



**HAL**  
open science

## “ Chronique du “ Brexit ” (2016-2021). Droit constitutionnel étranger. Royaume-Uni ”

Aurélie Duffy-Meunier

### ► To cite this version:

Aurélie Duffy-Meunier. “ Chronique du “ Brexit ” (2016-2021). Droit constitutionnel étranger. Royaume-Uni ”. *Revue française de droit constitutionnel*, 2021, 128, pp. 201- 229. hal-03621608

**HAL Id: hal-03621608**

**<https://hal.science/hal-03621608v1>**

Submitted on 4 Apr 2022

**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.

## Chronique Royaume-Uni

### Chronique du *Brexit* (2016-2021)

**Aurélie DUFFY-MEUNIER**

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

Membre associée au Centre de d-Droit Public Comparé (CDPC)

Membre associée à l'Institut de Recherches sur l'Evolution de la Nation et de l'État (IRENEE)

Si l'on pouvait s'interroger sur le caractère « réversible » du *Brexit* ou sur l'éventualité d'un nouveau référendum en 2018<sup>1</sup>, le Royaume-Uni a bel et bien quitté l'Union européenne (UE) le 31 décembre 2020. Il est devenu, le 1<sup>er</sup> janvier 2021, un État tiers vis-à-vis de celle-ci après l'écoulement d'une période de transition du 1<sup>er</sup> février au 31 décembre 2020. L'année 2021 marque ainsi la fin d'un cycle de quatre ans et demi, depuis le référendum sur le *Brexit* du 23 juin 2016, et le point de départ de nouvelles relations entre l'UE et le Royaume-Uni.

Les incertitudes<sup>2</sup> pesant sur l'issue du *Brexit* et ses multiples rebondissements ont conduit la présente chronique à attendre l'achèvement de ce processus mouvant pour tâcher d'en présenter une vision d'ensemble, d'en analyser les ressorts et d'en esquisser les perspectives<sup>3</sup>. Le processus du *Brexit* s'est achevé, mais ses répercussions sont vives et profondes. Parmi les multiples défis qu'il pose, certains interrogent les grandes problématiques du droit constitutionnel et, plus largement, du droit public, européen et international.

Au niveau national, le référendum du 23 juin 2016 a soulevé la question de l'articulation entre cet instrument de démocratie directe et la démocratie représentative qui s'exprime dans la monarchie parlementaire britannique dont les moyens d'action réciproques (dissolution et motion de censure) ont été rationalisés par le *Fixed Term Parliament Act 2011 (FTPA)*. Cette confrontation entre deux formes de souveraineté populaire, d'un côté, parlementaire et monarchique, de l'autre, soulève la question de l'identification des britanniques en tant que sujets, citoyens ou peuple (puisque plusieurs nations coexistent) et celle de l'absence de pouvoir constituant résultant de la nature coutumière de la Constitution.

Le fédéralisme est, par ailleurs, au cœur du processus au niveau européen et national : l'UE comme la dévolution britannique sont des systèmes fédératifs incomplets. La dimension fédérale du droit de l'UE et son impact sur le droit britannique peut expliquer le phénomène normatif de « constitutionnalisation/déconstitutionnalisation » (ou de « formalisation/ « déformalisation » ») que la Constitution coutumière a connu et connaîtra peut-être à l'avenir. Cette dimension fédérale éclaire également l'impact du *Brexit* sur l'Union des différentes régions. L'Union n'étant pas un État fédéral, le choix du *Brexit* est une décision de quitter une organisation internationale *sui generis* selon la procédure prévue, depuis le Traité de Lisbonne, par l'article 50 TUE. Il ne s'agit donc pas d'une décision de sécession puisqu'il n'y a pas de Constitution européenne comparable à la Constitution américaine<sup>4</sup>. Elle pourrait toutefois -

---

<sup>1</sup> Par exemple, B. Tertrais, « Le Brexit est-il encore réversible ? », ouest-france.fr, 31 août 2018.

<sup>2</sup> *Brexit: the Age of Uncertainty (Editorial)*, *E.L. Rev.*, 2016, 41(4), pp. 445-446; *Brexit Unknowns*, Briefing Paper, Number 8408, 26 septembre 2018.

<sup>3</sup> La présente chronique se concentrera sur l'étude du *Brexit* jusqu'à la date d'achèvement de sa rédaction le 12 juillet 2021. Elle reviendra sur les conséquences du référendum du 23 juin 2016, brièvement abordé dans la dernière chronique *RFDC*, n°112, 2017.

<sup>4</sup> A ce propos, cf. *Texas v. White* 74 U.S. 700 (1868)

outre la question nord-irlandaise - donner lieu à une éventuelle sécession de l'Ecosse si un référendum d'indépendance venait de nouveau à être organisé.

Le *Brexit* montre, selon une logique inversée, combien le droit de l'UE a irrigué les institutions britanniques dans toutes leurs dimensions et bouleversé tous les pans du droit. Ce processus à rebours ne se limite pas à fermer les vannes du flux juridique et politique de l'UE et à couper les liens avec ses institutions, assurant une réversibilité totale de l'intégration européenne. Il s'agit bien plus d'un phénomène de reflux, laissant des traces et soulevant des problèmes de sécurité juridique dans tous les champs du droit affectés par le droit de l'UE.

Revenir sur un tel processus fédéral, qui touche notamment les sujets britanniques en tant que citoyens européens, nécessite de penser le devenir de toutes les évolutions juridiques résultant du droit de l'UE. Elles sont nombreuses et déterminées par la nature coutumière de la Constitution au sein de laquelle le *Brexit* dépend des lois, de la jurisprudence et des conventions de la Constitution mises en œuvre par les acteurs politiques. La Constitution étant caractérisée par la souveraineté de la Reine en son Parlement, dominée par un Gouvernement de Cabinet, ainsi que par la *Rule of Law* mise en œuvre par les juges<sup>5</sup>, la sortie du Royaume-Uni de l'UE s'est traduit par un mouvement de va-et-vient. L'un s'est joué au niveau européen avec les négociations entre le Gouvernement britannique et les institutions européennes. L'autre, qui a dépassé le clivage traditionnel entre majorité gouvernementale et opposition, s'est joué sur le terrain parlementaire (entre les partisans et les opposants au *Brexit* puis, entre partisans d'un *Brexit* doux et partisans d'un *Brexit* dur) ainsi que sur le terrain judiciaire.

Bien que le *Brexit* ne se cantonne pas à sa seule dimension juridique, nous nous concentrerons, dans le cadre limité de cette chronique<sup>6</sup>, essentiellement sur la dimension de droit public et notamment de droit constitutionnel. Ce processus a tantôt révélé, tantôt défié les caractéristiques de la Constitution britannique dans laquelle la résolution ultime des conflits constitutionnels se fait non seulement devant le Parlement, mais aussi et surtout devant les juges, comme en témoignent les deux grandes affaires *Miller*<sup>7</sup>. Il a, quoiqu'il en soit, mis en exergue la spécificité<sup>8</sup> de cette Constitution hors du commun, la reconfiguration, au moins temporaire, de ce régime parlementaire par le référendum et a bousculé les deux piliers parlementaire (souveraineté du Parlement) et judiciaire (*Rule of Law*) de la Constitution. Il en a résulté une remise en cause du Gouvernement de cabinet dont la dynamique majoritaire s'est effritée, ce à quoi l'absence de règles constitutionnelles formelle a contribué. Cette période témoigne du pragmatisme de la Constitution britannique tout en révélant sa complexité. Ces

---

<sup>5</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (L.F. ed), 1915, éd. Roger E. Michener, Indianapolis, Liberty Fund, 1982 .

<sup>6</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité, sur ce vaste sujet et pour ne pas alourdir à l'excès les notes de bas de page, cf. les dossiers : *PL*, Brexit Special Extra Issue, 2017 ; *E.L. Rev.* 2020, 45(2) (A Brexit Special Issue and A Pandemic) ; *CMLR*, Issue 2 (vol.55) 2018 ; *RDP*, 2017, n°2, p. 251 et s. ; *RFDA* 2020 p. 401, Dossier : Le Brexit ; *Revue Française de Civilisation Britannique* n° XXV-3 | 2020, n° XXIII-2 | 2018, n° XXII-2 | 2017 ; *RUE*, Dossier spécial Brexit, oct. 2016, pp. 513 et s. ; *RTDE*, Dossier spécial Brexit, oct.-déc. 2016, pp. 687 et s. ; Chronique britannique de la revue *Constitutions*; cf. les billets publiés dans les blogs : <https://publiclawforeveryone.com>; <https://ukconstitutionallaw.org>; <https://ukaji.org>; <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/> et, en français : <https://blog.juspoliticum.com> ainsi que le suivi, les articles et la bibliographie, notamment pour les ouvrages, de l'Observatoire du Brexit : <https://brexit.hypotheses.org>. Cf. également les dossiers sur le site du Parlement : <https://www.parliament.uk/business/publications/research/eu-referendum/>.

<sup>7</sup> *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41.

<sup>8</sup> A. Duffy-Meunier, « Le constitutionnalisme britannique à l'épreuve du Brexit, Réflexions comparatives à la lumière du droit constitutionnel français », in A. Antoine, A. Blick, G. Gadbin-Georges, E. Gibson-Morgan, *Constitution sous pression : la France et le Royaume-Uni au temps du populisme et du Brexit*, Société de législation comparée, 2021, p. 133.

principaux traits sont apparus au fil du processus de sortie du Royaume-Uni : d'abord à travers les événements qui ont marqué les origines du *Brexit* (I) puis, à la lumière du déroulement des négociations au niveau européen et national c'est-à-dire au moment du déroulement du processus de sortie de l'UE européenne (II) et, enfin, une fois ce processus finalisé, au niveau des conséquences du *Brexit* (III).

## I. Les origines du *Brexit*

Le questionnement sur l'adhésion du Royaume-Uni au projet européen n'est pas nouveau. Il constitue une caractéristique intrinsèque et presque existentielle du lien entre le Royaume-Uni et l'Union<sup>9</sup>. Trois ans après l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes en 1972 sous le Gouvernement conservateur d'Edward Heath, un référendum sur l'appartenance était organisé par le Gouvernement travailliste d'Harold Wilson. Depuis les années 1970, l'influence du droit de l'UE sur le droit britannique a été grandissante. Au-delà de l'emprise européenne sur les politiques communes, au-delà de la participation au budget européen, la soumission du Parlement de Westminster au droit de l'Union - dont l'arrêt *Factortame* de 1991<sup>10</sup> n'est qu'une illustration contentieuse - s'est heurtée au principe constitutionnel de souveraineté parlementaire. Ce n'est toutefois pas dans les conséquences de cet arrêt qu'il faut trouver l'explication à la décision de David Cameron de soumettre le *Brexit* au référendum.

La circonspection britannique à l'égard de l'Europe est lointaine et repose parfois sur un « fantasme paranoïaque »<sup>11</sup> envers l'UE. Il n'est pas question d'y revenir ici dans le détail<sup>12</sup>. Le choix du *Brexit* résulte toutefois d'une conjonction de facteurs accumulés depuis une vingtaine d'années, époque à laquelle le *New Labour* dirigeait le Gouvernement britannique. Comme nous l'avions souligné dans nos précédentes chroniques, les relations entre le Royaume-Uni et l'UE ou le Conseil de l'Europe se sont progressivement crispées depuis le début des années 2000. La politique de lutte contre le terrorisme postérieure aux attentats du 11 septembre 2001, l'engagement des troupes britanniques à l'étranger, les questions d'immigration<sup>13</sup>, la crise financière ainsi que le scandale des notes de frais ont suscité une défiance des britanniques envers leur classe politique et envers l'Europe<sup>14</sup>. L'arrivée des conservateurs au pouvoir en 2010 a concrétisé ce rejet avec la demande d'exclusion du Royaume-Uni du Pacte budgétaire européen à la suite de la crise financière de 2009, puis l'adoption du *European Union Act 2011* ou *Sovereignty Bill*. C'est enfin la pression eurosceptique au sein de l'aile droite du parti conservateur et à l'extérieur de celui-ci avec le *UKIP*, qui ont conduit le Gouvernement Cameron à proposer un référendum<sup>15</sup> sur le *Brexit*.

