

Le renforcement du contrôle juridictionnel par la Cour suprême du Royaume-Uni

Nathan FLORE⁽¹⁾

Étudiant en master en science politique – ULiège

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

I.	Introduction	108
II.	Déférence traditionnelle des juges à l'égard du Parlement: conséquence de la doctrine diceyenne	109
	A. Souveraineté parlementaire	109
	B. <i>Rule of law</i>	109
	C. Constitution orthodoxe et déférence judiciaire	109
III.	Renforcement exogène du contrôle juridictionnel	110
	A. <i>European Communities Act</i>	110
	B. <i>Human Rights Act</i>	111
	C. <i>Constitutional Reform Act</i>	116
	D. Dévolution	117
IV.	Renforcement endogène du contrôle juridictionnel	119
	A. <i>Common law</i> et protection des droits	119
	B. Décisions jurisprudentielles disruptives	121
	C. Autres modalités de renforcement endogène	126
V.	Changements dans la constitution britannique	127
VI.	Analyse par les modèles constitutionnels	127
VII.	Conclusion	131



⁽¹⁾ Nous remercions le Professeur Geoffrey Grandjean pour la supervision du travail dirigé en science politique dont cet article est l'émanation.

I. INTRODUCTION

La présente contribution portera sur le renforcement, de la deuxième moitié du XX^e siècle jusqu'au Brexit (exclus), du contrôle juridictionnel exercé par la plus haute Cour britannique, c'est-à-dire l'*Appellate Committee of the House of Lords*, et puis la *Supreme Court* à partir de 2009⁽²⁾. Le « contrôle juridictionnel » désigne ici le contrôle exercé par la juridiction suprême sur les lois et sur les décisions du gouvernement et des autorités administratives. Le « renforcement » désigne quant à lui l'élargissement du champ de compétence de la juridiction suprême ainsi que l'augmentation de l'intensité de son contrôle. La finalité de notre analyse consiste à rendre compte des causes et des circonstances de l'accroissement du pouvoir de la juridiction suprême du pays. Cet accroissement a notamment été mis en évidence avec l'arrêt *Miller II*⁽³⁾, interdisant au gouvernement Johnson de proroger le Parlement en septembre 2019. Cette affaire eut un retentissement considérable dans l'opinion et la presse⁽⁴⁾ britanniques.

Cette dynamique de renforcement peut être appréhendée par le concept de judiciarisation. Ce phénomène se décompose en 5 dimensions, dont la « judiciarisation⁽⁵⁾ constitutive », c'est-à-dire un « processus par lequel les normes constitutives d'un ordre politique sont établies ou modifiées avec pour conséquence le transfert de nouvelles compétences vers le système judiciaire »⁽⁶⁾. Une autre dimension de la judiciarisation correspond à un « processus par lequel le système judiciaire et les professions juridiques acquièrent du pouvoir par rapport à l'autorité formelle »⁽⁷⁾. Vallinder décrit la judiciarisation comme le passage d'un système où les droits des individus sont protégés par l'action de la majorité parlementaire à un système dans lequel ce sont les juges qui remplissent ce rôle⁽⁸⁾. L'avènement d'une Cour suprême assertive au Royaume-Uni étudié ici montrera la pertinence d'une analyse en termes de judiciarisation du système politique britannique.

(2) Année d'entrée en vigueur du *Constitutional Reform Act*.

(3) R (on the application of Miller) v The Prime Minister; Cherry and Others v Advocate General for Scotland [2019] UKSC 41 (24 Sept 2019).

(4) O. BOWCOTT, B. QUINN et S. CARRELL, « Johnson's suspension of parliament unlawful, supreme court rules », *The Guardian*, 24 septembre 2019, 14:25, disponible en ligne sur : <https://www.theguardian.com/law/2019/sep/24/boris-johnsons-suspension-of-parliament-unlawful-supreme-court-rules-prorogue> (consulté le 9 avril 2020).

(5) L. C. Blichner et A. Molander, « Mapping juridification », *European Law Journal*, 14(1), 2008, pp. 36-54. Blichner et Molander utilisent le terme « juridification », qui équivaut à « judiciarisation ».

(6) *Ibid.*, p. 39 [notre traduction].

(7) *Ibid.*, [notre traduction].

(8) T. VALLINDER, « The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction », *International Political Science Review*, 1994, 15(2), pp. 91-99.

II. DÉFÉRENCE TRADITIONNELLE DES JUGES À L'ÉGARD DU PARLEMENT : CONSÉQUENCE DE LA DOCTRINE DICEYENNE

A. Souveraineté parlementaire

La conception diceyenne de la souveraineté parlementaire est fondée sur le caractère illimité du pouvoir parlementaire, l'incontestabilité de ses décisions, le fait que sa compétence est inaliénable, et l'exclusivité de son pouvoir (seul le Parlement peut modifier ou abroger une loi). La conséquence directe de cette doctrine est que chaque loi est souveraine et ne peut dès lors être contrariée par une norme qui serait distinguée des autres lois à cause de son statut⁽⁹⁾. En cas de conflit entre deux lois, la plus récente prend automatiquement le pas sur la plus ancienne en l'abrogeant : c'est la règle de l'abrogation implicite (*implied repeal*). Ceci est la pierre d'angle de la conception orthodoxe de la souveraineté parlementaire.

B. Rule of law

Selon Dicey, juriste britannique, le *rule of law* repose sur les principes de légalité (pas de pouvoir arbitraire ; «*nullum crimen, nulla poena sine lege*»), d'égalité (la Loi s'applique de la même façon à tous les citoyens, quelle que soit leur condition ; nul ne peut être distrait du tribunal que la Loi lui assigne) et d'informalité (absence de Constitution formelle ; les principes constitutionnels sont identifiés et développés par les juges)⁽¹⁰⁾. Le *rule of law* vient heurter le principe de souveraineté parlementaire, mais Dicey, par son interprétation restrictive, en fait un idéal plutôt qu'une réalité contraignante pour le Parlement. Actuellement, la supériorité du principe de souveraineté parlementaire sur le *rule of law* est remise en cause⁽¹¹⁾.

C. Constitution orthodoxe et déférence judiciaire

De la conception orthodoxe de la Constitution, et en particulier de l'incontestabilité des actes du Parlement, découle la notion de déférence judiciaire. Les juges doivent, en interprétant la loi, chercher à appliquer fidèlement la volonté parlementaire. Ils ne peuvent s'immiscer dans ce qui relève du domaine politique ni contrôler la procédure parlementaire⁽¹²⁾. Les cours britanniques ont,

⁽⁹⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, Issy-les-Moulineaux, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2018, 208 p.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁾ B. SANGMEISTER, «Judicial Review of Legislation in the UK: Fundamental Common Law Principles as "Constitutional Principles" Limiting the Sovereignty of Parliament?» *Victoria University of Wellington Student Research Papers*, 2013.

⁽¹²⁾ J. BELL, «United Kingdom», in A. R. BREWER-CARIAS, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, New-York, Cambridge University Press, 2011, pp. 803-814.

des centaines d'années durant, été très prudentes, de peur de se voir accusées d'interférence. Ce respect particulier à l'égard du législateur, et, dans une moindre mesure, du gouvernement s'explique par la perception d'un manque de légitimité face à des représentants élus par le peuple. Depuis les années 1970, la transformation du principe de souveraineté parlementaire et la place croissante du *rule of law* ont fait diminuer la déférence, mais elle reste une caractéristique majeure de la Constitution britannique.

III. RENFORCEMENT EXOGÈNE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

A. *European Communities Act*

L'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes fut un événement décisif dans l'histoire constitutionnelle britannique. En effet, le *European Communities Act* (ECA) de 1972 consacrait l'applicabilité immédiate du droit européen au Royaume-Uni⁽¹³⁾. Cela allait à l'encontre de la doctrine britannique traditionnelle, très dualiste. Le droit européen intégrait l'ordre juridique britannique – et ce contre le gré du Parlement le cas échéant – sans nécessiter de lois d'incorporation, contrairement aux normes de toutes les autres organisations internationales dont le pays était membre⁽¹⁴⁾. L'adhésion et la participation aux Communautés européennes ont fait se diffuser la culture du droit continental au Royaume-Uni par la voie du droit et des institutions européennes. L'adoption du ECA a donc fait naviguer le pays entre sa tradition de *common law* et la culture juridique continentale⁽¹⁵⁾. Le Brexit a montré la tension entre les deux, mais aussi le fait que le Royaume-Uni se maintient entre elles⁽¹⁶⁾.

L'appartenance aux Communautés européennes et les principes classiques des systèmes fédéraux⁽¹⁷⁾ qui en ont découlé, à savoir la prééminence et l'effet direct du droit européen, ont fortement atteint le principe de souveraineté parlementaire. Or, celui-ci représentait une barrière au développement du *judicial review*. Il faut noter que le ECA ne stipulait pas explicitement que le droit européen était supérieur au droit britannique. À l'origine, les cours considéraient qu'ils étaient équipollents, et que déterminer la hiérarchie entre eux était une décision qui revenait au Parlement⁽¹⁸⁾. Entre 1972 et 1988, celui-ci a veillé à ce que ses lois n'entrent pas en conflit avec le droit européen. L'apparition d'une

(13) Le ECA 1972 a été abrogé par le European Union (Withdrawal) Act 2018.

(14) V. BOGDANOR, *The new British constitution*, Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 3-53.

(15) A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, op. cit.

(16) A. ANTOINE, « Le Brexit, révélateur de l'alchimie entre Constitution politique et Constitution juridique au Royaume-Uni », *Cahier du Conseil Constitutionnel*, mars 2019, Titre VII, n° 2.

(17) S. GARDBAUM, « Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale?) », *The American Journal of Comparative Law*, 2014, 62(3), pp. 613-640.

