se déroule le scrutin, le *Speaker* des Communes, John Bercow, devait sélectionner les amendements à la motion sur laquelle était fondé le vote significatif. Il a surpris les plus fins spécialistes de la procédure parlementaire en mettant aux voix un amendement prévoyant que, en cas d'absence de consentement des *MPs* au projet de traité de retrait, le Gouvernement devra produire une déclaration aux Communes qui précisera l'issue alternative qu'il envisage dans les trois jours de sessions suivant le *meaningful vote*. La décision de John Bercow d'autoriser la discussion et le vote de l'amendement a été critiquée. Pour ses détracteurs, le *Speaker* aurait violé les coutumes parlementaires en privilégiant son tropisme anti-*Brexit*. En vertu de ces règles, les motions supplémentaires d'organisation du travail de la Chambre similaires à celle qui a été adoptée après le report du *meaningful vote* ne pouvaient être altérées. Seul le Gouvernement en avait la capacité. Pourtant, en acceptant l'amendement de Dominic Grieve qui imposait à l'Exécutif de revenir dans les trois jours suivants le rejet du projet d'accord pour exposer sa stratégie, le Président des Communes a permis aux *MPs* de modifier l'agenda des débats. En outre, le délai fixé n'était pas conforme à celui indiqué dans la loi de retrait de l'Union européenne. En effet, il était envisagé que, en cas d'échec du *meaningful vote*, le Gouvernement jouissait de 21 jours (et non de 3) pour expliquer la façon dont il souhaitait procéder afin de poursuivre les négociations.

Ce ne fut pas la première fois que le Parlement agissait *contra legem*. En décembre 2018, un amendement (déjà soutenu par Dominic Grieve) altérait la Section 13 de la loi de 2018 qui disposait en son point (6) (a) que, en cas de vote négatif sur le projet d'accord, le Gouvernement devait soumettre aux Communes une motion en termes neutres pour présenter sa stratégie de négociations avec l'Union européenne. Or l'amendement donnait le pouvoir aux députés de modifier cette motion, ce qui en faisait perdre le caractère neutre. De surcroît, l'intervention parlementaire s'appuyait sur une motion déterminant le déroulement du *meaningful vote* proprement dit pour changer les modalités d'un autre débat, à savoir celui qui était prévu dans l'hypothèse d'un rejet de l'accord. La loi de retrait de l'Union européenne distinguait pourtant clairement les deux étapes.

Face à l'événement exceptionnel qu'est le *Brexit*, la position du *Speaker* dénote une volonté du Parlement d'affirmer son autorité et de sauvegarder ses prérogatives. Si des conventions et des textes ont été mis à mal, ce n'est que pour préserver deux principes fondamentaux de la Constitution britannique : l'équilibre des pouvoirs et la souveraineté du Parlement. En aucun cas, l'attitude des parlementaires ne saurait être qualifiée d'anticonstitutionnelle, bien au contraire, car ils ont parfaitement respecté l'esprit des institutions. Les juridictions nationales semblent en avoir fait de même aux fins d'assurer la protection du principe de *rule of law*.

## II. Le Brexit et la juridictionnalisation de la protection de la Constitution britannique

Le constitutionnalisme contemporain outre-Manche est marqué par l'immixtion toujours plus grande des juridictions dans la régulation des rapports entre les pouvoirs. La domination de l'Exécutif sur les chambres ayant affaibli la fonction de contrôle du Parlement<sup>(15)</sup>, le rôle des cours s'est renforcé d'autant pour mettre en cause les excès de pouvoir. Le *Brexit* est un terrain fertile pour appréhender cette évolution structurelle de la Constitution britannique, comme en témoignent la contestation des conditions de la notification du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne ou la multiplication des recours contre diverses décisions des pouvoirs publics relatives au *Brexit*.