Le déclenchement du *Brexit* est marqué par l'articulation et même la confrontation de trois sources de légitimité. La première est populaire. Le référendum, instrument de démocratie directe, a transformé la Constitution politique britannique en affectant la logique du régime parlementaire (A). La seconde est juridictionnelle. A la suite de ce référendum, la Cour suprême

---

<sup>9</sup> Ainsi que l'affirmait déjà Winston Churchill, *Saturday Evening Post*, 15 février 1930 : « Nous avons notre propre rêve et notre propre mission. Nous sommes avec l'Europe, mais nous ne sommes pas en Europe. Nous sommes liés à elle, pas intégrés. Nous partageons des intérêts communs, nous sommes associés, mais pas absorbés ».

<sup>10</sup> *Factortame Ltd v. Secretary of State for Transport (No. 2)* [1991] 1 AC 603.

<sup>11</sup> F. O'Toole, « The Paranoid Fantasy behind Brexit », *The Guardian*, 16 Nov 2018.

<sup>12</sup> Cf. notamment A. Antoine, *Le Brexit. Une histoire anglaise*, Dalloz, 2020, pp. 29-193.

<sup>13</sup> A. Louis, « L'immigration, un enjeu déterminant du Brexit ? », in C. Bahurel, E. Bernard, M. Ho-Dac, *Le Brexit. Enjeux régionaux, nationaux et internationaux*, Bruylant, p. 33.

<sup>14</sup> A ce propos, cf. P. Schnapper, « Brexit and the Disruption in British Politics », *Partir en Solitaire, Conséquences du Brexit aujourd'hui et demain*, Ed. Panthéon-Assas, 2018, p. 17.

<sup>15</sup> Cf. pour une analyse de l'annonce du référendum à ses effets, P. Craig, « Brexit: a drama in six acts », *E.L. Rev.*, 2016, 41(4), 447-468.

a dû trancher la question des modalités juridiques de la notification du retrait de l'UE (B). La dernière est parlementaire. La majorité des juges a décidé qu'il fallait emprunter la voie législative et non exécutive pour notifier au Conseil européen la décision de quitter l'UE. Le *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017* est la première d'une liste importante de lois préparant le *Brexit* (C).

### A. Une décision populaire : le référendum du 23 juin 2016

Le référendum du 23 juin 2016 a bouleversé la Constitution politique du Royaume-Uni en remettant en cause la logique représentative du parlementarisme britannique. En votant à 51,9% des voix en faveur du *Brexit*, les électeurs ont manifesté un double rejet : celui de l'Europe, objet de la question posée aux électeurs et celui du Premier ministre David Cameron ainsi que de la classe dirigeante au pouvoir ayant fait campagne pour le *Remain*. Les électeurs écossais et nord-irlandais ont, quant à eux, majoritairement voté contre le *Brexit*<sup>16</sup>. La question de la sincérité du scrutin a pu se poser en raison de l'assassinat de la députée travailliste Joe Cox et des *fake news* qui ont jalonné la campagne, notamment dans le camp du *Vote Leave*. Une enquête de la Commission parlementaire sur le Numérique, la Culture, les Médias et le Sport - devant laquelle Dominic Cummings a refusé de témoigner et a pour cela été condamné pour *Contempt of Parliament* le 27 mars 2019 - s'en est d'ailleurs saisi<sup>17</sup>. Boris Johnson a, quant à lui, échappé à des recours pour mauvaise conduite dans l'exercice d'une fonction publique (*misconduct in public office*) à propos de ses fausses affirmations selon lesquelles le Royaume-Uni versait 350 millions de Livres Sterling par semaine à l'UE<sup>18</sup>. Outre leur portée au niveau européen, les résultats du référendum ont été à l'origine d'un « big bang » constitutionnel dont les répercussions nationales et régionales ne cessent de produire leurs effets.

Au niveau national, le référendum organisé dans ce cadre constitutionnel coutumier a, en premier lieu, soulevé la question de sa valeur juridiquement contraignante. La procédure référendaire est assez rare au Royaume-Uni puisque juridiquement la souveraineté appartient à la « Reine en son Parlement », qui peut autoriser avec une loi l'organisation d'un référendum. Seuls trois référendums ont été organisés au niveau national et dix référendums au niveau local, sur la dévolution notamment<sup>19</sup>. Le résultat d'un référendum n'a comme valeur juridique que celle que le Parlement souverain veut bien lui donner. Ainsi, la loi autorisant le référendum de 2011 sur le mode de scrutin mixte (*Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011*) lui donnait valeur contraignante, ce qui n'était pas le cas du *European Union Referendum Act 2015* autorisant le référendum sur le *Brexit*. La question de l'existence d'une convention constitutionnelle obligeant le Parlement à suivre le résultat du referendum a pu se poser tout comme celle de la nécessité de repenser l'organisation des référendums<sup>20</sup>. Quoiqu'il en soit, le référendum n'a pas de valeur juridique, mais une valeur politique qui est considérable au point qu'il est difficile d'imaginer aller à l'encontre d'une décision des électeurs britanniques.

<sup>16</sup> 55,78 % des votants nord-irlandais et 62% des votants écossais ont voté contre le *Brexit*.

<sup>17</sup> DCMS Committee, Third Special Report of Session 2017–19, *Failure of a witness to answer an Order of the Committee: conduct of Mr Dominic Cummings*, HC 1115.

<sup>18</sup> *Johnson v Westminster Magistrates' Court* [2019] EWHC 1709.

<sup>19</sup> Au niveau national, il s'agit du premier référendum sur l'appartenance aux communautés européennes de 1975, puis du référendum de 2011 sur le changement de mode de scrutin pour un scrutin alternatif, qui est une forme de proportionnelle. Au niveau local, on pense, par exemple, aux référendums sur la dévolution en Ecosse en 1997 et au Pays de Galles en 1997 et en 2011.

<sup>20</sup> Par exemple, A. Antoine, « Le Brexit, révélateur de l'alchimie entre Constitution politique et Constitution juridique au Royaume-Uni », *Titre VII*, n°2, 2019 ; M. Gordon, « Referendums in the UK Constitution : Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit », *E.C.L. Review*, 2020, 16(2), 213-248.

Le référendum du 23 juin 2016 a, en second lieu, été à l'origine d'une fracture au sein de la classe politique gouvernementale et parlementaire et d'une remise en cause du rôle traditionnel des principaux partis de gouvernement. Le clivage bipartisan traditionnel dans l'histoire récente (hormis la courte coalition entre les conservateurs et les libéraux-démocrates de 2010 à 2015) a été remplacé par un nouveau clivage entre les partisans et opposants au *Brexit*, y compris au sein d'un même parti. Les questions telles que l'économie libérale, l'immigration, le multiculturalisme et la dévolution ont remis en cause les divisions entre droite et gauche et révélé la « faiblesse du système bipartisan et [la] volatilité de l'électorat »<sup>21</sup>. En clivant profondément les partis, le référendum a bouleversé le gouvernement de parti et de cabinet britannique. L'instrument d'expression directe du peuple et la réponse opposée à celle souhaitée par les dirigeants a fissuré le système de démocratie représentative. Une césure s'est produite entre les électeurs, les militants et les parlementaires. Elle s'est répercutée au niveau du Gouvernement et de la majorité parlementaire, comme au sein de l'opposition. Deux blocs se sont affrontés : celui des partisans du *in* ou du *out*, puis des partisans du *Brexit* avec ou sans accord. Les députés ont orienté le positionnement plus ou moins favorable à un *hard* ou *soft Brexit* en fonction des résultats obtenus dans leurs circonscriptions, comme si le référendum avait, en quelque sorte, transformé le mandat représentatif en un mandat impératif implicite. Après le résultat du référendum et la démission de David Cameron, Boris Johnson, l'une des principales voix du courant *Vote Leave*, a renoncé à présenter sa candidature à la direction du parti et au poste de Premier ministre. C'est donc Theresa May qui a été désignée *leader* du Parti conservateur le 11 juillet 2016 et qui est devenue Première ministre d'un Gouvernement chargé de mettre en œuvre le *Brexit* alors même qu'elle avait fait campagne pour le *Remain*. Boris Johnson a finalement accepté le poste de Ministre des affaires étrangères et David Davis celui de Secrétaire d'État à la sortie de l'UE.

Au niveau local, l'Union des régions a été fragilisée par le référendum sur le *Brexit*. L'opposition de la majorité des électeurs écossais et nord-irlandais au *Brexit* a contribué à raviver certaines tensions avec Westminster. Après le référendum du 18 septembre 2014, 55,3 % des électeurs écossais ont décidé que l'Ecosse ne devait pas être un pays indépendant, notamment parce qu'elle perdrait son statut de territoire de l'UE et tous les droits qui y sont rattachés. Par un schéma inversé, la sortie du Royaume-Uni de l'UE a conduit les électeurs écossais, plus europhiles que leurs homologues anglais et gallois, à voter contre le *Brexit* (à 62% des voix). Les électeurs nord-irlandais, sans doute conscients d'avoir grandement bénéficié de la contribution pacificatrice de l'UE, ont également voté en majorité contre le *Brexit* (55,78 % favorable au *Remain*). Ces résultats font ressurgir deux questions : l'éventuelle réunification de l'Irlande et l'indépendance de l'Ecosse.

Après le référendum, la question s'est posée de savoir à quelle autorité revenait la décision de déclencher le retrait au terme de l'article 50 TUE. La Constitution politique manquant de clarté pour y répondre, c'est vers la Constitution judiciaire qu'il a fallu se tourner.

## **B. Un aiguillage judiciaire : la décision *Miller I* du 24 janvier 2017**

Le problème de la notification du retrait a été réglé en deux temps : le premier, juridictionnel, le second, politique. Il a d'abord fallu que la Cour suprême intervienne dans l'affaire *Miller I* du 24 janvier 2017<sup>22</sup> pour que le Gouvernement notifie ensuite la décision de quitter l'UE par la voie législative. L'article 50 TUE énonce que « 1. Tout État membre peut

<sup>21</sup> P. Schnapper, « Brexit and the Disruption in British Politics », *op. cit.*, p. 21

<sup>22</sup> A ce propos, M. Elliott, J. Williams and A.L. Young (dir), *The UK Constitution After Miller: Brexit and Beyond*, Hart Publishing, 2018.

décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union. 2. L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. [...] »<sup>23</sup>. Cette disposition témoigne du caractère réversible de l'intégration d'un État membre au sein de l'UE et révèle certaines « ambiguïtés »<sup>24</sup>.

Quelles sont ces règles constitutionnelles dans le cadre coutumier britannique ? Le caractère inédit d'une telle question a donné lieu à un affrontement entre deux positions. Celle du Gouvernement, favorable à une notification rapide de la sortie du Royaume-Uni par la voie d'un acte de l'exécutif relevant de la prérogative royale. Face à elle, une position favorable à une notification par la voie législative. A une majorité de 8 juges contre 3, la Cour suprême<sup>25</sup> a conclu qu'il fallait une loi car l'adhésion aux Communautés européennes s'était réalisée par la voie législative avec le *European Communities Act 1972 (EC Act 1972)* et car le retrait de l'UE constituait « un changement constitutionnel majeur ». Un tel changement ne peut être « réalisé par des ministres seuls » et « doit être effectué selon la seule modalité reconnue par la Constitution du Royaume-Uni, à savoir la voie d'une loi du Parlement »<sup>26</sup>, notamment parce que le *EC Act 1972* a conféré des droits aux citoyens britanniques, qui peuvent varier en fonction du droit de l'UE, mais qui ne peuvent pas être supprimés de façon unilatérale par le Gouvernement<sup>27</sup>. La majorité des juges adopte une approche plus « continentale » s'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence qualifiant le *EC Act 1972* de loi constitutionnelle<sup>28</sup>. Leur raisonnement dévoile une approche du droit de l'UE dans sa dimension d'ordre juridique propre et *sui generis*. A l'inverse, les juges de la minorité et particulièrement le juge Reed désormais Président de la Cour suprême, minimisent la spécificité du droit de l'UE et adoptent un raisonnement complexe, applicable au droit international classique. Le juge Reed prend ainsi position en faveur d'une notification par le Gouvernement en se fondant notamment sur le fait que la sortie du Royaume-Uni de l'UE relève, comme toute décision en matière internationale, de la prérogative royale.