(18) B. SANGMEISTER, « Judicial Review of Legislation in the UK: Fundamental Common Law Principles as "Constitutional Principles" Limiting the Sovereignty of Parliament? », op. cit.

convention constitutionnelle (*constitutional convention*) de conformité au droit européen a même été avancée. De leur côté, les juges interprétaient la Loi de manière à éviter les incohérences⁽¹⁹⁾. La question de la hiérarchie restait donc latente. Il fallut attendre l'arrêt *Factortame I*⁽²⁰⁾ (1990) pour que la primauté du droit européen soit formellement reconnue par la Chambre des Lords, suite à un conflit entre le ECA et une loi britannique. Depuis cet arrêt, les cours ont suspendu l'application d'une loi ne respectant pas le droit communautaire. La jurisprudence a été constante dans ce sens⁽²¹⁾. Cette inapplicabilité en cas de conflit a clairement été à l'encontre de la conception traditionnelle de la souveraineté parlementaire. La *Supreme Court of the United Kingdom* (SCUK) vérifiait également que les entités dévolues respectaient le droit communautaire en légiférant, et écartait les lois contraires à ce droit⁽²²⁾. La Cour a donc vu son champ de compétence juridictionnelle s'élargir.

Le ECA, *Factortame I*⁽²³⁾, et l'affaiblissement de la souveraineté parlementaire qui en a résulté ont donc créé une exception majeure et symbolique au rejet traditionnel du contrôle juridictionnel des lois et amoindri la déférence portée par les cours au pouvoir législatif⁽²⁴⁾. Même si le ECA a été abrogé en 2018, il aura des conséquences de long terme sur le système politique britannique⁽²⁵⁾.

B. Human Rights Act

Avant l'adoption du *Human Rights Act* (HRA) par le *Labour* de Tony Blair en 1998, le justiciable britannique ne pouvait invoquer un droit protégé par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) devant une juridiction britannique. En effet, le Royaume-Uni a une conception dualiste du droit international (excepté pour le droit européen entre l'adoption du ECA et le Brexit) et la CEDH n'avait pas été incorporée dans son ordre juridique national. Il était donc lié par la CEDH en droit international, mais celle-ci n'avait pas d'effet en droit interne⁽²⁶⁾. Cela posait un problème juridico-politique au pays : toutes les plaintes ne pouvant être prises en compte par les juridictions

⁽¹⁹⁾ N. W. BARBER, « The afterlife of Parliamentary sovereignty », *International journal of constitutional law*, 2011, 9(1), pp. 144-154.

⁽²⁰⁾ *R v. Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd (Interim Relief Order)* [1990] UKHL 7 (26 July 1990).

⁽²¹⁾ A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *Revue internationale de droit comparé*, 2012, 64(64), pp. 681-734.

⁽²²⁾ *Ibid.*

⁽²³⁾ Arrêt *Factortame I*, *op. cit.*

⁽²⁴⁾ L. NEUDORF, « The supreme court and the new judicial independence », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, 1(2), pp. 25-43 ; A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, coll. Thèses, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2007.

⁽²⁵⁾ V. BOGDANOR, *The new British constitution*, *op. cit.*

⁽²⁶⁾ E. F. DELANEY, « Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom », *Northwestern University Law Review*, 2013, 108, 543.

nationales finissaient devant la Cour européenne des droits de l'homme, et les condamnations envers le Royaume étaient nombreuses. Il semblerait qu'avec l'adoption du HRA, le gouvernement Blair ait aussi vu d'un bon œil que les cours soient chargées de protéger les droits de la CEDH, puisque ceci implique parfois de prendre des décisions impopulaires⁽²⁷⁾. Il est probable que le *Labour* ait également cherché à utiliser les juges pour poser des limites à la puissance gouvernementale. Pour Erdos⁽²⁸⁾, les choix politiques de Margaret Thatcher, régulièrement brutaux envers les droits et libertés⁽²⁹⁾, auraient provoqué une réaction aversive du *Labour*, qui aurait cherché à protéger ces droits pour le futur. Selon Gardbaum, cette analyse est néanmoins insuffisante, en ce qu'elle n'explique pas les conditions antérieures propices à l'adoption du HRA, qui représente un changement constitutionnel important⁽³⁰⁾. Le *Labour* était pourtant traditionnellement méfiant à l'égard des juges. Tony Blair a probablement considéré que les juges étaient alors moins conservateurs qu'auparavant⁽³¹⁾.

Le HRA, entré en vigueur le 2 octobre 2000, est en réalité un compromis entre une incorporation simple de la CEDH et une déclaration des droits purement britannique. Tony Blair n'a pu se résoudre à choisir entre ces deux options. Effectivement, le HRA est une «incorporation médiate et incomplète de la CEDH»⁽³²⁾. Toute la CEDH n'est pas incorporée, et les mécanismes de protection des droits conventionnels sont spécifiques au Royaume-Uni⁽³³⁾. Ces mécanismes mis en place par le HRA peuvent être divisés en deux catégories : les mécanismes *a priori* et les mécanismes *a posteriori*. Les premiers ne concernent pas les cours, mais bien la procédure parlementaire. Ils ne seront donc pas abordés ici.

Les mécanismes *a posteriori* comprennent l'interprétation conforme et les déclarations d'incompatibilité. L'interprétation conforme est basée sur la section 3 du HRA. Elle consiste en une obligation pour les juges d'interpréter la

(27) *Ibid.*

(28) D. ERDOS, «Delegating rights protection: the rise of bills of rights in the Westminster world», in S. GARDBAUM, «Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale?)», *op. cit.*, 2010.

(29) L'expression «droits et libertés», et non «droits fondamentaux» sera utilisée ici car cette dernière formulation laisse entendre que toutes les institutions doivent les respecter, ce qui n'est pas le cas. Même si, la présentation d'une déclaration de compatibilité aux droits conventionnels est obligatoire lors du dépôt d'un projet de loi, le ministre qui le présente a la possibilité de le soumettre après avoir reconnu son inconstitutionnalité éventuelle.

(30) S. GARDBAUM, «Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale?)», *op. cit.*

(31) V. BOGDANOR, *The new British constitution*, *op. cit.*

(32) A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 101.

(33) *Ibid.*

législation primaire⁽³⁴⁾ et la législation subordonnée⁽³⁵⁾ d'une façon qui respecte les droits conventionnels (droits de la CEDH) à chaque fois que cela est possible. Il n'y a pas de consensus sur les limites de ce pouvoir d'interprétation⁽³⁶⁾. Celles semblent donc être à la seule appréciation des juges⁽³⁷⁾. Le Parlement a laissé aux cours le soin de fixer les cas dans lesquels il est exclu d'utiliser l'interprétation conforme. Rien dans le HRA n'empêche que leurs décisions ne correspondent en pratique à un *implied repeal*. MacDonnell va jusqu'à dire que la «Souveraineté parlementaire a laissé place à la souveraineté judiciaire»⁽³⁸⁾. Notons qu'une déclaration d'incompatibilité (*Declaration of incompatibility* – DOI, *cf. infra*) sera prononcée seulement si l'interprétation conforme ne permet pas de protéger le droit conventionnel dans la législation en cause. En général, la créativité des juges est suffisante. L'interprétation conforme favorise d'ailleurs un certain «activisme interprétatif» dans le chef des juges⁽³⁹⁾. L'interprétation conforme n'est pas une compétence anodine : elle va plus ou moins à l'encontre de la volonté parlementaire, en fonction de son utilisation. Selon Campbell, ce mécanisme donne plus de pouvoir aux hautes cours britanniques que n'en a la Cour suprême des États-Unis d'Amérique avec sa prérogative d'annuler une loi, puisqu'elle implique que les cours puissent donner à une loi une interprétation que le législateur ne souhaite pas, afin de la rendre conforme au HRA⁽⁴⁰⁾. Le contrôle juridictionnel des lois en sort extrêmement renforcé. Duffy abonde dans ce sens en soutenant que l'interprétation conforme ébranle plus la souveraineté parlementaire que les DOI. En effet, à la suite d'une DOI, le Parlement est invité à remédier à l'incompatibilité, ce qui n'est pas le cas pour l'interprétation conforme⁽⁴¹⁾.

Les déclarations d'incompatibilité sont la deuxième modalité de contrôle *a posteriori*. Les juges des cours supérieures⁽⁴²⁾ ont la possibilité de déclarer qu'une norme de législation primaire ou de législation subordonnée⁽⁴³⁾ ne res-

(34) Relèvent de la législation primaire : les lois (public general-, local and personal- et private Acts) et certains Orders in Council (voy. section 21(1) HRA).

(35) Relèvent de la législation subordonnée (voy. section 21(1) HRA) : Orders in Council autres que ceux appartenant à la législation primaire, lois des parlements et assemblées dévolus, ordonnances, règlements, arrêtés, autorisations, règlements intérieurs.

(36) J. SWEENEY, «Creating a More Dangerous Branch: How the United Kingdom's Human Rights Act Has Empowered the Judiciary and Changed the Way the British Government Creates Law», Mich. St. U. Coll. L., *American University International Law Review*, 2013, 21, 301.

(37) A. L. YOUNG, «Judicial Sovereignty and the Human Rights Act 1998», *The Cambridge Law Journal*, 2002, 61(1), pp. 53-65.

(38) V. MACDONNELL, «A Theory of quasi-constitutional legislation», *Osgoode Hall Law Journal*, 2016, 53(2), p. 14 [notre traduction].

(39) A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*

(40) D. CAMPBELL et J. ALLAN, «Procedural Innovation and the Surreptitious Creation of Judicial Supremacy in the United Kingdom», *Journal of Law and Society*, 2019, 46(3), pp. 347-366.

(41) A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*

(42) Voy. HRA section 4(5).