### A. Le contentieux entre la prérogative royale et la souveraineté du Parlement

En vertu de l'article 50, § 2 du TUE, la première étape procédurale que l'État qui sort de l'UE doit respecter est d'en notifier son intention au Conseil européen. Cette exigence doit se faire, selon le premier paragraphe de la disposition, en conformité avec les règles constitutionnelles de l'État. Pour le Gouvernement, le processus ne posait guère de difficulté. Il lui appartenait seul, par une décision conforme à l'expression majoritaire des citoyens, de notifier le retrait. C'était sans compter sur plusieurs justiciables qui considéraient qu'il convenait, au préalable, d'obtenir le consentement du Parlement dans la mesure où le fait d'initier la sortie du Royaume-Uni de l'UE allait entraîner la perte de nombreux droits et libertés.

La Haute cour d'Irlande du Nord, puis celle de l'Angleterre et du Pays de Galles, avaient rendu deux jugements contradictoires avant que la Cour suprême ne finisse par donner raison aux requérants<sup>(16)</sup>. Les juges ont estimé qu'ils ne pouvaient accepter « qu'un changement majeur à l'organisation constitutionnelle du Royaume-Uni soit accompli par les seuls ministres ; il doit être effectué de l'unique manière reconnue par la Constitution du Royaume-Uni, à savoir la législation parlementaire. Cette conclusion nous semble se déduire de l'application ordinaire des concepts de base du droit constitutionnel. »<sup>(17)</sup> La décision de la Cour impose de repenser quelques acquis du droit constitutionnel britannique à trois égards.

Tout d'abord, en démontrant la spécificité du statut de la loi d'adhésion aux Communautés européennes de 1972 (*European Communities Act* ou *ECA* dans l'ordre constitutionnel interne, les juges admettent que son abrogation emporte une espèce de révision de la Constitution britannique. Le jugement *Miller* confirme la mutation initiée par l'arrêt *Factortame*<sup>(18)</sup>. Que ce soit sous l'effet des droits européens ou de la dévolution, l'encadrement par le juge des pouvoirs du Parlement et de l'Exécutif sur le fondement de certaines lois auxquelles il serait accordé un statut original dans l'ordre juridique national est désormais un aspect essentiel du constitutionnalisme britannique<sup>(19)</sup>.

Ensuite, la décision du 24 janvier 2017 a révélé les difficultés de déterminer la nature de la loi de 1972 dans le contexte du dualisme juridique qui prévaut dans l'ordre juridique britannique. En vertu de ce système, les règles de droit externes doivent faire l'objet d'une ratification, puis d'une transposition en droit interne pour être invoquées devant les juridictions nationales. Lord Reed, par son opinion dissidente dans le jugement *Miller*, considère que la loi de 1972 ne saurait être catégorisée comme une loi de ratification ou de transposition<sup>(20)</sup>. Il s'inspire des analyses de John Finnis pour qui le Parlement a « pris acte » de l'adhésion en 1972. Le *ECA* ne serait qu'un « tuyau » pour garantir que les normes de l'Union soient opposables en droit interne<sup>(21)</sup>. Par conséquent, la loi de 1972 n'a de valeur substantielle en droit interne que parce qu'elle se réfère au droit de l'Union. L'obligation de conformité du droit interne au droit de l'Union ne « naît seulement si, et aussi longtemps que les traités s'appliquent au Royaume-Uni »<sup>(22)</sup>. Les traités en question ne produisant d'implications juridiques qu'après leur ratification qui ressortit à la compétence de l'Exécutif par l'exercice de la prérogative royale, l'acte qui permet de les dénoncer relève logiquement de la même autorité. La majorité des juges rejeta une telle démarche tout en reconnaissant que le *ECA* était bien un véhicule législatif pour assurer l'effet direct et la primauté du droit communautaire de l'époque<sup>(23)</sup>. Mais la conclusion qui en est tirée est bien distincte de celle de Lord Reed : la loi de 1972 pousse à considérer que le droit de l'UE est « une source indépendante et supérieure du droit interne »<sup>(24)</sup>, ce qui implique de passer par le Parlement pour enclencher la procédure qui remettra en cause cet ensemble normatif. Par une telle reconnaissance, la Cour suprême introduit du monisme dans la tradition dualiste britannique.