La deuxième question posée à la Cour suprême dans l'affaire *Miller* portait sur la dévolution et l'application de la convention de Sewell à la loi de notification de sortie de l'UE. La Cour suprême a jugé que cette convention, qui impose le consentement des régions écossaise, galloise et nord-irlandaise aux projets de lois qui ont des conséquences sur les compétences dévolues, à l'instar du droit de l'UE, ne s'appliquait pas à la loi de notification du *Brexit*. La difficulté de son raisonnement réside dans le fait que la Convention de Sewell avait été reprise par les lois de dévolution<sup>29</sup> et pouvait dès lors être interprétée comme ayant une valeur juridique et non plus politique. La Cour a jugé que bien qu'elle ait été reprise par un texte de loi, il s'agit toujours d'une Convention constitutionnelle qui a une valeur politique et non juridique<sup>30</sup>.

L'intervention de la Cour suprême dans l'affaire *Miller I*, qui participe d'un mouvement de judiciarisation de la vie démocratique<sup>31</sup>, rappelle, dans une certaine mesure, l'aiguillage du

---

<sup>23</sup> Souligné par nous.

<sup>24</sup> L. Coutron et O. Dubos, « Le Royaume-Uni et l'Union européenne après le Brexit : une fâcheuse inconséquence », *RDP*, 2017, p. 281. Sur le processus de retrait cf. notamment A. Duffy-Meunier, « La préparation britannique : l'engagement du retrait », in C. Bahurel, E. Bernard, M. Ho-Dac, *op.cit.*, p. 57 ; E. Saulnier-Cassia, « Le Brexit et la qualification du droit de retrait », *RFDA*, Dalloz, 2020, p. 403.

<sup>25</sup> *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, *op. cit.*

<sup>26</sup> *Ibid.*, § 82.

<sup>27</sup> *Ibid.* § 74-76 et 83.

<sup>28</sup> *Thoburn v. Sunderland City Court* [2002] EWHC 195, [2002] 3 WLR 247; *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3.

<sup>29</sup> Section 5 du *Northern Ireland Act 1998*, Section 28(7) du *Scotland Act 1998* et 107(5) du *Government of Wales Act 2006*.

<sup>30</sup> *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, § 126-151.

<sup>31</sup> A. L. Young, « The Constitutional Implication of Brexit », *EPL*, 23, no. 4, 2017, pp. 781-782.

Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi préalablement à la ratification d'un traité. Là où le Conseil constitutionnel déclare que le traité ou la loi de ratification du traité nécessite une révision constitutionnelle, la décision *Miller I* identifie, quant à elle, la procédure à suivre, la voie législative, qui trouve son fondement juridique non pas dans un texte constitutionnel formel, mais dans les lois, les précédents et la motivation des juges de la Cour suprême. Ainsi, dans un pays de *common law* sans Constitution formelle et donc dépourvu de pouvoir constituant, lorsqu'une difficulté constitutionnelle n'est pas solutionnée au niveau législatif ou au niveau politique par une convention constitutionnelle, c'est-à-dire par la dimension politique du constitutionnalisme, son issue sera judiciaire.

### C. Un déclenchement parlementaire

Le retour au Parlement pour notifier la sortie de l'UE s'est traduit en trois temps : deux étapes législatives ont encadré une étape électorale.

1) La loi de notification du retrait de l'UE, le *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*, point de départ du délai de négociation

Deux jours après la décision *Miller I*, le 26 janvier, David Davis, le Ministre du *Brexit*, a déposé le projet de loi de notification du retrait du Royaume-Uni de l'UE, le *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*. La voie législative imposée par la Cour suprême pouvait laisser présager un contrôle parlementaire plus renforcé que ne l'aurait permis le recours à la prérogative. Elle a toutefois été adoptée sans trop de difficultés, Jeremy Corbyn, *leader* du Cabinet fantôme, ne s'étant pas opposé à ce texte. La lettre de notification autorisée par la loi a donc été adressée le 29 mars 2017 au Président du Conseil européen, Donald Tusk.

Conformément à l'article 50 TUE §3 « Les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification visée au paragraphe 2, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délais ». Un marathon de deux ans s'est donc ouvert une fois la notification adressée au Conseil européen. Le Gouvernement britannique avait jusqu'au 29 mars 2019 à minuit pour négocier « un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. [...] ».

C'est avec une telle question en toile de fond que plusieurs mois après cette notification, une question préjudicielle a été posée à la CJUE par la *Court of Session, Inner House, First Division (Scotland)* à propos du caractère réversible de la notification prévue par l'article 50 TUE dans l'affaire *Wightman*. La question était de savoir si, en l'absence d'accord conclu entre le Royaume-Uni et l'UE au 29 mars 2019, le Royaume-Uni serait obligé de quitter l'Union. Soulignant l'impact du retrait d'un État membre sur les droits de tous les citoyens de l'Union (ceux de l'État membre sortant de l'Union et ceux des autres États), la CJUE a interprété l'article 50 TUE comme permettant à l'État sortant de « révoquer la procédure de retrait par une décision unilatérale, de façon non équivoque et inconditionnelle »<sup>32</sup>.

Une fois la notification déposée, l'Ecosse qui ne souhaitait pas quitter l'UE, a annoncé qu'elle envisageait d'organiser un nouveau référendum d'indépendance, ce qui a été refusé par le Gouvernement de Theresa May. Sans autorisation législative du Gouvernement central, aucun référendum d'indépendance ne peut, en effet, être organisé. Quelques jours après la notification et à la surprise de tous, car elle avait assuré qu'elle n'organiserait pas d'élections

---

<sup>32</sup> CJUE, 10 décembre 2018, *Wightman e.a. c. Secretary of State for Exiting the European Union*, aff. C-621-18; Cf. A. Cuyvers, « Wightman, Brexit and the sovereign right to remain », *CML. Rev.*, 2019, 56(5), pp. 1303-1331 ; E. Saulnier-Cassia, « Les contentieux du Brexit : « l'après » du droit de retrait d'un État membre de l'Union européenne », *RUE*, 2020, p. 423.



avant la négociation des termes du *Brexit*, Theresa May a annoncé le 18 avril qu'elle organiserait des élections anticipées (*snap elections*).

## 2) Les élections législatives anticipées du 8 juin 2017

Ces élections se sont déroulées près de trois ans avant la date prévue en vertu du *FTPA* puisque les dernières élections générales remontent à 2015. A cette date, les électeurs n'avaient pas donné de mandat clair à propos du *Brexit* étant donné que le référendum n'avait pas eu lieu. Ces élections ont été organisées pour résoudre la délicate équation entre démocratie représentative et démocratie directe sur la question du *Brexit*. Elles confirment, malgré le poids du référendum, la nature fondamentalement parlementaire du régime britannique dans laquelle le chef du Gouvernement ne peut agir sans le soutien de son parti et d'une majorité de députés. Le cap du *Brexit* étant désormais fixé, il fallait à Theresa May un soutien renouvelé des électeurs et une majorité au Parlement pour le mener à bien. Conformément aux termes du *FTPA*, les membres de la Chambre des communes ont voté, le 19 avril, à une majorité écrasante (522 voix contre 13), parti travailliste y compris, la motion proposée par le Gouvernement prévoyant des élections anticipées. La décision de la Première ministre s'explique par le fort taux d'intentions de vote en faveur des conservateurs (43%) et par une volonté de bénéficier d'un mandat plus long si les négociations devaient durer (2017-2022).

Cette dissolution tactique s'est révélée être un échec qui a réduit la majorité des conservateurs (perte de 13 sièges ; gain de 30 sièges pour les travaillistes). Les électeurs ont désigné un Parlement sans majorité absolue (*Hung Parliament*) : avec 318 sièges conservateurs, alors que la majorité absolue est à 326 sièges. Theresa May s'est donc entendue avec les dix députés du *Democratic Unionist Party (DUP)* pour former un Gouvernement avec un soutien sans participation, au prix d'un accord consistant en une aide financière de 1 milliard de Livres pour l'Irlande du Nord. Theresa May s'est donc maintenue à la tête du Gouvernement après un vote de confiance obtenu à une courte majorité de 323 voix contre 309 le 29 juin. Cette absence de majorité affectera l'efficacité gouvernementale et enrayera la suite du processus du *Brexit*. La Reine, vêtue aux couleurs de l'Europe, a d'ailleurs présenté, chose peu commune, un programme parlementaire sur deux ans afin de couvrir l'ensemble des négociations. Ce discours, comme la vie politique britannique des quatre années suivantes, sont dominés par des projets relatifs au *Brexit* à l'instar du projet de loi de retrait de l'Union, dénommé *Great Repeal Bill* puis *Repeal Bill* et qui deviendra, plus techniquement, le *European Union (Withdrawal) Act 2018*.

## 3) Le *European Union (Withdrawal) Act 2018* fixant les modalités du retrait du droit de l'UE et de l'approbation de l'accord

Avant même de conclure les deux textes objet des négociations, l'accord de retrait et la Déclaration politique sur les relations futures, un projet de loi abrogeant le *EC Act 1972*, prenant des dispositions pour le retrait du Royaume-Uni de l'UE et prévoyant des modalités de vote pour l'approbation des traités a été déposé le 13 juillet 2017 devant les Communes. Le *European Union (Withdrawal) Act 2018*<sup>33</sup>, promulgué le 26 juin 2018, est un texte complexe, mais fondamental pour comprendre les effets juridiques du *Brexit* sur le droit britannique en présence ou en l'absence d'accord avec l'UE. Les conséquences juridiques de cette loi au

---

<sup>33</sup>A. Duffy-Meunier, « Réflexion de nature constitutionnelle sur la loi sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, l'*European Union (Withdrawal) Act 2018* », *RTDE*, 2018, p. 759. ; M. Elliott et S. Tierney, « Political Pragmatism and Constitutional Principle: The European Union (Withdrawal) Act 2018 », *PL*, 2019 p. 37 ; S. Whittaker, « Retaining European Union law in the United Kingdom », *LQR*, 2021, 137(Jul), pp. 477-502.

moment de la sortie du Royaume-Uni de l'UE posent, nous le verrons, des problèmes de sécurité juridique et affectent la *Rule of Law*<sup>34</sup>.

Le premier intérêt de ce texte a été d'introduire une procédure supplémentaire pour négocier, signer et ratifier les accords liés au *Brexit*. La compétence du Gouvernement en la matière est, en principe, soumise à la faculté de la Chambre des communes d'empêcher le Gouvernement de ratifier le traité par le biais de résolutions dans les vingt-et-un jours<sup>35</sup>. Sous l'impulsion des opposants au *Brexit* et notamment du député conservateur Dominic Grieve, la section 13 du *European Union (Withdrawal) Act 2018* envisageait une procédure de vote significatif (*meaningful vote*) grâce au vote d'une motion modifiable (*amendable motion*) dont la portée a été transformée au cours des débats parlementaires. La loi prévoit finalement que la Chambre des communes peut adopter une « motion en terme neutre »<sup>36</sup> approuvant ou rejetant l'accord sans possibilité de l'amender et que la Chambre des Lords puisse débattre d'une motion sans voter (*motion to take note*). Le Ministre du *Brexit* a toutefois concédé dans une déclaration ministérielle écrite du 21 juin 2018 que la motion ministérielle soit en pratique modifiable (*amendable*) si le *Speaker* de la Chambre des communes le décide<sup>37</sup>. Cette déclaration permet aux Communes d'accroître leur contrôle sur les négociations en modifiant la motion et demandant, par exemple, au Gouvernement de renégocier l'accord de retrait, de la même façon que si le principe de l'*amendable motion* avait été adopté dans le texte de loi, notamment dans l'hypothèse où les négociations échoueraient et aboutiraient à un *no deal*. C'est ainsi qu'une déclaration politique conduit, en pratique, à une modification de la portée de la loi quant au rôle du Parlement qui refuserait les textes négociés par le Gouvernement. Le poids du Parlement pour approuver l'accord de retrait repose donc sur une garantie politique et non juridique, comme une résurgence de la *Political Constitution*<sup>38</sup>.