(43) Adoptée sur base d'une législation primaire puisque si la norme de législation déléguée n'a pas de base législative, elle pourra le cas échéant être annulée au terme d'une procédure en *judicial review* (contrôle juridictionnel des actes administratifs).

pecte pas les droits protégés par le HRA. La déclaration n'a pas d'effet sur la validité des lois : elle invite seulement le Parlement à remédier à l'incompatibilité⁽⁴⁴⁾. Pour ce faire, le gouvernement a la possibilité d'utiliser un *remedial order* sur base de la section 10 du HRA⁽⁴⁵⁾ dans les cas où il existe une « raison irrésistible »⁽⁴⁶⁾ de le faire de cette manière pour corriger le tir. Les *remedial orders* font partie de la catégorie de la législation subordonnée (elles émanent d'un ministre), mais peuvent corriger le problème dans la législation primaire soulevée par les juges, après l'adoption par les deux Chambres d'une simple résolution d'approbation non amendable⁽⁴⁷⁾. Les cours peuvent aussi laisser du temps au législateur pour remédier à l'incompatibilité, sans émettre de DOI, en déclarant que si le Parlement ne la corrige pas, elles pourraient revoir leur position⁽⁴⁸⁾. À la suite d'une DOI, les juges peuvent en outre accorder une compensation aux requérants pour réparer le préjudice qu'ils ont subi⁽⁴⁹⁾.

La DOI constitue un puissant pouvoir symbolique pour les hautes cours, dont la SCUK, car elle sape la légitimité d'une loi⁽⁵⁰⁾. La souveraineté parlementaire s'en trouve réduite⁽⁵¹⁾. Il faut aussi souligner que le législateur remédie presque toujours aux DOI, même quand une déclaration contrarie ses intentions premières. Une convention constitutionnelle pourrait être en cours de création. La docilité du législateur peut s'expliquer par le coût politique élevé à aller contre une cour (en particulier contre la SCUK) et par le risque de sanction par la CEDH⁽⁵²⁾. La « culture des droits »⁽⁵³⁾ qui s'est progressivement développée au Royaume-Uni depuis l'adoption du HRA hausse encore ce coût politique en cas de non-remédiation à une DOI. Le versant palpable de cette culture des droits est l'augmentation du nombre de recours en justice relatifs aux droits et libertés depuis 1998⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁴⁾ A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

⁽⁴⁵⁾ A. BACHERT, *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de Common law : recherches comparées sur la troisième voie du constitutionnalisme et la protection renouvelée des droits et libertés : États-Unis, Canada, Royaume-Uni*, coll. Thèses, Issy-les-Moulineaux, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 2019.

⁽⁴⁶⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 445.

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁴⁸⁾ A. DUFFY, « Droit constitutionnel étranger : L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte : Royaume-Uni », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017, 111(3), pp. 749-787.

⁽⁴⁹⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*

⁽⁵⁰⁾ E. F. DELANEY, « Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom », *op. cit.*

⁽⁵¹⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*

⁽⁵²⁾ A. BACHERT, *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de Common law : recherches comparées sur la troisième voie du constitutionnalisme et la protection renouvelée des droits et libertés : États-Unis, Canada, Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁽⁵³⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 484.

⁽⁵⁴⁾ F. ROLLAND, *La motivation juridictionnelle et la Cour Suprême du Royaume-Uni : suprématisme judiciaire et suprématie parlementaire*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

Il y a cependant un débat au sein de la littérature, comme pour l'interprétation conforme : certains auteurs affirment qu'en l'absence d'effet juridique contraignant les DOI ne représentent pas une vraie contrainte, d'autres sont d'avis qu'elles sont presque aussi puissantes que le pouvoir d'annulation de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique puisque le Parlement/Gouvernement remédie quasiment systématiquement aux DOI⁽⁵⁵⁾. Entre 2001 et 2015, 7 lois ont fait l'objet d'une déclaration d'incompatibilité de la part de la SCUK, et elles ont toutes été corrigées par le législateur⁽⁵⁶⁾. La souveraineté parlementaire est formellement respectée puisque la DOI n'a pas pour effet d'invalider la norme mise en cause⁽⁵⁷⁾. Elle est cependant entamée puisque ce sont les cours, et en particulier la SCUK, qui sont devenues les principales institutions chargées de protéger les droits et libertés⁽⁵⁸⁾. Les juges ont obtenu du pouvoir, leurs compétences ont été élargies, et ils ont acquis une nouvelle position institutionnelle. Cela dit, le faible nombre de DOI met en exergue la déférence que les juges portent encore au Parlement⁽⁵⁹⁾. Il n'est pas exclu que le HRA ait fait avancer le Royaume-Uni vers la mise en place d'un réel contrôle de constitutionnalité⁽⁶⁰⁾.

Deux phases peuvent être distinguées dans l'utilisation qu'ont faite les juges des mécanismes de protection : dans un premier temps, ils utilisaient volontiers l'interprétation conforme. Un certain activisme judiciaire était perceptible. Ils ajoutaient des termes qui ne figuraient pas initialement dans la loi (*read in*), et en retranchaient d'autres de la loi en question (*read down*). En réalité, l'interprétation conforme pouvait s'assimiler à un « pouvoir d'amendement »⁽⁶¹⁾ dans les cas extrêmes. Dans un deuxième temps, les juges ont préféré utiliser les DOI, qui marquent également l'affaiblissement de la souveraineté parlementaire, mais sont plus respectueuses de la volonté du législateur⁽⁶²⁾.

Par ailleurs, la section 6 du HRA renforce indirectement le pouvoir des juges. Cette section stipule que les autorités publiques (y compris les cours) doivent respecter les droits conventionnels quand elles prennent une décision.

⁽⁵⁵⁾ J. SWEENEY, « Creating a More Dangerous Branch: How the United Kingdom's Human Rights Act Has Empowered the Judiciary and Changed the Way the British Government Creates Law », *op. cit.*

⁽⁵⁶⁾ A. BACHERT, *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de Common law : recherches comparées sur la troisième voie du constitutionnalisme et la protection renouvelée des droits et libertés : États-Unis, Canada, Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁽⁵⁷⁾ E. F. DELANEY, « Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom », *op. cit.*

⁽⁵⁸⁾ F. ROLLAND, « La motivation juridictionnelle et la Cour Suprême du Royaume-Uni : suprématisme judiciaire et suprématie parlementaire », *op. cit.*

⁽⁵⁹⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*

⁽⁶⁰⁾ O. DEPARIS, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, (3), pp. 223-231.

⁽⁶¹⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 429.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*

En conséquence, les cours ont élargi le contrôle juridictionnel, qui est l'application concrète du principe du *rule of law* à la protection des droits du HRA⁽⁶³⁾.

C. Constitutional Reform Act

En 1997, le *Labour* de Tony Blair fit campagne en proposant une plus grande séparation des pouvoirs dans le but de défendre l'indépendance de la juridiction suprême par rapport au pouvoir législatif⁽⁶⁴⁾. De la même manière que la peur d'être condamné trop régulièrement par la CEDH a poussé le *Labour* à promulguer le HRA, la réforme en faveur d'un renforcement de la séparation des pouvoirs semble motivée par la peur que la CEDH⁽⁶⁵⁾ ne jette une fois de plus l'opprobre sur le Royaume-Uni après l'arrêt *McGonnell c. Royaume-Uni*⁽⁶⁶⁾. La création de la Cour suprême du Royaume-Uni en lieu et place du Comité d'appel de la Chambre des Lords (*Appellate Committee of the House of Lords*) procède donc d'une nouvelle vision de l'indépendance judiciaire, selon laquelle la Cour doit constituer une institution autonome, et interagir en tant que telle avec les autres pouvoirs⁽⁶⁷⁾. Ceci brise le lien séculaire entre législatif et judiciaire, aisément visible jusqu'alors puisque le Comité d'appel de la Chambre des Lords faisait partie intégrante de la Chambre des Lords⁽⁶⁸⁾. En pratique, les *Law Lords* (Lords juristes) ne participaient plus au processus législatif, ce qui garantissait *de facto* la séparation des pouvoirs, mais le fait est qu'ils étaient membres de la Chambre haute. «La création de la SCUK survient au terme d'une expansion constante du pouvoir judiciaire et d'un recalibrage plus large de l'équilibre historique entre l'influence constitutionnelle du judiciaire, de l'exécutif et du Parlement qui a été initié dans les cas de contrôle juridictionnel dans les années 1960»⁽⁶⁹⁾. La séparation formelle et physique entre la Cour suprême, d'une part, et la Chambre des Lords, d'autre part, parachève la transformation des relations entre la juridiction suprême et les pouvoirs exécutif et législatif. Celle-ci s'affirme davantage maintenant qu'elle a une existence propre, et les juges suprêmes ont acquis une légitimité et un poids constitutionnel accrus⁽⁷⁰⁾.

Le *Constitutional Reform Act* (CRA) crée en outre une nouvelle procédure de nomination des juges suprêmes. Une commission des nominations judiciaires

⁽⁶³⁾ *Ibid.*

⁽⁶⁴⁾ L. NEUDORF, «The supreme court and the new judicial independence», *op. cit.*

⁽⁶⁵⁾ Appliquant l'article 6 de la CEDH.

⁽⁶⁶⁾ Cour eur. D.H., 1^{er} février 2000, *McGONNELL v. The United Kingdom*, n° 28488/95 ; A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*

⁽⁶⁷⁾ L. NEUDORF, «The supreme court and the new judicial independence», *op. cit.*

⁽⁶⁸⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*

⁽⁶⁹⁾ R. M. MASTERMAN et J. E. K. MURKENS, «Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court», *Public law*, 2013(4), p. 12 [notre traduction].