Enfin, la démarche originale suivie par les juges engage une réflexion sur la notion de règle de reconnaissance<sup>(25)</sup>. Elle peut être définie comme une règle fondatrice d'un système juridique qui permet d'identifier les sources du droit qui en découlent et pose l'obligation de leur donner effet<sup>(26)</sup>. La Cour suprême a estimé que le droit de l'Union auquel fait référence le *ECA* était une source de droit autonome en droit interne. Selon les lectures classiques de la théorie de la règle de reconnaissance, le droit issu de la loi de 1972 ainsi conçu serait donc bien une source fondatrice de l'ordre constitutionnel. Pourtant, Lord Neuberger explique qu'aucune règle fondamentale de reconnaissance n'a été modifiée par le *ECA* (y compris en cas d'abrogation). Plusieurs juristes ont souligné qu'il existait une contradiction dans le raisonnement<sup>(27)</sup>. Il serait difficile d'envisager le droit de l'UE comme une nouvelle source de droit (reconnaissance indispensable pour considérer que le *Brexit* allait porter atteinte à des droits et libertés protégés en droit interne) et rejeter en même temps l'argument selon lequel une règle de reconnaissance n'aurait pas été altérée par l'adhésion ou le retrait du Royaume-Uni à la construction communautaire<sup>(28)</sup>. Par son interprétation, la Cour semble surmonter la contradiction : il peut y avoir une nouvelle source de règles dont dépendent d'autres normes sans qu'elle forme « la règle de reconnaissance ultime » en matière de droits et libertés découlant du droit de l'UE<sup>(29)</sup>. Ce positionnement, audacieux, permet d'écarter celui de Lord Reed qui soutenait plus classiquement que le *ECA* ne créait pas une

nouvelle source de règles dans la mesure où il n'était qu'un véhicule législatif. Dès lors, le droit de l'UE n'était pas une source ultime du droit puisqu'il ne devait son autorité que par son rattachement aux lois nationales. L'adoption d'une nouvelle législation pour permettre à l'Exécutif de l'altérer n'était pas nécessaire. La notification du retrait pouvait donc bien relever de la prérogative royale. La démonstration de Lord Reed était convaincante sur ce point. Cependant, sous l'angle téléologique, le raisonnement de la majorité des juges était justifié, car il était favorable à l'équilibre des pouvoirs et au principe de *rule of law*. Par sa lecture inédite de l'ordre constitutionnel britannique, la Cour a activement participé à sa transformation. Les autres contentieux qui ont émergé à l'occasion du *Brexit* sont les autres signes de la prégnance croissante des juges pour résoudre les conflits de nature constitutionnelle.

## B. La multiplication des recours contre les décisions des pouvoirs publics relatives au Brexit

Le jugement *Miller* n'est pas l'unique décision de justice qui a apporté des éclaircissements utiles pour expliciter le cadre constitutionnel du *Brexit*, qu'il s'agisse de la nécessité de faire valider *a posteriori* les résultats du référendum par le Parlement avant toute autorisation de notification du retrait, de la capacité des institutions britanniques de révoquer unilatéralement le processus de l'article 50 du TUE, ou de déterminer la répartition des compétences entre Londres et les parlements nationaux bénéficiant de la dévolution <sup>(30)</sup>.