Le *European Union (Withdrawal) Act 2018* a également eu des conséquences contentieuses immédiates qui portent sur l'application de conventions constitutionnelles entre les régions et Westminster. L'Ecosse a, et c'est une première, refusé de donner son consentement au *European Union (Withdrawal) Act 2018* en vertu de la convention de Sewell. D'après les lois de dévolution, les régions dévolues sont tenues de respecter le droit de l'UE, ce que remettait en cause la loi sur le retrait de l'UE, qui permet au Gouvernement de Westminster de restreindre de façon temporaire la possibilité des régions de modifier le droit de l'Union maintenu (*Retained EU Law*) dans les domaines identifiés par un ministre britannique (section 12). Avec le *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) Scotland Bill* du 21 mars 2018, l'Ecosse a adopté son propre texte pour assurer une continuité juridique après le *Brexit*. La section 17 de la loi conditionne la possibilité pour les ministres de modifier le droit de l'UE au consentement des ministres écossais, ce que la Cour suprême a jugé contraire au *Scotland Act 1998* qui laisse au Parlement de Westminster un pouvoir illimité pour l'Ecosse<sup>39</sup>. Cette décision rappelle que la souveraineté appartient au Parlement de Westminster

---

<sup>34</sup> M. Elliott, « The EU (Withdrawal) Bill, Legal Certainty and the Rule of Law », 3 octobre 2017, [publiclawforeveryone.com](http://publiclawforeveryone.com).

<sup>35</sup> *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, sect. 20. Un Ministre peut toutefois faire une déclaration avançant les raisons pour lesquelles le Traité devrait être ratifié, si la Chambre des communes ne s'y oppose pas dans les 21 jours suivant cette déclaration, le traité pourra être ratifié (indépendamment de l'opposition de la Chambre des Lords qui n'a pas d'effet).

<sup>36</sup> *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 13 (6).

<sup>37</sup> Cf. Written Statement, Department for Exiting the European Union, Made on : 21 June 2018, David Davis, HCWS78.

<sup>38</sup> J. A. G. Griffith, « The Political Constitution », *MLR*, vol. 42, n° 1, p. 16.

<sup>39</sup> *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill (Scotland) Bill [2018] UKSC 64* § 53. Le Gouvernement a effectué un recours concernant une loi galloise identique, mais la législation galloise a été retirée, le recours contre l'administration galloise n'avait donc plus d'objet.

qui a conféré, dans les lois de dévolution, une liberté législative aux régions sur laquelle il peut toujours revenir.

Une fois la notification réalisée et le texte organisant juridiquement le retrait promulgué, les négociations se sont déroulées en plusieurs temps alternant niveau européen et niveau national.

## II. Le processus de sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne

L'article 50 TUE al. 2 prévoit qu'une fois la notification de l'intention de se retirer de l'Union effectuée, « [à] la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union ».

La négociation porte donc sur deux textes : le premier, prioritaire, l'accord de retrait c'est-à-dire l'accord relatif au « divorce » entre l'UE et le Royaume-Uni ; le second, le « cadre des relations futures », c'est-à-dire la Déclaration politique ébauchant le futur partenariat entre l'UE et le Royaume-Uni, une fois que celui-ci sera un État tiers. Ces négociations ont été jalonnées de divers obstacles au niveau européen et au niveau national, qui nous intéressera particulièrement. Elles sont, dans l'ensemble, caractérisées par la constance de l'UE et une instabilité politique britannique. Les gouvernements successifs se sont heurtés à une résistance parlementaire sous la direction de Theresa May (A) pour retrouver, avec Boris Johnson, une dynamique majoritaire (B).

### A. Les négociations du Gouvernement May et les échecs d'un Gouvernement privé de majorité solide (29 mars 2017- 24 juillet 2019)

La situation en Irlande du Nord constitue le principal point d'achoppement des négociations entamées par le Gouvernement de Theresa May et l'une des raisons pour lesquelles les textes négociés par le Royaume-Uni se sont heurtés à l'opposition du Parlement britannique.

#### 1) Au niveau européen : la difficulté du *Backstop* nord-irlandais

Entre le 29 mars 2017 et la fin du mois de novembre 2018 deux textes de nature juridique différente ont été âprement négociés par le Ministère du *Brexit* du Gouvernement de Theresa May : un texte juridique, l'accord de retrait, et une Déclaration politique portant sur le cadre des relations futures. Bien que les régions aient pu faire valoir leurs intérêts au cours des négociations<sup>40</sup>, ces dernières ont été caractérisées par des difficultés qui ont été soulevées dès le rapport d'étape conjoint du 8 décembre 2017 : le statut des citoyens, le rôle de la Cour de justice, le solde de tout compte et, plus particulièrement, le statut de la frontière nord-irlandaise<sup>41</sup>.

L'accord de retrait a finalement été conclu le 14 novembre 2018 et la Déclaration politique fixant le cadre des relations futures quelques jours plus tard, le 22 novembre 2018. Ce second texte, qui a fait l'objet de propositions britanniques contenues dans le « Plan de *Chequers* », Livre Blanc du 12 juillet 2018, a déclenché la démission de Boris Johnson et de David Davis. La principale raison de ces démissions concerne le statut de Irlande du Nord : le *Backstop*. Outre le fait que le Protocole sur l'Irlande du Nord entend maintenir des droits issus de l'accord du Vendredi Saint ainsi que la libre circulation des irlandais et des britanniques, ce « filet de sécurité » consistait à maintenir le Royaume-Uni dans une union douanière avec l'UE en créant

<sup>40</sup> House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee, *Devolution and Exiting the EU: reconciling differences and building strong relationships*, Eighth Report of Session 2017–19, HC 1485.

<sup>41</sup> Ces questions sont explicitées par A. Antoine, *Le Brexit, Une histoire anglaise*, p. 302 et s.

un territoire douanier unique (*single customs territory*) avec interdiction d'en sortir sans autorisation de Bruxelles tant qu'une solution de divorce - sans retour d'une frontière en Irlande - n'était pas trouvée, et notamment à l'issue de la période de transition (durant jusqu'au 31 décembre 2020). Cela empêchait le Royaume-Uni de conduire librement sa propre politique commerciale, en négociant des accords de libre-échange avec des pays tiers. Ces éléments expliquent l'opposition à ces textes des conservateurs, tenant d'un *Brexit* dur, comme celle des opposants au *Brexit* et du *DUP*.

## 2) Au niveau national : un Gouvernement fragilisé par une résistance parlementaire

Une fois l'annonce de la conclusion de l'accord et de la Déclaration politique sur les relations futures réalisée, il revenait au Parlement d'approuver cet accord et, dans l'hypothèse d'une approbation, d'adopter une loi incorporant en droit interne l'accord de sortie en vertu du dualisme qui prévaut au Royaume-Uni. Si la fin des négociations des deux textes avec les instances européennes marque une avancée notable dans le processus de sortie de l'UE, les divisions des partis, des parlementaires et des nations britanniques à propos du *Brexit* vont en empêcher la concrétisation.

Le Gouvernement majoritaire et ses instruments n'étant pas ancrés dans le marbre constitutionnel écrit et le référendum ayant recomposé le paysage politique, la pratique et la procédure parlementaire caractérisées notamment par le recours aux conventions constitutionnelles ont joué un rôle important dans la phase d'approbation de l'accord de retrait et de la Déclaration politique.

### a) L'opposition des Communes et du Parti conservateur

La première phase parlementaire est caractérisée par l'*accountability*, le devoir de rendre des comptes, du Gouvernement devant la Chambre des communes et la remise en question de la Première ministre par son propre parti.

L'un des premiers événements qui a marqué le début de la procédure parlementaire, début décembre 2018, a été le recours « sans précédent »<sup>42</sup> à la procédure de *Contempt of Parliament*. Le Gouvernement de Theresa May en a fait l'objet en raison du refus, au nom de l'intérêt public, de l'*Attorney General*, Geoffrey Cox, de présenter dans son intégralité le rapport contenant ses conseils juridiques relatifs au projet d'accord de sortie de l'UE. Ce document indiquait clairement qu'il serait très difficile pour le Royaume-Uni de sortir du mécanisme du *Backstop*. L'*Attorney General* souhaitait se limiter à présenter un résumé de ce rapport, ce que refusait la majorité des députés au nom de la transparence et de l'information qui leur est due sur un tel sujet. Après que les députés ont déclenché cette procédure le 4 décembre 2018, les analyses intégrales de l'*Attorney General* ont été publiées<sup>43</sup>.

Theresa May a ensuite été contestée au sein de son propre parti par la procédure de *leadership contest*. Les députés conservateurs non-membres du Gouvernement ont remis en cause la direction par Theresa May du parti et, par conséquent, sa direction à la tête du Gouvernement. Cette procédure a échoué le 12 décembre 2018 ne réunissant que 83 voix sur 200.

La mise en cause de Theresa May par une motion de défiance a, enfin, eu lieu après que le Gouvernement a été mis en minorité devant les Communes (à propos du caractère amendable de la motion soumise au vote significatif) et a été conduit à repousser au 15 janvier 2019 le vote significatif sur l'accord et la Déclaration politique qui était prévue le 11 décembre. La procédure

---

<sup>42</sup> C. Guerrin-Bargue, « Brexit : au mépris du Parlement ? Theresa May, entre « contempt of parliament » et fragile soutien de sa majorité », 18 décembre 2018, *JP Blog*.

<sup>43</sup> AG Cox, *Legal Opinion on Joint Instrument and Unilateral Declaration*, 12 March 2019.

de vote significatif, prévue par la section 13 du *EU (Withdrawal) Act 2018* nouvellement adoptée, exige l'approbation préalable par les deux Chambres d'une motion ministérielle indiquant qu'un accord politique a été trouvé et présentant une copie du projet d'accord de retrait et de la Déclaration politique sur le cadre des relations futures. Chaque motion doit être approuvée, rejetée ou, si le *Speaker* l'autorise, amendée afin de demander au Gouvernement de renégocier l'accord en suivant les directives des députés. Ces derniers ne peuvent, en revanche, pas modifier le texte de l'accord. Les deux textes ont, en l'occurrence, été rejetés à une majorité de 432 contre 202 voix. La motion de défiance proposée par Jeremy Corbyn sur le fondement du *FTPA* a échoué à une courte majorité de 325 voix contre 306 le 16 janvier 2019. Malgré la fragilité du *leadership* de Theresa May, les différents camps étaient tellement divisés qu'aucune opposition forte ne se dessinait au sein de son parti.

#### b) Le rôle des conventions constitutionnelles et de la pratique parlementaire

Les débats ont révélé le rôle déterminant du Président de la Chambre des communes notamment pour permettre aux députés de contrôler l'ordre du jour, pour admettre le caractère « modifiable » d'une motion (ce qui donne aux parlementaires la possibilité d'imposer au Gouvernement des directives de négociation aux termes de la section 13 du *EU (Withdrawal) Act 2018*) et à l'occasion du vote de l'accord renégocié sur le *Backstop* à Strasbourg le 11 mars 2019.