⁽⁷⁰⁾ *Ibid.*

chargée de la nomination des juges suprêmes a été instituée⁽⁷¹⁾. La disposition du CRA qui renforce le plus le pouvoir de la Cour suprême est certainement le transfert de compétence opéré entre le Comité judiciaire du Conseil privé (*Judicial Committee of the Privy Council*)⁽⁷²⁾ et la Cour suprême dans le but d'éviter la naissance de conflits entre ces deux juridictions⁽⁷³⁾. En effet, la compétence en matière de dévolution, qui revenait de jure au *Privy Council* auparavant, est passée dans le giron de la Cour suprême avec le CRA⁽⁷⁴⁾. La Cour voit ainsi son contrôle juridictionnel s'élargir, d'autant plus que les conflits de compétences sont fréquents dans un système quasi fédéral comme celui du Royaume-Uni.

D. Dévolution

La SCUK est la cour d'appel de dernier ressort pour tous les cas d'Angleterre, du Pays de Galles, d'Irlande du Nord et d'Écosse pour les cas civils⁽⁷⁵⁾. Les appels écossais relevant du droit pénal échappent historiquement à sa compétence. La Cour veille également au respect par les entités dévolues de leur champ de compétence, notamment en répondant aux questions des *Law Officers of the Crown*⁽⁷⁶⁾ concernant le respect de ce champ. C'est une forme de « contrôle a priori facultatif et abstrait »⁽⁷⁷⁾. En cas de non-respect de ce champ, là elle peut refuser la promulgation de la loi sur la base de la loi sur l'Écosse (SA) section 33, de la loi sur le Pays de Galles (GWA) sections 99 et 112, et de la loi sur l'Irlande du Nord (NIA), section 11. De plus, les cours doivent interpréter la législation dévolue conformément aux règles répartitrices de compétences, en vertu du NIA 1998 section 83, du SA 1998 section 101, et du GWA 2006 section 154⁽⁷⁸⁾. Un contrôle *a posteriori* existe aussi⁽⁷⁹⁾. Le contrôle juridictionnel exercé par la Cour suprême en matière de dévolution (de dernier ressort) s'apparente à un contrôle de constitutionnalité puisqu'elle suspend

(71) L. PHILLIPS, « The birth and first steps of the uk supreme court », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, 1(2), pp. 9-12.

(72) Ce comité joue le rôle de cour de dernier ressort pour les territoires britanniques ultramarins et les dépendances de la Couronne. Voy. son site internet : <https://www.jcpc.uk>.

(73) E. F. DELANEY, « Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom », *op. cit.*

(74) Maintenant le *Judicial Committee of the Privy Council* n'a plus que quelques compétences : les bases militaires britanniques à l'étranger, et les États du Commonwealth qui acceptent sa juridiction (A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*).

(75) W. ARNOLD, « The supreme court of the United Kingdom: Something old and something new », *Commonwealth Law Bulletin*, 2010, 36(3), pp. 443-452.

(76) Il s'agit des représentants du gouvernement britannique en Écosse, en Irlande du Nord et au Pays de Galles.

(77) A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*, p. 722.

(78) G. ANTHONY, « Devolution Issues, Legislative Power, and Legal Sovereignty », in A. ANTOINE, *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, Paris, Société de législation comparée, 2015, pp. 95-115.

(79) A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

l'application d'une loi d'un Parlement dévolu qui ne respecte pas le droit européen, qui sort de son champ de compétence (section 41(4)(b) du CRA), ou qui ne respecte les droits conventionnels⁽⁸⁰⁾. En effet, dans ce dernier domaine, les lois des entités dévolues peuvent en théorie être sujettes au contrôle juridictionnel⁽⁸¹⁾ puisque le HRA ne considère pas qu'elles appartiennent à la législation primaire⁽⁸²⁾. Le contrôle est donc asymétrique, puisque les lois de Westminster, elles, ne peuvent faire l'objet d'une procédure en *judicial review*⁽⁸³⁾. En pratique les cours sont cependant relativement frileuses à l'idée de neutraliser une loi d'un parlement dévolu⁽⁸⁴⁾.

Il faut parler de « dévolution » et non de « fédéralisme », car le Parlement britannique est en capacité de se réapproprier les compétences dans lesquelles les entités dévolues peuvent légiférer. En effet, la dévolution est régie dans des *statutes* du Parlement britannique⁽⁸⁵⁾. La convention Sewel protège en théorie les entités dévolues de l'immixtion de Westminster, mais cette convention n'a pas de valeur juridique⁽⁸⁶⁾ (c'est une des conclusions de l'arrêt *Miller I*⁽⁸⁷⁾, de la Cour suprême). Cela dit, le système politique britannique évolue vers une sorte de fédéralisme de fait vu le coût politique énorme pour ne pas dire fatal qu'aurait la révocation de cette convention. Par ailleurs, la dévolution s'intensifie. Le système peut par conséquent être qualifié de quasi fédéral⁽⁸⁸⁾. Or plusieurs auteurs ont mis en évidence le fait que le fédéralisme, notamment aux USA, renforce le pouvoir judiciaire.

Effectivement, les systèmes fédéraux et multiniveaux ont deux caractéristiques qui font des cours des institutions centrales du système politique. Premièrement, des conflits de compétences apparaissent lorsque le Parlement britannique consent à laisser une entité dévolue légiférer dans un domaine précis. Ces conflits seront résolus par la SCUK. C'est la problématique des « différents fron-

(80) E. GIBSON-MORGAN, « The United Kingdom Supreme Court and Devolution Issues: Towards Constitutional Review? », *Constitutional review*, 2014, 86, pp. 84-111.

(81) E. F. DELANEY, « Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom », *op. cit.*

(82) En effet, comme le souligne Antoine, les lois des entités dévolues ne sont pas mentionnées dans la section 21 du HRA, qui énumère les normes appartenant à la catégorie de la législation primaire (A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*).

(83) A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

(84) A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*

(85) M. KEATING, « Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom », *Droit et Société*, 2018/1, n° 98, p. 53.

(86) G. BALDINI, E. BRESSANELLI et E. MASSETTI, « Who is in control? Brexit and the Westminster model », *The Political Quarterly*, 2018, 89(4), pp. 537-544.

(87) *R (on the application of) v. Secretary of State for Exiting the European Union* (Rev 3) [2017] UKSC 5 (24 Jan 2017).

(88) M. KEATING, « Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom », *op. cit.*

taliers»⁽⁸⁹⁾. Deuxièmement, il y a le cas des «pressions pour l'uniformité»⁽⁹⁰⁾ qui permettent à la SCUK d'uniformiser *de facto* le droit. Delaney explique que le maintien d'un État (quasi) fédéral repose sur un minimum d'homogénéité. Si les entités fédérées n'ont plus rien en commun, l'État (quasi) fédéral risque de se scinder ou de faire naître des sentiments d'injustice chez les citoyens, qui ne verraient pas de fondement légitime aux différences de traitement. La pression politique pousse donc le gouvernement central à maintenir une certaine uniformité en réservant certains domaines juridiques à ses institutions.

Dans certaines circonstances, le rôle de la SCUK dans ses relations verticales avec les entités dévolues altère sa relation horizontale avec le Parlement de Westminster. La théorie des autorités législatives concurrentes expose que la Cour pourrait élargir les compétences des entités dévolues par l'interprétation qu'elle fait des normes répartitrices de compétence, ce qui ferait augmenter le pouvoir de la Cour dans ses relations horizontales avec le Parlement britannique, par un glissement progressif du Parlement central à la SCUK⁽⁹¹⁾.

IV. RENFORCEMENT ENDOGÈNE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

A. Common law et protection des droits

Entre la ratification de la CEDH par le Royaume-Uni et son incorporation en droit britannique (HRA), la CEDH liait le Royaume en droit international, mais n'avait pas d'effet juridique en droit interne⁽⁹²⁾ (*cf. supra*). Les juges ont été créatifs pour tenter de protéger les droits et libertés par la *common law*. Celle-ci protège des droits particuliers, qui seront garantis s'ils correspondent à un intérêt essentiel qui a été reconnu et protégé par les juges par le passé. La *common law* touche surtout principalement 4 domaines : l'intégrité personnelle et physique, le droit de propriété, la réputation et l'accès à la justice. En dehors de ces domaines, le requérant ne peut espérer obtenir réparation. Les juges peuvent faire évoluer les recours dans ces matières, mais pas créer de nouveaux domaines de *common law*. Avant le HRA, certains droits très ciblés étaient par ailleurs protégés par des lois qui prenaient le pas sur la *common law* dans ces domaines⁽⁹³⁾.

Le principe de l'interprétation conforme des lois à la CEDH est apparu avant le HRA, dans *Waddington v. Miah* (1974)⁽⁹⁴⁾. La Chambre des Lords a

(89) E. F. DELANEY, «Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom», *op. cit.*, p. 575 [notre traduction].

(90) *Ibid.* p. 594 [notre traduction].

(91) *Ibid.*

(92) C. TURPIN et A. TOMKINS, *British Government and the Constitution: text and materials*, New-York, Cambridge University Press, 2007.

(93) A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*

(94) *Waddington v. Miah* [1974] UKHL 6 (1 May 1974).

précisé dans *Brind*⁽⁹⁵⁾ que cette technique ne devait s'appliquer que dans les cas où une loi était ambiguë. En pratique, les juges n'ont pas été très prompts à l'utiliser. Des juges se sont servis de la CEDH pour développer la *common law*, mais cela a été peu utilisé et a eu un faible d'impact⁽⁹⁶⁾. Par contre, la ratification de la CEDH a contribué à la redécouverte de principes de *common law*. Certains droits de cette dernière ont été constitutionnalisés. Cela ne signifie pas qu'ils aient un statut supra-législatif, mais qu'ils jouissent d'une protection interprétative particulière. Si la loi est ambiguë, les juges présument que le Parlement a voulu légiférer de façon compatible à ces droits⁽⁹⁷⁾. La première occurrence d'une telle technique interprétative se retrouve dans *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson*⁽⁹⁸⁾.