À la fin du mois de décembre 2017, la *High Court* avait été saisie de la légalité des modalités d'application de l'article 50. Selon les demandeurs, la notification prévue par l'article 50, et adressée par le Gouvernement le 29 mars 2017 au Conseil européen, n'avait pas de base constitutionnelle. Le résultat du référendum de 2016, purement consultatif en vertu du *EU Referendum Act* de 2015, aurait dû être ratifié par le Parlement avant qu'il n'en autorisât la notification. La Haute cour a considéré que les formalités suivies par le Gouvernement britannique après le jugement *Miller* étaient constitutionnelles. Aucune autre étape procédurale n'était nécessaire, d'autant qu'était en jeu un problème de nature politique plus que juridique. En outre, les juges ont estimé que l'action était hors délai. L'opinion de la juridiction est justifiée, dans la mesure où il est loisible de regarder la loi autorisant la notification comme une validation des résultats du référendum.

La dispute juridique fut plus intense en ce qui concerne la réversibilité de la procédure de l'article 50 du TUE. La Cour suprême aurait déjà pu, avant de rendre le jugement *Miller*, renvoyer à la Cour de Justice une question préjudicielle pour fixer clairement l'état du droit. Pour des raisons sans doute plus politiques que juridiques, elle s'y refusa. Il était toutefois certain que l'argument allait être soulevé dans le cadre d'un autre litige. Ce fut le cas devant la *Court of Session* écossaise en a été saisie. Les requérants considéraient que le Gouvernement avait adopté des positions selon lesquelles le retour en arrière n'était pas envisageable unilatéralement, c'est-à-dire sans le consentement des États membres. À l'issue d'une première audience, la recevabilité du *judicial review* fut rejetée au motif que ce postulat était largement « hypothétique et académique » dans la mesure où ni le Gouvernement, ni le Parlement n'avait prévu une quelconque remise en cause du *Brexit*. La formation d'appel est revenue sur ce jugement d'irrecevabilité tout en écartant la requête sur le fond. Saisie de cette décision, la chambre d'appel de la *Court of Session* a décidé, à l'inverse, de transmettre la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice : « Est-ce que le Royaume-Uni peut révoquer unilatéralement sa décision de quitter l'Union européenne ? ». Bien que la Cour ait conclu à la recevabilité de la requête en accordant le bénéfice de la procédure accélérée, le Gouvernement britannique avait formé un recours devant la Cour suprême contre le jugement de la *Court of Session*, sans succès. Le 10 décembre, la Cour de Justice finalement considéré que la procédure était bien réversible de façon unilatérale par l'État membre <sup>(31)</sup>. L'arrêt ouvre alors une opportunité juridique pour le Parlement de permettre au Gouvernement de revenir en arrière. Ce serait aller contre les résultats du référendum de 2016, hypothèse que la classe politique britannique rejette dans sa grande majorité.

Le *Brexit* a également provoqué des tensions politiques entre Édimbourg et Londres qui se sont rapidement déployées sur le front juridique. L'Exécutif écossais s'est élevé contre la loi de retrait dont l'une des conséquences est de rapatrier la gestion de nombreuses politiques publiques au profit des autorités centrales. En effet, afin d'assurer un *Brexit* ordonné et uniforme sur l'ensemble du territoire britannique, la révision de la législation interne issue du droit de l'UE à partir du 29 mars 2019 relèvera principalement de la compétence du Gouvernement et non des autorités dévolues. Le problème est que cette opération revient à leur retrancher des compétences qu'elles exerçaient lorsque le Royaume-Uni était membre de l'UE, en particulier dans les domaines de l'agriculture et de la pêche. Le Gouvernement écossais a considéré qu'il y avait une violation d'une loi de 2016 qui fait référence à la convention Sewel <sup>(32)</sup>. En vertu de cette norme de droit politique, Westminster doit obtenir le consentement exprès des entités dévolues dès lors qu'un acte porte sur leurs compétences. Pour se prémunir des effets du *EU (W) Act*, le Parlement de Holyrood a adopté le *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* en mars 2018. Le Gouvernement britannique a contesté cette loi pour incompétence. Sur le fondement des sections 29(1) et 33(1) de la loi sur l'Écosse de 1998, l'*Attorney General* et l'*Advocate General* pour l'Écosse ont saisi la Cour suprême pour trancher ce litige de nature constitutionnelle. Les sept juges ont estimé à l'unanimité que la section 17 de la loi écossaise contenait des dispositions dont l'effet était de modifier la répartition des compétences prévues par la loi de dévolution de 1998. Or le Parlement de Holyrood n'a pas le pouvoir d'amender une législation de Westminster. La Cour rappelle que la convention Sewel, bien que reconnue dans un acte du Parlement, ne saurait être sanctionnée par les tribunaux.