Le Gouvernement de Theresa May a échoué à faire adopter l'accord renégocié le 12 mars 2019, soit quelques jours avant la date de sortie de l'UE prévue le 29 mars. Six jours plus tard, à l'occasion de la troisième tentative d'approbation obtenue après le report de la date de sortie au 22 mai 2019 (les élections européennes ayant lieu le 23 mai), John Bercow, Président de la Chambre des communes a interdit au Gouvernement de présenter au cours d'une même session deux motions identiques. Il s'est fondé, pour ce faire, sur une convention constitutionnelle rappelée par le Traité d'Erskine May remontant au XVII<sup>ème</sup> siècle<sup>44</sup> et a fait obstacle au souhait du Gouvernement de voir cet accord renégocié adopté. La flexibilité de la pratique parlementaire a permis au *Speaker* de valoriser le rôle des *MPs* au détriment du Gouvernement. Il a ainsi donné aux parlementaires une priorité sur l'ordre du jour, quatre jours avant la date du *Brexit*, mais les votes indicatifs formulés sur des motions proposant des alternatives à l'accord de Theresa May n'ont pas dégagé de ligne claire, si ce n'est celle du refus du *no deal*.

Pour éviter d'essayer un nouveau camouflet, le Gouvernement a demandé aux parlementaires de se prononcer une dernière fois, sur le seul accord de retrait sans la Déclaration politique. L'accord a été rejeté par 344 voix contre 286 le 29 mars. Le 11 avril, la date de sortie du Royaume-Uni de l'UE a encore été repoussée au 31 octobre 2019.

#### c) La démission de Theresa May après les élections européennes

La perspective ubuesque d'élections européennes dans un État encore membre, mais qui souhaite quitter l'UE se dessine. Elles ont lieu le 23 mai 2019 et voient la victoire du *Brexit Party* de Nigel Farage qui remporte 30,79% des voix et 29 sièges alors que le parti libéral-démocrate arrive au second rang avec 19,78% (16 sièges) suivi par les travaillistes qui perdent 10,7 points avec 13,74% des voix (perte de 10 sièges), du parti vert qui gagne 4 sièges (7 sièges au total et 11,78 % des voix). Le grand perdant de ce scrutin est le parti conservateur qui perd

---

<sup>44</sup> Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament, 25th edition, 2019, disponible sur le site: <https://erskinemay.parliament.uk/browse/?part=1&chapter=1>.

14,2 points et 15 sièges avec 8,86 % des voix. Le parti national écossais de Nicolas Sturgeon en gagne un, mais ne comptabilise que 3,51% des voix. `

Ces résultats confirment, au niveau européen, l'euroscpticisme de la majorité des électeurs qui s'est dégagé lors du référendum du 23 juin 2016. Les élections ont donné lieu à deux ordonnances (la seconde en référé) du Tribunal de l'Union jugeant irrecevable un recours en carence contre le Conseil et la Commission<sup>45</sup> et à un arrêt du Conseil d'État rejetant, le 31 janvier 2020, une demande de requérants individuels et du parti animaliste de saisir la Cour à titre préjudiciel et d'annuler les élections européennes de mai 2019<sup>46</sup>. A la suite de ces résultats, Theresa May a annoncé sa démission le 24 mai 2019.

## **B. Les négociations du Gouvernement Johnson et le retour à une logique majoritaire (24 juillet 2019-31 janvier 2021)**

Le changement de Premier ministre a donné lieu à un retour en force de la logique majoritaire après la tentative du Gouvernement Johnson de museler le Parlement.

- 1) Au niveau national : la prorogation surprise du Parlement et l'arrêt *Miller II* du 24 septembre 2019

Boris Johnson a été désigné nouveau *leader* des conservateurs et Premier ministre à la suite d'une procédure de *leadership contest* interne au parti le 23 juillet 2019<sup>47</sup> et non sur le fondement d'une motion de défiance, inenvisageable compte tenu de l'absence de majorité claire aux Communes. Cette désignation est la continuité logique de la victoire du *Leave* au référendum de 2016 dont le maire de Londres était l'un des emblématiques tenants. Après le refus de Boris Johnson de présenter sa candidature à la tête du parti et du Gouvernement, les électeurs qui s'étaient exprimés directement lors du référendum avaient vu leur choix court-circuité par la reprise en main de la question par leurs représentants dont la majorité n'était pas favorable au *Brexit*. En choisissant comme chef de parti et Premier ministre l'un des *leaders* du mouvement *Vote Leave*, le *leadership contest* a clarifié les choses en alignant le résultat du référendum avec la ligne politique du chef du Gouvernement. Ce mouvement de déconnexion/reconnexion entre les électeurs du referendum et leurs dirigeants montre l'importance de la clarté politique pour diriger dans le régime parlementaire britannique. Lorsque les électeurs font un choix au moment des élections (il s'agissait à l'époque d'élections référendaires), ils s'attendent à ce que le parti majoritaire et son chef soient en condition de diriger la politique nationale.

Boris Johnson est allé au bout de cette logique majoritaire puisqu'il n'a pas hésité à priver les parlementaires de son parti et de l'opposition de tout moyen d'action et de contrôle sur les négociations à venir en prenant la décision rare de suspendre le Parlement le 28 août 2019. Cette prorogation, qui doit être distinguée des vacances parlementaires ou de la dissolution de la Chambre des communes, revient à priver le Parlement de toute possibilité d'agir par la voie législative ou par la procédure de contrôle. Le Gouvernement était ainsi libre de négocier avec l'UE pendant plusieurs semaines sans que le Parlement ne puisse intervenir de quelque façon que ce soit. Cette décision a fait perdre à Boris Johnson sa majorité absolue au Parlement en raison de la défection de certains députés de son parti. Le 4 septembre, le Premier ministre a, par ailleurs, échoué à rassembler une majorité suffisante pour que la Chambre des communes

---

<sup>45</sup> Trib. UE, ord., 29 janv. 2020, aff. T-541/19, *Schindler c/ Conseil* ; Trib. UE, 31 janv. 2020, aff. T-627/19 R, *Schindler c/ Commission*.

<sup>46</sup> CE, 31 janvier 2020, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies, n° 431143.

<sup>47</sup> Il entre formellement en fonction le 24 juillet.

s'auto-dissolve sur le fondement des lourdes procédures du *FPTA* et organise de nouvelles élections afin que le Gouvernement retrouve une majorité parlementaire. Le Premier ministre a finalement été désavoué par la Cour suprême à l'unanimité de ses membres dans l'arrêt *Miller II* le 24 septembre 2019<sup>48</sup>. La Cour suprême a annulé la décision de suspendre le Parlement, sur le fondement du droit de *common law* qui, depuis des siècles encadre la prérogative royale et au nom de deux principes constitutionnels : la responsabilité devant le Parlement (*accountability*) et la souveraineté du Parlement. L'*accountability* a, dans le raisonnement de la Cour, remplacé le principe que les juges britanniques associent traditionnellement, à la suite de Dicey, à la souveraineté du Parlement : la *Rule of law*. Ce principe est toutefois implicitement présent dans cette décision, comme limite à l'exercice abusif de la prérogative royale et ce, afin de protéger le rôle du Parlement dans la démocratie représentative<sup>49</sup>. Les travaux parlementaires ont ainsi pu reprendre après la décision de la Cour suprême. Cet épisode reflète les contradictions internes au discours des *Brexiters* : ils soutiennent notamment que le *Brexit* restitue au Parlement sa souveraineté perdue<sup>50</sup> tout en privant celui-ci de toute possibilité de s'exprimer au niveau national. Cette décision n'a toutefois pas empêché le Premier ministre de faire valoir ses prétentions au niveau européen pour renégocier l'accord.

2) Au niveau européen : la renégociation de l'accord de retrait et de la Déclaration politique sur les relations futures

La renégociation avec l'UE a été relativement aisée, en dépit des annonces des négociateurs européens selon lesquelles l'accord de 2018 ne pourrait être modifié. Elle s'est principalement concentrée sur le *Backstop* donnant lieu, le 17 octobre 2019, à une révision de l'accord de retrait et du protocole sur l'Irlande du Nord, ainsi qu'à une Déclaration politique révisée sur le cadre des relations futures entre l'UE et le Royaume-Uni le 12 novembre<sup>51</sup>. Cette révision conduit notamment à la suppression du *Backstop*. Le Royaume-Uni n'est plus dans l'UE et l'Irlande du Nord a un double statut en termes de libre échange puisque les marchandises de l'UE se verront appliquer des droits de douane si elles sont destinées au Royaume-Uni alors qu'aucun droit de douane ne s'appliquera aux marchandises transitant entre l'Irlande du Nord et le Royaume-Uni. Le dispositif envisagé entraîne un traitement différencié pour l'Irlande du Nord, ce qui a conduit le *DUP* à refuser cet accord.

3) Au niveau national : l'approbation parlementaire de l'accord de retrait et de la Déclaration politique sur les relations futures révisés

Le Gouvernement Johnson a dû faire face à une résistance parlementaire assez comparable à celle du Gouvernement May, jusqu'à l'organisation d'élections anticipées qui ont permis de dégager une majorité claire.

a) De l'opposition de la Chambre des communes à sa dissolution

---

<sup>48</sup> *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*; A. Duffy-Meunier, « L'affaire de la prorogation : Miller (No 2). L'annulation de la suspension du Parlement par la Cour suprême britannique », *RFDC*, n° 125, 2021, pp. 127-159.

<sup>49</sup> *Ibid.* § 55.

<sup>50</sup> Sur cette question : G. Graham et A.L. Young, « Regaining Sovereignty? Brexit, the UK Parliament and the Common Law », *EPL*, 22, no. 1 (2016), p. 131.

<sup>51</sup> Document n° TF50 (2019) 64 du 17 octobre 2019 emportant la modification de l'accord de retrait. Déclaration politique fixant le cadre des relations futures entre l'Union européenne et le Royaume-Uni 2019/C384 I/02, JO C 384 I du 12 novembre 2019.

Le Gouvernement Johnson s'est heurté à plusieurs obstacles lors de la discussion du résultat de ses négociations au Parlement. Le premier : le *EU (Withdrawal) (n° 2) Act 2019* ou loi Benn reporte le *Brexit* au 31 janvier 2021 si aucun accord n'est conclu avant le 19 octobre 2019 et si le Parlement ne vote pas explicitement en faveur du *no deal*. Ce texte promulgué le 9 septembre encadre également les pouvoirs du Gouvernement en matière internationale par l'adjonction d'un projet de lettre de demande de report destiné au Conseil européen.

Le second, la motion du député Letwin, impose que l'adoption de la loi incorporant l'accord de retrait et la Déclaration sur les relations futures dans l'ordre juridique britannique précède l'approbation de l'accord par les parlementaires pour que celui-ci puisse réellement avoir un effet. Cette motion, proposée à l'occasion de l'approbation de l'accord, le 19 octobre 2020, a retardé l'ensemble du processus, car l'approbation de l'accord ne peut avoir lieu avant que le projet de loi d'incorporation ne soit adopté. Boris Johnson a donc échoué à faire adopter cet accord révisé et a demandé, à contre-cœur, le report du *Brexit* au 31 janvier 2021<sup>52</sup>.

Après cet échec, le troisième obstacle a été le refus du *Speaker*, cohérent avec le précédent appliqué au Gouvernement May, de voir l'accord et la Déclaration politique de Boris Johnson soumis une nouvelle fois au Parlement. Le 21 octobre 2019, afin de suivre la motion Letwin, le *European Union (Withdrawal Agreement) Bill 2019* dont l'objet principal est de donner effet à l'accord de retrait dans l'ordre juridique interne, a été déposé sur le bureau de la Chambre des communes. Le délai a toutefois été trop court pour qu'il termine son parcours parlementaire d'ici le 31 octobre, date du *Brexit*. La date de sortie du Royaume-Uni de l'UE est, une nouvelle fois, reportée au 31 janvier 2021.

C'est, en dernier lieu, dans un tel contexte que les tentatives de Boris Johnson de réunir une majorité des deux tiers afin de déclencher des élections anticipées sur le fondement du *FTPA*, ont échoué à trois reprises le 4 septembre 2019, le 9 septembre 2019 et, après avoir négocié l'accord, le 28 octobre 2019. Pour contourner la procédure d'auto-dissolution prévue par le *FTPA*, le Gouvernement a fait adopter une loi le 12 décembre : le *Early Parliamentary General Election Act 2019*, qui permet d'organiser des élections anticipées en dehors de cette procédure. Les règles que l'on trouve généralement dans une Constitution rigide peuvent être contournées, en toute légalité, par des lois ordinaires, ce dont a profité le Premier ministre pour dissoudre, le 6 novembre 2019, la Chambre des communes.