Wednesbury instaure une nouvelle forme de contrôle : l'annulation des décisions irrationnelles, qu'aucune autorité administrative raisonnable n'aurait pu adopter⁽⁹⁹⁾. En outre, ce contrôle impose à l'autorité administrative ayant adopté l'acte incriminé d'en prouver la légalité⁽¹⁰⁰⁾.

Un contrôle de proportionnalité des actes administratifs avait été proposé dans *Brind*⁽¹⁰¹⁾, mais il avait été presque unanimement rejeté par les autres juges. Il fut tout de même subrepticement institué – en premier lieu dans l'application du droit communautaire, puisque par la suite un des critères pour jauger la rationalité d'un acte fut précisément le caractère proportionné de la mesure. Parler d'« irrationalité » paraissait vraisemblablement moins interventionniste que parler de « proportionnalité »⁽¹⁰²⁾.

L'*anxious scrutiny*, mis en place en 1987 par la Chambre des Lords dans *Bugdaycay v. secretary of state for the home department*⁽¹⁰³⁾, intensifie encore le contrôle juridictionnel des actes administratifs. Ce contrôle comporte deux étapes. L'autorité administrative doit d'abord prouver que l'adoption de son acte a été motivée par l'intérêt public. La Cour regarde ensuite si la décision pouvait raisonnablement être prise⁽¹⁰⁴⁾. Dans *Smith*⁽¹⁰⁵⁾, la cour d'appel a entériné une autre exigence juridictionnelle : plus la décision de l'autorité adminis-

⁽⁹⁵⁾ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] UKHL 4 (07 Feb 1991).

⁽⁹⁶⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, op. cit.

⁽⁹⁷⁾ M. BRENNCKE, *Judicial Law-Making in English and German Courts: Techniques and Limits of Statutory Interpretation*, Cambridge, Intersentia, 2018.

⁽⁹⁸⁾ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson*; *R. v. Secretary of State for the Home Department, (respondent) ex parte Pierson (A.P.) (appellant)* [1997] (24 Jul 1997).

⁽⁹⁹⁾ C. TURPIN et A. TOMKINS, *British Government and the Constitution: text and materials*, op. cit.

⁽¹⁰⁰⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, op. cit.

⁽¹⁰¹⁾ Arrêt *Brind*, préc.

⁽¹⁰²⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, op. cit.

⁽¹⁰³⁾ *Bugdaycay v. secretary of state for the home department* [1987] AC 154 19 (12 Feb 1987).

⁽¹⁰⁴⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, op. cit.

⁽¹⁰⁵⁾ *R. v. Ministry of defense, ex parte Smith* [1996] QB 517 (23 May 2001).

trative constitue une ingérence forte dans un droit, plus sa justification doit être légitime⁽¹⁰⁶⁾.

Malgré l'audace de certains juges, les protections offertes par la *common law* semblaient insuffisamment efficaces. Celles-ci sont en effet fragiles, intrinsèquement imprévisibles puisque jurisprudentielles et à la merci de l'adoption d'une loi contraire par le Parlement. La nécessité de l'adoption d'une loi dédiée à garantir les droits et libertés commença à se faire sentir. Le HRA n'abolit toutefois pas la *common law* et ses dispositifs de contrôle⁽¹⁰⁷⁾. En 2001, le contrôle de proportionnalité fut d'ailleurs explicitement reconnu⁽¹⁰⁸⁾ dans *Daly*⁽¹⁰⁹⁾, suite aux diverses condamnations du Royaume-Uni par la Cour européenne des droits de l'homme sur base de l'article 13 CEDH, et sur base de la section 2(1) du HRA qui impose aux cours de prendre en compte la jurisprudence de Strasbourg. Le contrôle *Wednesbury* fut donc mis de côté au profit d'un vrai contrôle de proportionnalité dans les domaines du droit européen et des droits de la CEDH⁽¹¹⁰⁾. Il reste cependant d'application dans les autres matières.

B. Décisions jurisprudentielles disruptives

Arlen Specter, président du comité judiciaire du Sénat des États-Unis d'Amérique, et le juge Michael Luttig⁽¹¹¹⁾ qualifient certains arrêts américains de «*super précédents*». Ces décisions sont peu susceptibles d'être renversées ultérieurement au vu de leur importance capitale dans l'ordre juridique. Ce concept sera utilisé ici pour étudier les arrêts qui ont une importance majeure en droit britannique. Toutes les décisions présentées ici ont acquis une importance constitutionnelle et renforcé les pouvoirs de la juridiction suprême du royaume. Notons cependant que le Brexit a rendu un certain nombre d'entre elles sans objet.

Avec *Factortame I*⁽¹¹²⁾ (1989), les cours britanniques acquièrent le pouvoir de suspendre une loi ne respectant pas le droit communautaire⁽¹¹³⁾. Cet arrêt portait sur l'incompatibilité entre une loi britannique, le *Merchant Shipping Act* (MSA) et le ECA, qui consacre l'entrée du Royaume-Uni dans les Communautés européennes (*cf. supra*). Dans un premier temps, le Comité judiciaire de la Chambre des Lords déclare qu'il n'a pas le droit de priver d'effet le MSA. Ensuite, il pose une question préjudicielle à la Cour de justice des Communau-

⁽¹⁰⁶⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁽¹⁰⁷⁾ F. ROLLAND, «La motivation juridictionnelle et la Cour Suprême du Royaume-Uni : suprématisme judiciaire et suprématie parlementaire», *op. cit.*

⁽¹⁰⁸⁾ C. TURPIN et A. TOMKINS, *British Government and the Constitution: text and materials*, *op. cit.*

⁽¹⁰⁹⁾ *R(Daly) v. secretary of state for the home department* [2001] UKHL (23 May 2001).

⁽¹¹⁰⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁽¹¹¹⁾ M. J. GERHARDT, «Super Precedent», *MINN. L. REV.*, 2006, 90(5), p. 1205.

⁽¹¹²⁾ Arrêt *Factortame I*, préc.

⁽¹¹³⁾ A. DUFFY-MEUNIER, «La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme», *op. cit.*

tés européennes (CJCE), qui affirme que la supériorité du droit européen sur le droit britannique doit être appliquée par les Lords. Ceux-ci ont conclu qu'ils étaient contraints par la CJCE de suspendre l'application de la loi en cause⁽¹¹⁴⁾. Le principe de souveraineté parlementaire, pilier de la Constitution, rendait les parlementaires et les juges britanniques réticents à reconnaître formellement la primauté du droit européen. Les juges britanniques avaient donc dans un premier temps mis en place l'interprétation conforme des lois britanniques au droit européen en cas d'ambiguïté législative. Cependant, cette technique ne résolvait pas le problème en cas de législation explicitement contraire au droit européen⁽¹¹⁵⁾, cas qui s'est présenté dans *Factortame I*⁽¹¹⁶⁾. Cet arrêt fut totalement en rupture avec le paradigme de l'époque, à savoir la suprématie législative, et a contribué à le déconstruire. Il fut considéré comme une anomalie, au sens kuhnien du terme⁽¹¹⁷⁾. Avant lui, aucun auteur n'aurait affirmé que la souveraineté parlementaire pouvait être tant contrariée. Elle a été refondue⁽¹¹⁸⁾, puisque dans sa conception orthodoxe, elle ne pouvait accepter qu'une distinction de valeur soit opérée entre les lois. Wade écrit qu'avec cet arrêt, les juges se sont départis de la doctrine de la souveraineté parlementaire sans en être légalement habilités. Ils se sont servis de leur pouvoir politique pour modifier la Constitution⁽¹¹⁹⁾. En fait, les solutions à l'intérieur du paradigme de la suprématie parlementaire empêchaient de résoudre le conflit entre l'impossibilité d'écarter une loi du Parlement (principe de souveraineté parlementaire) et la suprématie du droit européen. En donnant un statut supra-législatif au ECA, les juges empêchent toute abrogation implicite de cette loi, et ils deviennent des constituants, rompant avec la déférence parlementaire traditionnelle⁽¹²⁰⁾. Aucune explication théorique n'a cependant été fournie pour justifier le statut particulier du ECA⁽¹²¹⁾. Un paradigme concurrent va émerger, sur la base des travaux des constitutionnalistes. Ceux-ci, au lieu de voir *Factortame I*⁽¹²²⁾ comme une décision inconstitutionnelle, vont adapter la doctrine. Par la suite, les autres juges suivront, confirmant le changement de paradigme. Cet arrêt montre une fois de plus la tension entre la doctrine de la suprématie du droit

⁽¹¹⁴⁾ N. W. BARBER, « The afterlife of Parliamentary sovereignty », *op. cit.*

⁽¹¹⁵⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁽¹¹⁶⁾ Arrêt *Factortame I*, préc.

⁽¹¹⁷⁾ M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel : étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2019.

⁽¹¹⁸⁾ N. W. BARBER, « The afterlife of Parliamentary sovereignty », *op. cit.*

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*

⁽¹²⁰⁾ M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel : étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁽¹²¹⁾ F. AHMED et A. PERRY, « Constitutional Statutes », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, 37(2), pp. 461-481.

⁽¹²²⁾ Arrêt *Factortame I*, préc.

européen et son effet direct et la tradition constitutionnelle britannique⁽¹²³⁾ (*cf. supra*). Enfin, *Factortame I* pose les bases d'une constitution formelle au Royaume-Uni (*cf. infra*).