Le désaccord entre Édimbourg et Londres a abouti pour la première fois à l'invalidation d'un texte du Parlement écossais en 20 ans de dévolution. Le

*Brexit* a indubitablement mis à l'épreuve la convention Sewel. Lorsque la souplesse de la Constitution britannique n'est plus à même d'assurer le dénouement d'un imbroglio politico-constitutionnel, la seule issue est la saisine des juridictions. Cependant, la « juridictionnalisation du politique » au Royaume-Uni ne signifie pas un alignement complet du constitutionnalisme britannique sur le modèle continental. Le juge britannique demeure profondément respectueux de la nature politique de la Constitution. Lord Neuberger en fait la démonstration magistrale dans *Miller*. Il énonce, à propos de la convention Sewel, qu'il ne faut pas « sous-estimer l'importance des conventions constitutionnelles, dont certaines d'entre elles jouent un rôle fondamental dans le fonctionnement de notre Constitution. La Convention Sewel a pour objet déterminant de faciliter des rapports harmonieux entre le parlement britannique et les législatures dévolues<sup>(33)</sup>. »

(1) M. Barberis, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », in M. Troper, D. Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 1, p. 114.

(2) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. La première édition date de 1885. Voy. l'édition critique de J.W.F. Allison, *The Oxford Edition of Dicey*, OUP, 2013, 2 t., 976 p.

(3) Voy. J.-M. Denquin, Démocratie participative et démocratie semi-directe, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 23.

(4) *The Law and the Constitution*, University of London press, 5<sup>th</sup> éd., 1959, p. 136.

(5) Le *Parliamentary Voting System and Constituencies Act* de 2011 qui organisait la consultation sur le changement de mode de scrutin imposait au Parlement d'en respecter le résultat.

(6) *Wightman e.a. v Secretary of State for Exiting the European Union*, aff. C-621/18.

(7) Plusieurs parlementaires avaient déposé un « *Private Member's Bill* » dès le 6 juillet afin d'organiser un second référendum ( *Terms of Withdrawal from EU (Referendum) Bill* 2016-17).

(8) Voy. notamment A. Guigue, Le Parlement de Westminster peut-il imposer au gouvernement une loi organisant un second référendum sur le Brexit ?, *L'Observatoire du Brexit*, 29 janv. 2019 (<https://brexit.hypotheses.org/>, 29 janvier 2019).

(9) Voy. notre article : Le *Brexit* et le droit constitutionnel britannique, *RDP* 2017, p. 261.

(10) 20 jours d'une session parlementaire sont consacrés aux sujets choisis par l'Opposition.

(11) Les travaillistes avaient usé de la même tactique un an plus tôt pour obtenir la publication des études d'impact relatives au *Brexit*, mais sans que le bras de fer avec le Gouvernement s'achève par un outrage au Parlement.

(12) Il s'agit de la sanction adoptée par les chambres contre toute action qui perturbe le travail du Parlement ou y fait obstruction. Le Parlement est libre de décider quel type de comportement tombe sous la qualification d'un outrage. Par le passé, des actes criminels, une attitude indigne à la Chambre, des détournements de fonds publics, la diffusion de documents secrets ou du contenu d'auditions à huis clos ont été caractérisés comme *contempt*. Voy. le traité d'Erskine May, « bible » de la procédure parlementaire au Royaume-Uni (M. Jack, M. Hutton, C. Johnson, D. Millar, S. Patrick, A. Sandall (ed.), *Erskine May Parliamentary Practice*, Lexis-Nexis UK Butterworths Law, 24<sup>th</sup> éd., 2011 ; une nouvelle édition est prévue pour 2019).