#### b) Des élections législatives dégageant une large majorité conservatrice

Les élections générales du 12 décembre 2019 voient une large victoire des conservateurs. Légitimé par ce nouveau mandat des électeurs le Gouvernement de Boris Johnson, majoritaire à 80 députés, parvient à faire adopter par 330 voix contre 231, le *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* qui est promulgué le 23 janvier 2020. L'objet de ce texte est de mettre en œuvre et de prendre des dispositions relatives à l'accord entre le Royaume-Uni et l'UE.

Ce texte<sup>53</sup> contient des dispositions très hétéroclites. Il prévoit que le *EC Act 1972* et certaines *EU-derived domestic legislations* continuent à s'appliquer pendant la période de transition. Il modifie les modalités de ratification des traités prévues par le *Constitutional Reform and Governance Act 2010 (CRGA)* et abroge la procédure de *meaningful vote* de la section 13 du *EU (Withdrawal) Act 2018*. Le *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* amende la loi de 2018 (Section 25 à 28), réduit le contrôle parlementaire sur la ratification des traités et sur leur incorporation en droit interne (section 29 à 32) et rétablit la marge de manœuvre gouvernementale qui existait avant le *CRGA*, ce qui facilitera les négociations pour

---

<sup>52</sup> Pour plus de détails sur les circonstances de ce report cf. A. Antoine, *Brexit. Une histoire anglaise*, op.cit., p. 392. La Cour of Session a été saisie, mais le recours suspendu par le juge Dale, *Vince and others v. The Advocate General* [2019] CSIH 51.

<sup>53</sup> Distinct de celui déposé lors de la législature précédente le 21 octobre.



le traité sur les relations futures. Ces éléments montrent combien dans une Constitution souple l'absence de garantie supra-législative conduit à une insécurité juridique<sup>54</sup> pour des questions aussi essentielles que la ratification des traités.

Le traité a finalement été signé par le Premier ministre le 24 janvier 2020 et approuvé par le Parlement européen le 29 janvier, permettant une sortie progressive du Royaume-Uni de l'UE le 31 janvier. Cette date marque, en effet, le début d'une période de transition d'un an durant laquelle la dernière étape des négociations a transformé la Déclaration politique sur les relations futures en un Traité.

- 4) Au niveau européen : l'ultime négociation du Traité sur les relations futures avec l'UE (1<sup>er</sup> février 2020 - 31 décembre 2020)

Une période de transition durant laquelle le Royaume-Uni est resté membre de l'Union s'est ouverte jusqu'au 31 décembre 2020, date à laquelle les négociations sur les relations futures avec l'UE ont donné lieu à la conclusion d'un Traité de commerce et de coopération (*UK-EU Trade and Cooperation Agreement (the 'TCA') and associated Agreements*). Durant cette période, le Royaume-Uni a continué à respecter le droit et les politiques de l'Union mais disposait d'un statut particulier, puisqu'il n'avait plus le droit de participer ou d'être associé au processus décisionnel européen. Dans le même temps, dès janvier 2020, les négociations ont débuté. Les attentes des deux parties étaient différentes et il n'est pas question de rentrer dans le détail de ces négociations ni dans celui de l'accord final qui pouvait suivre différents modèles<sup>55</sup>. Lors d'une rencontre avec la Présidente de la Commission le 8 janvier 2020, Boris Johnson a fixé comme date de fin de négociation le 31 décembre 2020 et a exclu l'alignement des juridictions britanniques sur la CJUE ainsi que sur les règles des zones de pêche et de contrôle migratoire. Ursula Von der Leyen a, quant à elle, insisté sur la nécessité que les britanniques ne fassent pas de dumping contre l'UE et s'inscrivent dans la perspective d'une concurrence équitable (droit du travail, environnement, aides publiques). Si l'Europe est apparue unie dans la négociation de l'accord de retrait, elle s'est révélée plus désunie sur le futur accord de commerce et de coopération. Le *Trade and Cooperation Agreement (TCA)* a été signé sur le fil le 30 décembre 2020 par le Premier ministre sans que le Parlement n'en ait contrôlé la ratification (puisque les conditions du contrôle parlementaire et du *meaningful vote* ont été écartées par le *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*). Il a ensuite été approuvé en 48 heures par la voie du *European Union (Future Relationship) Act 2020* le 31 décembre 2020, s'est appliqué de façon provisoire du 1<sup>er</sup> janvier au 1<sup>er</sup> mai 2021 et a été ratifié par le Parlement européen le 28 avril, date de son entrée en vigueur. Depuis 1<sup>er</sup> janvier 2021, le droit de l'UE et toutes les libertés de circulation qui y sont rattachées ont cessé de s'appliquer au Royaume-Uni. Les conséquences sur la libre circulation des personnes sont significatives<sup>56</sup>. Une telle liberté, qui était l'un des éléments fondamentaux du statut de citoyen européen et qui donnait sens à l'idée fédérale européenne, est remise en cause puisque les personnes ne peuvent plus circuler et franchir librement les frontières entre l'UE et le Royaume-Uni.

Au-delà de son contenu, les modalités selon lesquelles l'accord de retrait a été incorporé montrent le retour à une gouvernance primo-ministérielle et l'affaiblissement du contrôle parlementaire dans laquelle s'inscrit le Gouvernement conservateur.

---

<sup>54</sup> V. Bogdanor, *Brexit and our Unprotected Constitution*, The Constitution Society, 2018, 44 p.

<sup>55</sup> A ce sujet, P. Craig, « Brexit a drama, the endgame – Part II : Trade, Sovereignty and Control », *E.L. Review*, 2021, 46(2), p. 132 et s. ; L. Coutron et O. Dubos, « Le Royaume-Uni et l'Union européenne après le Brexit : une fâcheuse conséquence », *op. cit.*, p. 281 esquissent les différents modèles envisageables ; « The UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Brexit is done, long live Brexit! », Editorial, *E.L. Rev.* 2021, 46(1), p. 1.

<sup>56</sup> E. Spave, « Mice or horses? British citizens in the EU 27 after Brexit as "former EU citizens" », *E.L. Rev.* 2019, 44(5), p. 589.

### III. Les conséquences du Brexit

Le Brexit, comme « moment constitutionnel »<sup>57</sup>, est à l'origine d'une « instabilité constitutionnelle »<sup>58</sup>. Elle se manifeste à de multiples niveaux tant normatifs (A) qu'institutionnels (B).

#### A. Les conséquences normatives

Est-il possible de revenir sur presque 50 ans d'influence du droit de l'UE ? Les traces laissées par le droit de l'UE témoignent de la dimension quasi-irréversible du droit de l'UE<sup>59</sup> et de la complexité normative qui en résulte<sup>60</sup>. Ce constat se traduit au niveau des sources écrites, notamment des lois, et à propos des sources de *common law*.

##### 1) Les conséquences sur le droit écrit

###### a) La persistance d'un statut spécifique du droit de l'UE

Le droit de l'UE a considérablement irrigué le droit écrit britannique qui ne peut totalement s'en libérer. Ainsi, le droit de l'Union dispose désormais d'un statut spécifique en droit interne qui le distingue des autres sources du droit interne. Ce statut est prévu par le *EU (Withdrawal) Act 2018* tel que modifié par le *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* qui crée une nouvelle catégorie juridique dans le droit britannique : le droit de l'Union maintenu, dénommé *retained EU law*. On peut distinguer au sein de cette catégorie les *EU-derived domestic legislations* qui maintiennent les textes britanniques qui ont transposé le droit de l'Union jusqu'au jour du *Brexit* et les *EU direct legislations*, qui renvoient au droit de l'Union ayant un effet direct, comme les règlements européens. Cette nouvelle catégorie de source juridique montre que la sortie d'un État membre ne peut avoir pour conséquence une réversibilité totale du droit de l'UE.

###### b) La persistance de restrictions à la primauté des lois et à la souveraineté du Parlement

La volonté politique de « reprendre le contrôle » (*Take back control*) du camp du *Leave* lors de la campagne référendaire conduit à des incohérences et à des paradoxes. La reprise en main de la souveraineté de l'État ne conduit pas nécessairement à une restauration de la souveraineté parlementaire<sup>61</sup>.

D'abord, la section 8 du *European Union (Withdrawal) Act 2018* donne aux ministres la possibilité de modifier le droit de l'Union maintenu (*Retained EU Law*) quelle que soit sa valeur, législative ou réglementaire, pour corriger des défaillances survenant en raison du retrait

---

<sup>57</sup> M. Elliott, « The United Kingdom's constitution and Brexit: A 'constitutional moment'? », [2020] *Horitsu Jiho* p. 15, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 22/2020; V. Bogdanor, « Brexit could prove to be Britain's constitutional moment », 27 février 2019, [blogs.lse.ac.uk](https://blogs.lse.ac.uk).

<sup>58</sup> C. O'Conneide, « The UK's Post-Brexit 'Constitutional Unsettling' », *VerfBlog*, 2021/4/16.

<sup>59</sup> Cf. notamment D. Baranger, « Brexit as a Constitutional Decision: An Interpretation », *Jus Politicum*, n° 21 [<http://juspoliticum.com/article/Brexit-as-a-Constitutional-Decision-An-Interpretation-1241.html>], p. 15.

<sup>60</sup> Pour plus de précisions, cf. A. Duffy-Meunier, « Réflexion de nature constitutionnelle sur la loi sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, l'European Union (Withdrawal) Act 2018 », *op.cit.* et « Les rapports entre le droit administratif britannique et le droit de l'Union européenne », in P. Cossalter et G. Guglielmi (dir.), *L'Internationalisation du droit administratif*, Éditions Panthéon-Assas, 2020, pp. 217-235.

<sup>61</sup> Sur cette distinction cf. M. Elliott, « Legal kryptonite? Parliamentary sovereignty, international law and the Internal Market Bill », 10 octobre 2020, [publiclawforeveryone.com](https://publiclawforeveryone.com).

et s'ils l'estiment approprié. Cette disposition, qui permet à un acte réglementaire de modifier des lois, pose un problème du point de vue de la primauté des lois et de l'articulation entre les différentes sources du droit selon qu'elles relèvent ou non du droit de l'Union maintenu.

Ensuite, le principe d'effet direct et de primauté continue à s'appliquer en vertu des sections 4 et 5 du *European Union (Withdrawal) Act 2018*. S'agissant de la primauté, cette application est partielle. Il faut qu'elle soit utile à « l'interprétation, la non-application ou l'annulation de toute promulgation ou règle de droit adoptée avant le jour de sortie ». En revanche, « le principe de primauté du droit de l'Union ne s'applique pas à toute promulgation ou règle de droit effectuée ou adoptée au jour de la sortie ». Ainsi, le droit de l'Union maintenu en droit interne continue à avoir une valeur supérieure aux lois, mais des lois postérieures au *Brexit* peuvent abroger ce droit<sup>62</sup>.

Enfin, le *TCA* est un moyen pour le Royaume-Uni de réaffirmer sa souveraineté au niveau international, en renforçant sa capacité d'agir de façon unilatérale. Cette souveraineté reste toutefois limitée par le contenu du traité et l'organisation institutionnelle qu'il prévoit<sup>63</sup>. Le *European Scrutiny Committee* a, d'ailleurs, publié un rapport le 9 avril 2021 demandant à ce que le Parlement britannique soit mieux informé du travail de la Commission commune chargée de veiller à l'application, la mise en œuvre et l'interprétation de l'accord de retrait<sup>64</sup>.