Thoburn⁽¹²⁴⁾ (2002) est tout à fait crucial pour comprendre l'évolution qu'a subie la Constitution britannique ces dernières années. Il affirme l'existence d'une catégorie de lois particulières, celle des *constitutional statutes* (lois constitutionnelles). La *Magna Carta*, le *Bill of Rights*, la *Petition of rights*, les *Acts of Settlement*, le *Parliament Act*, le ECA, et le HRA appartiennent à cette catégorie. Ces lois ne peuvent faire l'objet d'une abrogation implicite, qui est la procédure ordinaire en cas de contradiction entre deux lois. Leur abrogation doit obligatoirement être explicite⁽¹²⁵⁾. Pour l'instant, seul le *Lord-juge Laws* a défini la notion de *constitutional statute*, dans l'arrêt qui nous occupe⁽¹²⁶⁾. John Laws les définit par le fait qu'ils régissent les relations entre citoyens et État ou qu'ils portent sur la sauvegarde des droits et libertés. Les *constitutional statutes* ont donc une valeur constitutionnelle au sens matériel. *Thoburn*⁽¹²⁷⁾ est le seul arrêt qui fournit une justification pour la création de la catégorie des *constitutional statutes*. Il peut être résumé par le raisonnement suivant : protéger les *constitutional statutes* équivaut à protéger les droits et libertés ; les juges peuvent, en développant la *common law*, garantir cette protection ; par conséquent les juges doivent pouvoir utiliser la *common law* pour protéger un *constitutional statute* de l'abrogation implicite. L'idée qu'un *constitutional statute* doit être plus difficilement abrogeable n'est pas nouvelle en soi, mais l'innovation réside ici dans l'élargissement de la protection à tous les *constitutional statutes*⁽¹²⁸⁾. Cette protection particulière contribue à la rigidification de la Constitution⁽¹²⁹⁾. Cet arrêt donne une nouvelle compétence aux juges : protéger les *constitutional statutes* en suspendant l'application d'une loi qui leur serait incompatible, mais qui ne stipulerait pas explicitement qu'elle abroge un *constitutional statute*.

Avec *Jackson*⁽¹³⁰⁾ (2005), les juges suprêmes réaffirment la force et l'importance cruciale du principe du *rule of law*. Or, Duffy-Meunier⁽¹³¹⁾ estime qu'il existe une corrélation manifeste entre l'affaiblissement de la souveraineté parlementaire et le renforcement du *rule of law*. Les juges ont par ailleurs

(123) *Ibid.*

(124) *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) (18 Feb 2002).

(125) A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

(126) F. AHMED et A. PERRY, « Constitutional Statutes », *op. cit.*

(127) Arrêt *Thoburn*, préc.

(128) F. AHMED et A. PERRY, « Constitutional Statutes », *op. cit.*

(129) A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

(130) *R (Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56 (13 Oct 2005).

(131) A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

déclaré dans un *obiter dictum* que les principes de la *common law* pourraient les amener, dans des circonstances exceptionnelles, à annuler une loi⁽¹³²⁾. Cela est dû au fait qu'ils considèrent que la souveraineté parlementaire est un principe de *common law*⁽¹³³⁾. Cela représente une petite révolution, eu égard à l'importance que revêt le principe de souveraineté parlementaire dans la Constitution du Royaume-Uni. Heuston affirme que les juges semblent y avoir admis que le Parlement avait le droit de s'imposer des contraintes procédurales, autrement dit de s'obliger pour le futur à légiférer en respectant des procédures d'adoption particulières⁽¹³⁴⁾.

La décision *Buckinghamshire*⁽¹³⁵⁾ (2014) de la Cour suprême confirme *Factortame I*⁽¹³⁶⁾. Ceci est important puisque toutes les autres cours, qui lui sont inférieures, doivent se conformer aux interprétations de la Cour suprême en vertu du principe de *stare decisis*⁽¹³⁷⁾. Cet arrêt portait sur une question différente de celle de *Thoburn*⁽¹³⁸⁾ : il avait trait à la potentielle contradiction entre le *Bill of Rights* et une directive européenne. Il s'agissait donc d'un conflit potentiel entre deux *constitutional statutes*, puisque c'était en vertu du ECA que la directive européenne s'insérait immédiatement dans l'ordre juridique britannique. Par ailleurs, les juges suprêmes ont répété dans le présent arrêt que la souveraineté parlementaire était un principe de *common law*. Autrement dit, que ce sont les décisions judiciaires qui ont façonné ce principe au fur et à mesure du temps. Cela a pour conséquence directe que les juges sont en mesure de transformer le principe de souveraineté parlementaire par leurs décisions⁽¹³⁹⁾.

L'enseignement principal de *Miller I*⁽¹⁴⁰⁾ (2017) réside dans le fait que le statut de CS du ECA interdit au gouvernement d'utiliser sa prérogative en matière d'affaires étrangères si cela mène à l'abrogation de cette loi⁽¹⁴¹⁾. Par conséquent, cet arrêt réduit encore un peu plus l'étendue de la prérogative royale⁽¹⁴²⁾. *Miller I*⁽¹⁴³⁾ a également apporté une énième confirmation à *Factor-*

⁽¹³²⁾ N. BAMFORTH, «Current issues in United Kingdom constitutionalism: An introduction», *International journal of constitutional law*, 2011, 9(1), pp. 79-85.

⁽¹³³⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, op. cit.

⁽¹³⁴⁾ N. W. BARBER, «The afterlife of Parliamentary sovereignty», op. cit.

⁽¹³⁵⁾ *R (on the application of Buckinghamshire County Council and others) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3 (22 Jan 2014).

⁽¹³⁶⁾ Arrêt *Factortame I*, préc.

⁽¹³⁷⁾ Selon ce principe, un problème juridique déjà résolu par une cour appelle la même réponse juridique s'il se présente dans une affaire ultérieure.

⁽¹³⁸⁾ Arrêt *Thoburn*, préc.

⁽¹³⁹⁾ N. BAMFORTH, «Current issues in United Kingdom constitutionalism: An introduction», op. cit.

⁽¹⁴⁰⁾ Arrêt *Miller I*, préc.

⁽¹⁴¹⁾ M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel : étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, op. cit.

⁽¹⁴²⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, op. cit.

⁽¹⁴³⁾ Arrêt *Miller I*, préc.

tame I⁽¹⁴⁴⁾, et étendu les conclusions de *Thoburn*⁽¹⁴⁵⁾. Poole⁽¹⁴⁶⁾ est d'avis que la Cour suprême a innové modérément, mais n'a pas réellement fait preuve d'activisme. Campbell affirme au contraire que cet arrêt représente un coup d'État constitutionnel («*constitutional coup*»⁽¹⁴⁷⁾) par lequel la SCUK s'est constituée en Cour constitutionnelle. Il va jusqu'à affirmer que *Miller I*⁽¹⁴⁸⁾ est le *Marbury v. Madison*⁽¹⁴⁹⁾ du Royaume-Uni, créant ainsi la suprématie judiciaire au Royaume-Uni. Antoine affirme que c'est une «décision majeure dans l'Histoire constitutionnelle»⁽¹⁵⁰⁾. Cet arrêt voit s'affronter deux conceptions de la Constitution britannique: la conception de la «souveraineté simple» basée sur la doctrine diceyenne, et la conception de la «constitution légale»⁽¹⁵¹⁾. La décision majoritaire des juges est le produit du constitutionnalisme juridique⁽¹⁵²⁾ (cf. V.). Enfin, le fait que la SCUK a siégé en panel de 11 juges, en banc, est inédit. Cela ne s'était jamais produit auparavant. Peut-être était-ce pour tenter d'asseoir la légitimité du jugement? La complexité des questions juridiques en causes est certainement un élément d'explication concurrent. Quoi qu'il en soit, cet arrêt élargit la possibilité pour les juges de contrôler le champ et l'exercice des prérogatives royales (qui reviennent exclusivement au gouvernement en pratique). Il témoigne aussi de l'intervention croissante des cours britanniques dans des questions politiques⁽¹⁵³⁾. Quelques dizaines d'années auparavant, elles étaient encore réticentes à le faire en raison de la déférence traditionnelle dont elles font preuve à l'égard du gouvernement et du Parlement. Le Brexit atteste que les juges des hautes cours britanniques se comportent de façon assez similaire aux hautes cours européennes continentales, en assumant leur rôle constitutionnel⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Arrêt *Factortame I*, préc.

⁽¹⁴⁵⁾ A. ANTOINE, «Le Brexit, révélateur de l'alchimie entre Constitution politique et Constitution juridique au Royaume-Uni», *op. cit.*

⁽¹⁴⁶⁾ T. POOLE, «Devotion to the Legalism; On the Brexit case», *Modern Law Review*, 2017, 80(4), p. 696.

⁽¹⁴⁷⁾ D. CAMPBELL, «*Marbury v. Madison* in the U.K.: Brexit and the Creation of Judicial Supremacy», *Cardozo Law Review*, 2018, n° 3, vol. 39, p. 922.

⁽¹⁴⁸⁾ Arrêt *Miller I*, préc.

⁽¹⁴⁹⁾ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (24 Feb 1803).

⁽¹⁵⁰⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*, p. 69.

⁽¹⁵¹⁾ P. ELEFTHERIADIS, «Two Doctrines of the Unwritten Constitution», *European Constitutional Law Review*, 2017, 13(3), pp. 525-550 [notre traduction].

⁽¹⁵²⁾ D. CAMPBELL, «*Marbury v. Madison* in the U.K.: Brexit and the Creation of Judicial Supremacy», *op. cit.*

⁽¹⁵³⁾ M. CARTABIA, «The Rule of Law and the Role of Courts», *Italian Journal of Public Law*, 2018, 10(1), pp. 1-8.