(13) Sur les aspects historiques, voy. C. Guérin-Bargues, Brexit : Au mépris du Parlement ? Theresa May entre « *contempt of Parliament* » et fragile soutien de sa majorité, *Jus Politicum Blog* 18 déc. 2018.

(14) De façon tout à fait inédite, le *EU (W) Act* impose au Gouvernement d'obtenir le consentement du Parlement au projet d'accord conclu avec l'Union européenne, et ce, avant toute procédure de ratification et de transposition du futur traité.

(15) Sans, pour autant, être complètement annihilée. Le rôle des commissions en est un bon exemple. Voy. notre article, La protection parlementaire de la Constitution britannique, in F. Savonitto (dir.), *La protection parlementaire de la Constitution*, Imprimerie de l'Université de Bordeaux, AFDC et Mission Droit et Justice, p. 73.

(16) *Re McCord*, [2016] NIQB 85 ; *R. (Miller) v The Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin) ; et *R (Miller & others) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

(17) *Miller*, § 82.

(18) *Factortame Ltd v Secretary of State for Transport (n° 2)* [1991] 1 AC 603.

(19) Voy. le jugement *R v Secretary of State for the Home Department ex p Simms* [2000] 2 AC 115 ; l'opinion du Lord Justice Laws dans *Thoburn v Sunderland City Council*, [2002] EWHC 195 (Admin) ; le jugement *R v Secretary of State for the Home Department ex p Simms* [2000] 2 AC 115 ; ou le *HS2 Case ( R (Buckinghamshire CC) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3); l'opinion de Lord Hope dans *H. v Lord Advocate* [2012] UKSC 24 [2013] 1.C 413.

(20) Lord Reed, § 192 : « Ce n'est qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1973, lorsque le Traité d'adhésion est entré en vigueur suivant la ratification par la Couronne en vertu de la prérogative royale, que la condition inscrite dans la section (2)1 du *ECA* introduisant l'effet direct du droit de l'Union européenne a pu être satisfaite. »

(21) 'Brexit and the Balance of Our Constitution', Sir Thomas More Lecture, Lincoln's Inn, 1<sup>er</sup> déc. 2016.

(22) *Miller*, Lord Reed, § 190.

(23) *Miller*, Lord Neuberger, § 65.

(24) *Ibid.*

(25) Célèbre théorie de H. L. A. Hart in *The Concept of Law*, Clarendon Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1961, reprint 1997, 336 p.

(26) *Miller*, Lord Reed, § 223.

(27) Voy. M. Elliott, J. Williams, A. J. Young (ed.), *The UK Constitution after Miller*, Hart Publishing, 2018, pp. 221 et s.

(28) *Miller*, Lord Neuberger au § 60 : « (...) la loi de 1972 peut être abrogée par n'importe quelle autre loi. Pour cette raison, nous ne devrions pas admettre que la règle fondamentale de reconnaissance (...) sous-jacente aux règles de droit britanniques auraient été affectée par la loi de 1972 ou son abrogation. »

(29) Voy. A. Hameed, 'The rule of recognition and sources of law in Miller', *PL* 2019, p. 61.

(30) Les tous premiers recours ont souvent été l'œuvre de citoyens britanniques pour contester la privation de droits résultant du *Brexit* à venir.

(31) *Wightman* préc.

(32) *Scotland Act 2016*, modifiant la sect. 28 de la loi de dévolution de 1998.

(33) *Miller*, § 151.

## Citer cet article

Aurélien ANTOINE, « Le Brexit, révélateur de l'alchimie entre Constitution politique et Constitution juridique au Royaume-Uni », Titre VII [en ligne], n° 2, *De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne*, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-brexit-reveleveur-de-l-alchimie-entre-constitution-politique-et-constitution-juridique-au-royaume>