## 2) Les conséquences sur le droit de *common law*

Comme le droit écrit, la jurisprudence de la CJUE continue à avoir un effet partiel. Les Cours britanniques doivent encore utiliser la jurisprudence et les principes généraux du droit de l'UE antérieurs au *Brexit* dans des contentieux relatifs à la validité, au sens ou aux effets du droit de l'Union maintenu (section 6 (3) du *European Union (Withdrawal) Act 2018*). La jurisprudence postérieure au *Brexit* ne lie, quant à elle, pas les Cours. Selon la section 6 (1) et (2) du *European Union (Withdrawal) Act 2018*, les Cours britanniques ne sont pas tenues de respecter des principes ou des décisions prises par la Cour de Justice de l'UE et n'ont pas à renvoyer de question préjudicielle à la Cour de justice après le *Brexit*. En revanche, les juridictions « peuvent tenir compte de tout ce qui a été fait après le jour de sortie par la Cour de Justice de l'UE, d'autres organes de l'Union ou l'UE si cela est pertinent pour résoudre toute question devant une Cour ou un tribunal ».

Le droit jurisprudentiel de l'Union antérieur au *Brexit* est, en principe, soumis à un régime identique à celui de la jurisprudence nationale. La Section 6(5) de la loi de 2018 prévoit, en effet, que « Lorsqu'elles décident de s'écarter d'une jurisprudence de l'UE qui aurait été maintenue, la Cour suprême et la *High Court of Justiciary* [juridiction suprême pénale en Ecosse] doivent appliquer le même standard que celui qu'elles devraient appliquer lorsqu'elles décident de s'écarter de leur propre jurisprudence ». Toutefois, la dernière version de cette disposition modifiée par le *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* remet en cause temporairement ce régime. Les ministres ont, pour un temps limité (avant la fin de la période de transition), la possibilité de prendre des règlements indiquant « l'étendue ou les circonstances dans lesquelles une cour ou un tribunal compétent n'est pas lié par la jurisprudence de l'Union européenne maintenue », « les test qu'une cour ou un tribunal compétent doit appliquer en décidant de s'écarter de la jurisprudence de l'Union européenne maintenue » et « les considérations » qui doivent être prises en compte par la Cour suprême, la

---

<sup>62</sup> Lord Sales, « Implication of Brexit and Covid-19 for UK Law », New Zealand Senior Courts Judges' Conference, Tauranga, 15-17 April 2021.

<sup>63</sup> P. Craig, « Brexit a Drama, the endgame – Part II : Trade, Sovereignty and control », *op. cit.*, p. 19.

<sup>64</sup> European Scrutiny Committee, *Northern Ireland Protocol: Withdrawal Agreement Joint Committee Decisions and declarations*, 17 December 2020 (HC 1343), 9 April 2021.

Haute Cour de justice ou la Cour ou le Tribunal compétent<sup>65</sup>. Ce pouvoir a été étendu à la Cour d'appel et aux juridictions de niveau équivalent<sup>66</sup>.

Cette faculté de se départir de précédents judiciaires concernant le droit de l'UE maintenu contribue à une remise en cause de la sécurité juridique, de la règle du précédent et du « respect traditionnel de la hiérarchie judiciaire » et affecte la *Rule of Law*<sup>67</sup>. En effet, il ne s'agit pas seulement de ne plus tenir compte des jugements de la CJUE, mais aussi de permettre à des juridictions inférieures comme la Cour d'appel de ne pas se sentir liées par les décisions de la Cour suprême relative au droit de l'Union maintenu rendues avant la fin de la période de transition<sup>68</sup>.

## B. Les conséquences institutionnelles

Outre la victoire du parti conservateur aux élections locales du 6 mai 2021, confirmant la tendance électorale des élections générales du 12 décembre 2019, l'une des conséquences institutionnelles les plus visibles au niveau local est le constat de désunion du Royaume-Uni. Au niveau national et dans un contexte désormais marqué par la crise du Coronavirus<sup>69</sup>, les rapports interinstitutionnels et les projets de réforme révèlent une volonté du Gouvernement Johnson d'affaiblir les contre-pouvoirs, parlementaire et judiciaire, au nom de l'efficacité gouvernementale<sup>70</sup>.

### 1) Un « Royaume désuni »

La désunion des régions et leur faible poids s'est révélé en amont du *Brexit*. Les modalités de négociation ont, en apparence, donné aux régions la possibilité de se faire entendre à travers le *Joint committee*, mais en pratique, leur voix n'a pas porté<sup>71</sup>, puisque les relations internationales relèvent du Gouvernement central. Par ailleurs, les compétences législatives des régions sont limitées en vertu des sections 8 à 12 du *EU Withdrawal Act 2018* car le Gouvernement peut les empêcher de modifier le droit de l'Union maintenu dans les domaines identifiés par un ministre britannique alors même que cela relève de leur champ de compétence.

Une fois l'accord de retrait et la Déclaration politique sur les relations futures approuvés, le Gouvernement écossais a demandé à Boris Johnson l'organisation d'un nouveau référendum sur l'indépendance de l'Écosse, ce que le Premier ministre a refusé le 14 Janvier 2020. Il n'est pas certain que l'opposition de la majorité des électeurs écossais au *Brexit* se concrétise, à plus long terme, par un nouveau projet de référendum, comme le souhaiterait Nicola Sturgeon<sup>72</sup>.

En Irlande du Nord, le Protocole à l'Accord de retrait écarte un retour à une frontière (qui est reportée à la mer d'Irlande) a été à l'origine de tension entre les deux Irlande au mois d'avril

---

<sup>65</sup> Section 5A du *European Union (Withdrawal) Act 2018*.

<sup>66</sup> Ministry of Justice, *Government response to consultation: Response to the Consultation on the Departure from retained EU case law by UK courts and tribunals*, October 2020, CP 303, p. 36.

<sup>67</sup> D. Feldman, « Departing from Retained EU Case law », U.K. Const. L. Blog (11th Jan. 2021) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

<sup>68</sup> Lord Sales, « Implication of Brexit and Covid-19 for UK Law », *op. cit.*, p. 4-6.

<sup>69</sup> A. Duffy-Meunier, « La lutte contre le coronavirus et les droits et libertés au Royaume-Uni. La démocratie britannique face à l'urgence sanitaire », *Confluence des droits-La revue* [En ligne], 07 | 2020, mis en ligne le 24 juillet 2020. URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1260>.

<sup>70</sup> Constitution Unit, *Johnson's Constitutional Reform Agenda: Conference*, 17-18 June 2021.

<sup>71</sup> P. Craig, « Brexit a drama : the endgame – Part I », *E.L. Rev.*, 2020, 45(2), 163-182, p. 6 ; A. Duffy-Meunier, « La vision britannique du vivre ensemble », in C. Bouriau, M. Rota ET A. Moine (dir.), *Le vivre ensemble saisi par le droit*, Éditions Pédone, 2021, pp. 281-295 ; A. Guigue, « Le Brexit et les autorités dévolues », *RFDA*, 2020 p. 415.

<sup>72</sup> J. Allardyce, *English voters oppose new Scottish independence referendum*, July 1 2021, [www.thetimes.co.uk](http://www.thetimes.co.uk).

dernier<sup>73</sup>. La situation montre que la dimension fédérale de l'UE - qui est, dans une moindre mesure que le fédéralisme américain un entre-deux entre droit constitutionnel et international<sup>74</sup> - a directement touché les citoyens et pacifié les conflits et que le *Brexit* pourrait raviver les tensions. L'application du Protocole est à l'origine de difficultés concernant les échanges entre l'Irlande et la Grande Bretagne et a même fait l'objet d'un recours juridictionnel que la Haute Cour nord-irlandaise a rejeté le 30 juin 2021<sup>75</sup>. Le Premier ministre britannique envisage même de renégocier le Protocole, ce qu'a refusé la Présidente de la Commission européenne.

## 2) Une accentuation du déséquilibre des pouvoirs au profit de l'exécutif

Au niveau national, une volonté du Gouvernement de s'affranchir d'un certain nombre de contraintes politiques et juridiques se dessine. Le projet de réforme du droit de dissolution, la réforme de la procédure de *judicial review* et des droits et libertés, qui faisaient partie du programme politique du parti conservateur lors des élections législatives de 2019<sup>76</sup>, s'inscrivent dans une volonté de réduire les contre-pouvoirs parlementaires et juridictionnels.

### a) Le projet de reprise en main du droit de dissolution

Le *Brexit* a eu des répercussions sur les moyens d'action réciproques entre le Gouvernement et la Chambre des communes : la dissolution et la motion de défiance. La difficulté du Gouvernement à réaliser la sortie de l'Union et à pouvoir trancher des conflits politiques grâce au droit de dissolution explique ce projet de réforme, qui semble marquer un retour à une « gouvernance constitutionnelle traditionnelle »<sup>77</sup>. Ce droit a été rationalisé par le *FTPA* de 2011, date à laquelle il était censé protéger la coalition conservatrice/libérale-démocrate en place. Ce texte rendait possible la dissolution des Communes à condition que les deux partis, conservateur et libéral-démocrate, s'entendent pour déposer une motion de censure constructive à une majorité renforcée et qu'il n'y ait pas de majorité de substitution ou dans l'hypothèse d'une auto-dissolution. Cette rationalisation a eu pour conséquence de priver le Premier ministre de l'arme de dissolution tactique qui était traditionnellement la sienne en cas de difficulté à gouverner. Elle a d'ailleurs permis à Theresa May d'organiser des élections anticipées en juin 2017, mais a bloqué les diverses tentatives de Boris Johnson qui a dû contourner les règles du *FTPA* avec le *Early Parliamentary General Election Act 2019*. C'est notamment la raison pour laquelle son Gouvernement propose d'abroger le *FTPA* avec un texte qui ne reviendrait pas en arrière, mais qui accentuerait le rôle du Gouvernement<sup>78</sup>. Le *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, qui soulève notamment la question de savoir si une loi peut restaurer un pouvoir qui appartenait à la prérogative royale et qui contient des dispositions excluant tout contrôle juridictionnel (*ouster clause*)<sup>79</sup>, a été déposé le 12 mai 2021 devant les Communes.

---

<sup>73</sup> C. Ducourtieux, « Après huit nuits de violence à Belfast, peu d'espoir d'un retour rapide à la normale », [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr), 12 avril 2021.

<sup>74</sup> E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de la Haye*, Leiden, Boston, Brill, cop. 2008.

<sup>75</sup> *Allister (James Hugh) et al's Application AND In the matter of the Protocol NI* [2021] NIQB 64 ; M.-C. Considère-Charon, « La question du Protocole nord-irlandais est-elle en passe d'être résolue ? », 5 juillet 2021, <https://brexit.hypotheses.org/category/actualites>.

<sup>76</sup> *Get Brexit Done; Unleash Britain's Potential*, The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019, p 48.

<sup>77</sup> C. O'Conneide, « The UK's Post-Brexit 'Constitutional Unsettling' », *op.cit.*

<sup>78</sup> A.L. Young, « The Draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill: Turning Back the Clock? », *U.K. Const. L. Blog* (4th Dec. 2020) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

<sup>79</sup> House of Commons, House of Lords, *Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act*, Report, HC 1046 HL, 24 March 2021.

b) La remise en cause des engagements internationaux et du recours pour excès de pouvoir

Le Gouvernement Johnson a pris des décisions donnant lieu à des tensions avec l'UE, qui se sont manifestées au cours ou à la suite des négociations. Au nom de la souveraineté du Parlement, la Partie 5 de l'*Internal Market Bill*, qualifiée par certains auteurs « d'infâme »<sup>80</sup> et déposée au Parlement début septembre 2020, permettait aux Ministres de prendre, en toute connaissance de cause, des réglementations qui méconnaissent l'accord de retrait et le Protocole sur l'Irlande du Nord (section 45 du projet de loi) et contre lesquels tout recours pour excès de pouvoir était exclu (section 42 et 43). Ces dispositions ont été prises au nom de la souveraineté du Parlement. Ce principe autoriserait, selon l'*Attorney General*, de remettre en cause dans un système dualiste les lois incorporant les traités négociés, signés et ratifiés<sup>81</sup>.