⁽¹⁵⁴⁾ A. ANTOINE, *Droit constitutionnel britannique*, *op. cit.*

C. Autres modalités de renforcement endogène

Les juges britanniques, et a fortiori les juges de la Cour suprême utilisent régulièrement les *obiter dicta*, notamment pour exprimer les raisons de leur dissidence une fois la décision rendue. Le juge qui en est l'auteur, son prestige, et sa place hiérarchique dans le système judiciaire déterminent notamment leur poids sur la doctrine, la postérité qu'ils auront⁽¹⁵⁵⁾. Les *obiter* peuvent être considérés comme des instruments de *soft law*, n'ayant pas de valeur juridique et ne rentrant pas dans le cadre du *stare decisis*⁽¹⁵⁶⁾, contrairement au *ratio dicendi*, qui justifie l'arrêt et lie les cours inférieures. La jurisprudence de la Cour suprême compte plusieurs *obiter dicta* célèbres, dont celui de *Buckinghamshire*⁽¹⁵⁷⁾, dans lequel des juges de la SCUK ont déclaré qu'une norme était incompatible avec les droits CEDH alors que la Cour ne pouvait connaître de l'affaire puisque les requérants n'avaient pas d'intérêt personnel à la cause⁽¹⁵⁸⁾. Il ressort de l'affaire précitée que la Cour se sert parfois d'*obiter dicta* pour exprimer son avis sur un cas qu'elle ne peut connaître, ce qui fait connaître aux requérants potentiels les arguments qui emporteraient la conviction de la Cour. Cela élargit son contrôle. Les *obiter* sont aussi une façon d'ouvrir subrepticement la voie à une évolution voire un revirement de jurisprudence.

L'ambiguïté législative, qu'elle résulte d'un compromis politique ou d'imprécisions légistiques, est l'occasion pour les juges de développer le droit, et plus particulièrement la *common law*, dans la direction doctrinale qu'ils privilégient⁽¹⁵⁹⁾. Ce pouvoir est amplifié par le fait que la Cour suprême choisit les cas qu'elle va entendre parmi un grand nombre d'affaires pendantes, selon l'intérêt que présente chaque cas⁽¹⁶⁰⁾. Elle dispose d'une réelle marge d'appréciation sur ce point. En sélectionnant habilement ses cas, elle oriente le développement du droit. De plus, pour rappel, en raison du principe de *stare decisis*, une innovation de la Cour aura donc un retentissement dans toute la jurisprudence britannique. Jusqu'en 1966, la juridiction suprême britannique (*Appellate Committee of the House of Lords* à l'époque) était cependant liée par ses propres précédents. Sa créativité interprétative était par conséquent limitée⁽¹⁶¹⁾. Cela changea avec l'adoption du *Practice Statement* 1966. Ce document stipule qu'à l'avenir, les Lords choisiront eux-mêmes ce qui les lie dans leur jurisprudence.

⁽¹⁵⁵⁾ F. ROLLAND, « La motivation juridictionnelle et la Cour Suprême du Royaume-Uni : suprématisme judiciaire et suprématie parlementaire », *op. cit.*

⁽¹⁵⁶⁾ S. WILSON *et al.*, « The doctrine of judicial precedent » In *English legal system*, New-York, Oxford University Press, 2016, pp. 150-185.

⁽¹⁵⁷⁾ Arrêt *Buckinghamshire*, préc.

⁽¹⁵⁸⁾ D. CAMPBELL et J. ALLAN, « Procedural Innovation and the Surreptitious Creation of Judicial Supremacy in the United Kingdom », *op. cit.*

⁽¹⁵⁹⁾ P. CRAIG, « Miller, structural constitutional review and the limits of prerogative power », *Public law*, 2017 Nov. supp., p. 48.

⁽¹⁶⁰⁾ L. NEUDORF, « The supreme court and the new judicial independence », *op. cit.*

⁽¹⁶¹⁾ B. DICKSON, « Creativity in the supreme court 2011-12 », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, 2(1), pp. 33-40.

Si cela leur paraît nécessaire, ils peuvent récuser un ou plusieurs précédents. L'existence de précédents judiciaires pèse donc moins sur les juges suprêmes, l'innovation juridictionnelle est facilitée.

V. CHANGEMENTS DANS LA CONSTITUTION BRITANNIQUE

Il ressort des sections précédentes que la Constitution britannique a énormément évolué dans la période 1970-2000. Une révolution constitutionnelle a eu lieu puisque les sources non écrites de droit ont perdu de l'importance, au profit des *constitutional statutes*⁽¹⁶²⁾. La constitution, qui était exclusivement matérielle avant *Factortame I* a développé un versant formel. En effet, il n'existe pas de procédure législative particulière pour adopter un *constitutional statute*, mais une constitution britannique formelle éclot puisque l'abrogation implicite d'une *telle norme* est proscrite⁽¹⁶³⁾ depuis *Thoburn*⁽¹⁶⁴⁾. L'existence même de *constitutional statutes* distincts des lois ordinaires est incompatible avec la doctrine diceyenne, qui ne peut s'accommoder d'une entorse à la règle de l'implied repeal.

Le principe du *rule of law* a en outre été redéfini avec le HRA, puisqu'il impliquait précédemment l'absence d'un catalogue écrit des droits⁽¹⁶⁵⁾. Ce principe a en outre été promu de façon croissante à partir des années 1990, renforçant le contrôle juridictionnel des décisions administratives et des lois. Le HRA s'inscrit dans cette évolution⁽¹⁶⁶⁾.

VI. ANALYSE PAR LES MODÈLES CONSTITUTIONNELS

Plusieurs modèles théoriques proposent une explication aux évolutions constitutionnelles advenues ces dernières dizaines d'années au Royaume-Uni. Ils ont, au-delà de leur ambition descriptive, un versant normatif. Il faut y être attentif. Deux grands modèles constitutionnels s'affrontent pour expliquer et tenter de transformer le système constitutionnel du Royaume-Uni : le constitutionnalisme politique et le constitutionnalisme juridique.

Le constitutionnalisme politique s'ancre sur le républicanisme et est caractérisé par la confiance qu'il a en la capacité de la démocratie représentative à protéger efficacement le *rule of law* et les droits et libertés. La souveraineté

⁽¹⁶²⁾ V. BOGDANOR, *The new British constitution*, op. cit.

⁽¹⁶³⁾ A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, op. cit.

⁽¹⁶⁴⁾ Arrêt *Thoburn*, préc.

⁽¹⁶⁵⁾ A. DUFFY-MEUNIER, « La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », op. cit., pp. 681-734.

⁽¹⁶⁶⁾ A. BACHERT, *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de Common law : recherches comparées sur la troisième voie du constitutionnalisme et la protection renouvelée des droits et libertés : États-Unis, Canada, Royaume-Uni*, op. cit.

parlementaire, impliquant la possibilité de mettre en cause individuellement et collectivement la responsabilité gouvernementale, est vue comme garante de cette protection. Par ailleurs, la sanction potentielle des électeurs amène les parlementaires à légiférer conformément à leurs droits⁽¹⁶⁷⁾. Les tenants du constitutionnalisme politique rejettent l'utilisation de mécanismes juridictionnels pour protéger les droits et libertés, en raison du manque de légitimité démocratique de tels dispositifs (les juges ne sont pas élus). Ils affirment également que le désaccord permanent sur la définition des objectifs sociétaux empêche la mise en place de mécanismes juridictionnels efficaces. La procédure législative ordinaire, flexible, est la seule en mesure de respecter la volonté populaire en matière de sauvegarde des droits et libertés⁽¹⁶⁸⁾. Cette forme de constitutionnalisme ne nie donc pas la nécessité de contrôler l'action gouvernementale, mais privilégie un contrôle politique à un contrôle judiciaire ou juridictionnel, vu comme moins légitime et moins efficace⁽¹⁶⁹⁾.

Le constitutionnalisme juridique, au contraire, postule que le *rule of law* et les droits et libertés sont mieux protégés par l'existence de normes supérieures aux lois ordinaires, sauvegardées par les juges. Il met en avant l'impartialité et la stabilité permises par la préservation juridictionnelle de ces principes, en opposition aux excès de la majorité politique envers les minorités⁽¹⁷⁰⁾.

Historiquement, le Royaume-Uni relève du constitutionnalisme politique. En effet, la vision orthodoxe (diceyenne) de sa Constitution sacralise la souveraineté parlementaire, qui ne peut être limitée par les juges. Cependant, les évolutions constitutionnelles des 40 dernières années (*cf. supra*) témoignent du déclin de cette théorie. Le Royaume-Uni se situe dorénavant entre ces deux modèles. Expliquons cette évolution vers le constitutionnalisme juridique.

Dès l'émergence du parlementarisme, l'exécutif fut responsable devant les parlementaires, eux-mêmes responsables devant leurs électeurs. Son contrôle était presque exclusivement politique. Dans ce contexte, le rôle des cours était d'interpréter les lois le plus fidèlement possible par rapport à la volonté parlementaire. Plusieurs facteurs semblent avoir érodé la confiance en la responsabilisation politique de l'exécutif. Premièrement, le développement des partis politiques et de la démocratie de masse, qui ont entraîné une forte discipline de parti et pratiquement exclu l'adoption d'une motion de censure (7 motions adoptées entre 1832 et 1945, seulement une depuis 1945). Les élections sont devenues le seul moment de reddition des comptes. Deuxièmement, la centralisation du pouvoir dans les mains du Premier ministre, au détriment du gouvernement

(167) S. GARDBAUM, « Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale ?) », *op. cit.*

(168) E. F. DELANEY, « Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom », *op. cit.*

(169) S. GARDBAUM, « Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale ?) », *op. cit.*

(170) B. SANGMEISTER, « Judicial Review of Legislation in the UK: Fundamental Common Law Principles as "Constitutional Principles" Limiting the Sovereignty of Parliament? », *op. cit.*

collectivement. Troisièmement, depuis le *Parliament Act 1911*, il n'y a plus eu de deuxième chambre puissante qui puisse vraiment responsabiliser le gouvernement. Quatrièmement, avec l'expansion de l'État, les ministres n'ont plus été capables de surveiller l'action de tous les départements de leur administration, dont ils sont responsables, et le Parlement n'a plus été en mesure d'exercer un réel contrôle sur les ministres⁽¹⁷¹⁾. Le contrôle politique et la protection des droits par le Parlement ont donc été rendus moins efficaces par la progressive prédominance de l'exécutif. La confiance envers les mécanismes politiques de responsabilisation s'est étiolée, et une pression substantielle est née en faveur de la judiciarisation du système politique. La séparation des pouvoirs, concept qui n'existait pas tel qu'il est connu aujourd'hui, a été théorisée en réaction à la concentration de ceux-ci. Les cours et d'autres institutions faiblement politisées ont reçu de nouvelles prérogatives, rendant le contrôle juridictionnel des actes administratifs de plus en plus courant, y compris au niveau de leur contenu. Ce processus a culminé avec le HRA et le contrôle juridictionnel des actes administratifs. Le contrôle renforcé des actes administratifs s'est avéré être un « cheval de Troie »⁽¹⁷²⁾ puisque les réticences originelles à un contrôle juridictionnel des lois ont été atténuées.

Gren⁽¹⁷³⁾ voit plutôt dans les changements constitutionnels de ces dernières dizaines d'années un changement de paradigme amorcé par la décision *Factortame I*⁽¹⁷⁴⁾. En donnant un statut supra-législatif au ECA, les juges empêchent toute abrogation implicite de cette loi, et ils deviennent des constituants, rompant avec la déférence parlementaire traditionnelle. L'arrêt aurait pu être dénoncé comme anticonstitutionnel, mais il fut au contraire intégré dans la doctrine grâce aux travaux des constitutionnalistes, qui développèrent un nouveau paradigme, celui de la suprématie constitutionnelle. L'entrée dans ce paradigme est validée explicitement par des décisions judiciaires (*cf. supra*), et implicitement par l'adoption du HRA et du CRA, qui correspond à la dernière étape de la révolution paradigmatique⁽¹⁷⁵⁾. Gren aborde donc l'évolution constitutionnelle un peu différemment, en mobilisant les ressources théoriques khuniennes. Toutefois, le paradigme de la suprématie constitutionnelle est assimilable à une forme douce de constitutionnalisme juridique, puisque ce paradigme est caractérisé par les nouvelles limites qui sont posées à la souveraineté

(171) S. GARDBAUM, « Separation of powers and the growth of judicial review in established democracies (or why has the model of legislative supremacy mostly been withdrawn from sale ?) », *op. cit.*

(172) *Ibid.*, p. 638.

(173) M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel : étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, *op. cit.*

(174) Arrêt *Factortame I*, préc.

(175) M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel : étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, *op. cit.*

parlementaire et fixées par des juges. Delaney⁽¹⁷⁶⁾ fait également état du passage d'un système basé sur la souveraineté parlementaire à un système basé sur le respect de la constitution.

Gardbaum estime que le Royaume-Uni s'est engagé sur une troisième voie entre constitutionnalisme politique et constitutionnalisme juridique – ou entre suprématie législative et suprématie juridictionnelle – qu'il appelle le « *new Commonwealth model of constitutionalism* »⁽¹⁷⁷⁾. Celui-ci aurait pour but de protéger les droits et libertés tout en préservant le rôle central du législateur. Il serait donc permis aux hautes cours de vérifier que le législateur légifère conformément aux droits de l'homme, tout en lui laissant le dernier mot en cas d'incompatibilité avérée. Une des caractéristiques de ce nouveau modèle serait l'existence d'un *Bill of rights* (le HRA en l'occurrence) appliqué par une nouvelle modalité de protection des droits et libertés, à savoir un contrôle parlementaire doublé d'un contrôle juridictionnel. Un autre trait de cette troisième voie serait la complémentarité de ces contrôles, le contrôle juridictionnel ayant lieu en cours – et non en fin – de processus⁽¹⁷⁸⁾.

Ce raisonnement paraît solide, mais il ne résiste pas à l'analyse : même si la souveraineté parlementaire est formellement épargnée par le HRA⁽¹⁷⁹⁾, en pratique une immense majorité des DOI sont suivies d'une correction législative. Les juges disposent d'un vrai pouvoir de contrainte sur le législateur⁽¹⁸⁰⁾. Il n'existe en réalité pas de troisième voie du constitutionnalisme : le Royaume-Uni s'approche du constitutionnalisme juridique. L'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas nécessaire. Un contrôle juridictionnel du respect par le législateur d'un « catalogue des droits » indique l'appartenance au constitutionnalisme juridique⁽¹⁸¹⁾.

Une autre théorie de la « troisième voie » s'est développée ces dernières années (et elle transparaît dans divers arrêts « disruptifs » ; cf. *supra*) : le *common law constitutionalism* (CLC). Elle donne une place cruciale aux juges en affirmant que la source suprême de la Constitution britannique est la *common law*⁽¹⁸²⁾ (non contrôlable par le Parlement, par définition). Pour les tenants de cette théorie, le principe de souveraineté parlementaire est donc comme une création de *common law*. Le corollaire de cet énoncé étant que les juges peuvent encore aujourd'hui le métamorphoser, avec les conséquences juridico-

(176) E. F. DELANEY, « Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom », *op. cit.*

(177) S. GARDBAUM, « The new commonwealth model of constitutionalism », In *Bills of Rights*, Londres, Routledge, 2017, p. 55.

(178) *Ibid.*

(179) Le HRA laisse la possibilité au Parlement de ne pas répondre à une DOI. (cf. *supra*).

(180) A. BACHERT, *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de Common law : recherches comparées sur la troisième voie du constitutionnalisme et la protection renouvelée des droits et libertés : États-Unis, Canada, Royaume-Uni*, *op. cit.*

(181) *Ibid.*

(182) B. SANGMEISTER, « Judicial Review of Legislation in the UK: Fundamental Common Law Principles as “Constitutional Principles” Limiting the Sovereignty of Parliament? », *op. cit.*

politiques majeures qui s'ensuivent⁽¹⁸³⁾. La souveraineté du Parlement est donc limitée par la *common law*, les droits et libertés, la démocratie et le *rule of law*.

Le CLC peut être rapproché du constitutionnalisme juridique étant donné la similarité entre les principes protégés par la *common law* (droits et libertés, *rule of law* et démocratie) et les principes inscrits dans les constitutions écrites des États occidentaux. Il est par contre difficile de suivre Sangmeister⁽¹⁸⁴⁾ quand il affirme que la nécessité de circonstances très particulières pour qu'une Cour britannique soit à même d'annuler une loi fait écho à la pondération des juges (en termes de respect de la séparation des pouvoirs) dans les pays de constitutionnalisme juridique. La déférence dont la Cour constitutionnelle belge, par exemple, peut faire preuve en refusant occasionnellement de prendre position sur une question politique est bien moindre que celles des juges britanniques.

En fin de compte, la diversité des positions académiques tentant d'expliquer l'avènement d'une « new British constitution »⁽¹⁸⁵⁾ est quasiment réductible à l'observation d'une progression vers le constitutionnalisme juridique. Certains attributs d'une constitution relevant du constitutionnalisme juridique font toujours défaut, mais l'affirmation de la SCUK en tant qu'institution autonome ayant un rôle constitutionnel propre, et l'empressement du législateur à corriger une DOI sont significatifs.

VII. CONCLUSION

Cette contribution a exposé les causes et les circonstances du renforcement du contrôle juridictionnel exercé par la SCUK, juridiction suprême britannique. Les causes de ce phénomène peuvent être catégorisées selon qu'elles ont une origine extérieure à cette institution (renforcement exogène), ou qu'elles sont le fait de la pratique des juges (suprêmes) eux-mêmes (renforcement endogène). Parmi les facteurs exogènes, l'adhésion à des organisations internationales (CEE/UE et CEDH) et l'adoption des lois qui en découle (ECA et HRA) ont fortement contribué à faire de la Cour un acteur central du système politique britannique. Sa transformation en une institution autonome avec le CRA et la dévolution ont de même participé à la renforcer. Par ailleurs, les modalités de contrôle créées par la *common law* dans le cadre de la protection des droits des individus et les arrêts rendus par la juridiction suprême du pays ont concouru à son renforcement (facteurs endogènes).

⁽¹⁸³⁾ M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel : étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, op. cit.

⁽¹⁸⁴⁾ B. SANGMEISTER, « Judicial Review of Legislation in the UK: Fundamental Common Law Principles as "Constitutional Principles" Limiting the Sovereignty of Parliament? », op. cit.

⁽¹⁸⁵⁾ V. BOGDANOR, *The new British constitution*, op. cit., p. XI.

Si le Brexit et l'*European Union (Withdrawal) Act 2018* qui l'a suivi relèguent à la doctrine juridique la controverse sur l'application directe du droit européen dans un système britannique extrêmement attaché à la souveraineté de son propre parlement, il est certain que les changements constitutionnels que l'appartenance à l'UE a induits ont profondément marqué le Royaume-Uni.

Le passage d'une protection des droits complètement axée sur l'action parlementaire à une protection mise en œuvre par des juges correspond à la transition du constitutionnalisme politique au constitutionnalisme juridique, même si cette transition n'est pas achevée. Celle-ci recoupe d'ailleurs la définition de la judiciarisation de Vallinder. Les autres définitions de la judiciarisation proposées dans l'introduction s'appliquent également au cas britannique. Malgré les spécificités du système britannique de *common law*, le Royaume-Uni n'échappe pas au mouvement de judiciarisation observé dans les États occidentaux⁽¹⁸⁶⁾. La SCUK n'est pas encore une Cour constitutionnelle au sens strict du terme, mais «l'ultime transformation de la Cour suprême ne dépend que d'elle»⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ G. GRANDJEAN, *Pouvoir politique et audace des juges. Approche européenne et comparée*, coll. Pratique du droit européen, Bruxelles, Larcier, 2018.

⁽¹⁸⁷⁾ A. DUFFY-MEUNIER, «La cour suprême au Royaume-Uni après le constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme», *op. cit.*, p. 731.