Cette disposition s'inscrit dans la continuité de textes législatifs valorisant la souveraineté du Parlement en la consacrant explicitement. La section 38 (1) du *EU (Withdrawal Agreement) Act 2020* intitulée « souveraineté parlementaire » affirme qu'« Il est reconnu que le Parlement du Royaume-Uni est souverain ». Ce texte est encore plus solennel et explicite que la clause de souveraineté introduite par la section 18 du *European Union Act 2011*. La Section 38 (2) de la loi de 2020 apporte un certain nombre de précisions indiquant que la souveraineté du Parlement subsiste malgré l'existence du droit de l'Union directement applicable ou ayant un effet direct et malgré les autres dispositions qui confèrent au droit de l'Union un effet en droit interne après la sortie du Royaume-Uni de l'UE. Cette consécration de la souveraineté parlementaire s'inscrit dans le cadre d'un discours politique instrumentalisant ce principe pour donner toute liberté au Gouvernement, y compris celle de remettre en cause ses engagements internationaux, et qui confond souveraineté parlementaire et souveraineté de l'État au niveau international<sup>82</sup>.

Ces dispositions posent de réelles difficultés du point de vue du respect de la *Rule of Law*, car ce principe implique l'existence d'un contrôle juridictionnel des décisions de l'exécutif. L'ancien Président de la Cour suprême est même allé jusqu'à parler d'un risque de « dictature »<sup>83</sup> et la Commission européenne a initié une procédure de recours en manquement à l'Accord de retrait à propos de l'*Internal Market Bill* le 1<sup>er</sup> octobre 2020. Elle a également déclenché le 15 mars 2021 une même procédure parce que le Royaume-Uni avait étendu de façon unilatérale la période durant laquelle les droits de douane sont adaptés avant l'application effective de l'Accord de commerce et coopération. La frontière nord-irlandaise avait également donné lieu, le 29 janvier 2021, à une crise initiée, cette fois-ci, par la Commission. Elle a décidé d'instaurer un mécanisme de contrôle des échanges entre les deux Irlande dans le contexte de la politique sanitaire liée à la crise du Covid, mais est rapidement revenu sur cette décision.

c) Le projet de réforme du recours en *judicial review*

Le projet de réforme de la procédure de *judicial review*, comme celle du droit de dissolution, s'explique par des motivations conjoncturelles puisqu'il est liée à l'échec de Boris Johnson devant la Cour suprême dans l'affaire *Miller II*. Dans son programme politique de 2019, le parti conservateur a proposé « d'actualiser le *HRA* et le droit administratif afin de s'assurer qu'il y ait un équilibre approprié entre les droits des individus, notre sécurité nationale vitale et un

---

<sup>80</sup> A.L. Young, « The Draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill: Turning Back the Clock? », *op.cit.*

<sup>81</sup> HMG Legal Position: *UKIM Bill And Northern Ireland Protocol*.

<sup>82</sup> M. Elliott, « Legal kryptonite? Parliamentary sovereignty, international law and the Internal Market Bill », *op.cit.*

<sup>83</sup> O. Bowcott, « Brexit strategy risks UK 'dictatorship', says ex-president of supreme court », 7 octobre 2020, [theguardian.com](https://www.theguardian.com).

gouvernement efficace »<sup>84</sup>. Le Gouvernement a mis en place, le 31 juillet 2020, l'*Independent Review of Administrative Law* dont la mission est de s'interroger sur la codification du recours en *judicial review*, sur la clarification des questions de justiciabilité. « Elle devrait tenir compte de la façon dont l'intérêt légitime des citoyens à pouvoir contester la légalité d'une action de l'exécutif peut être correctement mis en balance avec le rôle de l'exécutif de gouverner efficacement en vertu du droit »<sup>85</sup>.

Après que le droit européen a influencé les branches du droit et notamment du droit administratif<sup>86</sup> en renforçant le contrôle juridictionnel, le projet de réforme du recours pour excès de pouvoir en affaiblit la portée. Il s'inscrit, en ce sens, dans la continuité de la réforme du *judicial review* de 2015, qui avait donné lieu à une levée de bouclier parce qu'elle restreignait le recours en *judicial review* et remettait en cause la *Rule of Law*<sup>87</sup>. Les principales conclusions auxquelles la Commission sur la réforme administrative est parvenue sont qu'il ne devrait pas y avoir de codification de la procédure de *judicial review* concernant les fondements du recours pour excès de pouvoir et que la question de la justiciabilité des actes administratifs ne devrait pas être réformée. La Commission s'est également opposée à une réforme de l'approche des Cours dans leur prise de décision, mais s'est déclarée favorable à de modestes réformes procédurales<sup>88</sup>.

### 3) La protection des droits et libertés

Le *Brexit* a eu pour conséquence de mettre un terme aux libertés de circulations et à la protection assurée par la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>89</sup>. La section 5 (4) de la loi prévoit désormais que « la Charte des Droits fondamentaux ne fait plus partie du droit interne au jour de la sortie du Royaume-Uni ». Toutefois, la suppression de la Charte n'a pas de conséquence sur le maintien dans l'ordre interne des droits ou principes fondamentaux reconnus en dehors de la Charte. Ainsi, les droits ou principes que le droit interne aurait absorbé et reconnu *proprio motu* ont toujours une valeur juridique. Mais il apparaîtra sans doute, en pratique, qu'ils sont peu nombreux à être reconnus de façon générale en dehors du droit de l'Union qui aurait été maintenu.

Cette perspective révèle donc que la protection des droits et liberté va principalement être assurée par le droit de la CEDH tel qu'il a été incorporé par le *HRA*. Le Gouvernement a pourtant envisagé de réformer le *HRA*, encore une fois, au nom de l'efficacité gouvernementale laissant peut-être augurer une restriction du niveau de protection qu'il assure actuellement. Ceci est d'autant plus problématique que le *HRA* ne permet pas aux juges, contrairement au droit de l'UE de priver d'effet des lois contraires aux droits fondamentaux. Les citoyens britanniques pourraient, par conséquent, se voir privés de certains droits fondamentaux, comme

---

<sup>84</sup> *Get Brexit Done. Unleash Britain's Potential*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>85</sup> *Terms of Reference- Independent Review of Administrative Law*.

<sup>86</sup> A. Duffy-Meunier, « Les rapports entre le droit administratif britannique et le droit de l'Union européenne », *op. cit.* ; N. Gabayet, « Les mutations du droit administratif anglais sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP*, 2017, p. 295.

<sup>87</sup> Cf. Chronique *RFDC*, n°112, 2017.

<sup>88</sup> L. Marsons, « The UK's Independent Review of Administrative Law report – findings, recommendations, and pleas », 24 mars 2021, [www.adminlawblog.org](http://www.adminlawblog.org) ; P. Craig, « The Panel Report and the Government's Response », U.K. Const. L. Blog (22nd March 2021) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

<sup>89</sup> C. Barnard, « So long, farewell, auf wiedersehen, adieu: Brexit and the Charter of Fundamental Rights », *MLR*, 2019, 82(2), pp. 350-366; A. Duffy-Meunier, « Le Brexit et la protection des droits de l'Homme. Human Rights in the context of Brexit », in G. Gadbin-Georges et Juliette Ringeisen-Biardeaud (dir.), *op.cit.*, 2018, pp. 99-119, A. Iliopoulou-Penot, « Le Brexit et les droits des citoyens », *RFDA*, 2020, p. 420.

l'interdiction des discriminations, dont la protection était plus solide au niveau de l'UE<sup>90</sup>. Le *HRA* a fait l'objet d'une procédure d'examen par une Commission indépendante<sup>91</sup> et par le *Joint Committee on Human Rights*, qui a estimé, le 4 mars 2021, qu'il n'y avait pas de raison de réformer cette loi. Le Lord Chancelier, Robert Buckland, s'est également prononcé en ce sens, écartant l'idée d'un retrait de la CEDH. Ces différents projets s'inscrivent dans un programme plus général de réformes constitutionnelles annoncé par le Lord Chancellor le 21 juin 2021<sup>92</sup>, qui concernerait également le *Constitution Reform Act 2005* et les qualifications exigibles pour exercer la fonction de Lord Chancelier.

\*\*\*

Pour conclure, la rupture des liens entre le Royaume-Uni et l'UE soulève une question, plus générale, de la perte d'influence du droit continental écrit sur le droit coutumier britannique à travers différentes considérations.

Un mouvement de « dé-constitutionnalisation » va-t-il remplacer la constitutionnalisation que le droit de l'Union a suscitée avec le contrôle de conventionnalité des lois ou la reconnaissance de lois constitutionnelles<sup>93</sup> ? Le statut particulier du droit de l'UE maintenu incite pour le moment à apporter une réponse négative à cette question. La sortie de l'UE va-t-elle, au contraire, être à l'origine d'un sursaut conduisant à repenser le cadre coutumier en faveur d'une Constitution formelle ? La complexité du processus de sortie et les velléités d'efficacité du Gouvernement Johnson font réfléchir à l'intérêt<sup>94</sup> d'une telle Constitution comme instrument de limitation des pouvoirs. L'existence d'un pacte constitutionnel formel éviterait, en effet, que les gouvernants jouent avec la flexibilité des règles constitutionnelles à leur profit pour réduire toute forme de contre-pouvoir. Une telle écriture n'est toutefois pas à l'agenda du Gouvernement, ce qui confirme la persistance de l'exceptionnalisme constitutionnel britannique et du conservatisme qui caractérise cette Constitution historique.

Par ailleurs, de par leur appartenance à l'UE, les juges britanniques se sont, quelque peu, éloignés des autres juges de *common law* et ont été influencés, dans le champ du droit public notamment, par des principes plus continentaux qu'anglo-saxons<sup>95</sup> (la proportionnalité, par exemple). En 2016, Sophie Boyron posait la question du souhait des juges britanniques de préserver la tradition juridique britannique vis-à-vis de l'influence du droit continental dont le droit européen serait le vecteur<sup>96</sup>. Un retour à des règles jurisprudentielles plus spécifiques à la *common law* - qui pourrait contribuer à renforcer les liens avec les autres juges de *common law* s'inscrivant ainsi dans le projet de *Global Britain* des conservateurs - aura-t-il vraiment lieu ? Rien n'est moins sûr, le *EU (Withdrawal) Act 2018* montre bien que des traces du droit de l'UE devraient se maintenir dans le droit écrit comme dans la *common law*, laissant persister un acquis de l'Union européenne et, indirectement sans doute du droit continental. En effet, la réversibilité complète du droit de l'UE et de la jurisprudence de la CJUE heurterait de front l'esprit du droit de *common law*, comme celui de la Constitution britannique, plus propices aux

---

<sup>90</sup> T. Ahmed, « Brexit, discrimination and EU (legal) tools », *EL Rev.* 2019, 44(4), p. 515; C. O'Brien, « Between the devil and the deep blue sea: vulnerable EU citizens cast adrift in the UK post-Brexit », *CML Rev.* 2021, 58(2), p. 431.

<sup>91</sup> *L'Independent Human Rights Act Review*.

<sup>92</sup> The Rt Hon Robert Buckland QC MP gave a speech about judicial review and the rule of law, 21 juin 2021.

<sup>93</sup> *Factortame Ltd v. Secretary of State for Transport, op. cit.*; *Thoburn v. Sunderland City Court, op. cit.*; *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport, op. cit.*

<sup>94</sup> M. Elliott, « The (constitutional) state we're in: A week in British politics », 13 septembre 2020.

<sup>95</sup> Lord Sales, « Implication of Brexit and Covid-19 for UK Law », *op. cit.*, p. 9.

<sup>96</sup> S. Boyron, « The Judiciary's Self-Determination, the common law and Constitutional Change », *EPL*, 2016, p. 149. Cf. également, Lord Neuberger, « Has the identity of English Common law been eroded by EU Law and the European Convention On Human Rights », Faculty of Law, National University of Singapore, 18 August 2016.



évolutions qu'aux révolutions. Là réside l'un des paradoxes du *Brexit* : la majorité des électeurs a souhaité un changement radical que la nature de leur Constitution, plus propice au conservatisme, n'est pas en mesure de leur accorder.