

La lettre d'Angleterre



Reprendre le contrôle : ennuis et ironies

*Paul DALY**

The Ironies of “Taking Back Control”

Retomar el control: inconvenientes e ironías

Retomar o controle: dificuldades e ironias

英国脱欧“收回控制权”的纠结与讽刺

Résumé

Ce texte est basé sur une conférence donnée à l'Université de Montréal le 29 mars 2018 à l'occasion du premier anniversaire de la notification par le gouvernement britannique de son intention de quitter l'Union européenne en vertu de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne.

Prenant pour thème l'idée que la Grande-Bretagne reprendrait ainsi le contrôle souhaité par la majorité de l'électorat qui a choisi l'option « LEAVE » – c'est-à-dire quitter l'UE – dans le référendum de juin 2016, j'identifie plusieurs ironies et problématiques au sujet du « contrôle » censé avoir été « repris » et de

Abstract

This text is based on the keynote address for a conference held at the Université de Montréal on March 29, 2018 to mark the first anniversary of the notification by the UK government of its intention to leave the European Union pursuant to Article 50 TEU.

Taking as my theme the notion that Britain is 'taking back control', I identify several ironies about the 'control' that has supposedly been 'taken back', in accordance with the wishes of the majority of the electorate that voted to LEAVE the EU in the 2016 referendum, and the way in which it will be distributed between the organs of government.

* Professeur de droit public (Senior Lecturer in Public Law), Université de Cambridge et Derek Bowett Fellow en droit, Queens' College, Cambridge. Ce texte a été préparé pour le colloque *Brexit: à faire ou à défaire? Perspectives comparée, européenne et internationale*, qui a eu lieu à l'Université de Montréal le 29 mars 2018. L'auteur remercie les participants au colloque, ainsi que le professeur Michel Morin et Marie-France Fortin pour leurs commentaires précieux.

la façon dont il sera réparti entre les organes du gouvernement.

Mon objectif n'est pas de remettre en question le résultat du référendum, ni même de suggérer qu'un avertissement préalable quant à ces ironies aurait convaincu une majorité d'électeurs de demeurer au sein de l'UE. Néanmoins, « reprendre le contrôle » s'avère très difficile dans la pratique, une leçon que d'autres mouvements politiques nationalistes, populistes et isolationnistes feraient bien d'apprendre

Resumen

Este documento esta basado en una conferencia impartida en la Universidad de Montreal el 29 de marzo de 2018 con ocasión del primer aniversario de la notificación del Gobierno británico de su intención de abandonar la Unión Europea en virtud del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea.

Tomando como tema la idea de que Gran Bretaña retomaría así el control deseado por la mayoría del electorado que eligió la opción «SALIR» —es decir, abandonar la UE— en el referéndum de junio de 2016, yo identifico varias ironías e inconvenientes respecto al «control» que se supone haberse «retomado» y de la manera cómo este se repartirá entre los organismos gubernamentales.

Mi objetivo no es cuestionar el resultado del referéndum, y menos sugerir que una advertencia previa en cuanto a estas ironías habría convencido a una mayoría de votantes a permanecer en el seno de la UE. Sin embargo, «retomar el control» resulta muy difícil en la práctica, una lección que otros movimientos

My aim is not to question the outcome of the referendum, nor even to suggest that a prior warning about these ironies would have convinced a majority of voters to remain in the EU. Nevertheless, taking back control is proving very difficult in practice, a lesson that other nationalist, populist and isolationist political movements would do well to learn.

Resumo

Este texto está baseado em uma palestra proferida na Universidade de Montreal no dia 29 de março 2018, por ocasião do primeiro aniversário da notificação pelo governo britânico de sua intenção de deixar a União Europeia em virtude do artigo 50 do Tratado sobre a União Europeia.

Tomando por tema a ideia que a Grã-Bretanha recuperaria assim o controle desejado pela maioria do eleitorado que escolheu a opção «LEAVE» —ou seja, deixar a UE— no referendo de junho de 2016, eu identifico diversas ironias e problemáticas relativas ao tema do «controle» supostamente «retomado» e à maneira pela qual ele será repartido entre os órgãos do governos.

Meu objetivo não é colocar em questão o resultado do referendo, nem mesmo de sugerir que uma advertência prévia sobre essas ironias teria convencido uma maioria dos eleitores a permanecer no seio da UE. Não obstante, «retomar o controle» se mostra difícil na prática, uma lição que outros movimentos políticos

políticos nacionalistas, populistas y aislacionistas harían bien en aprender.

nacionalistas, populistas e isolacionistas fariam bem em aprender.

摘要

本文是根据2018年3月29日本人在蒙特利尔大学举行的纪念英国政府根据《欧盟条约》第50条提交退欧意向通知一周年所作主旨讲座为基础修改而成。

本文主要探讨了英国通过2016年6月举行的全民公决多数人选择“LEAVE”，即退出欧盟，如愿收回控制权。本人指出了所谓“收回”“控制权”及其如何在政府机构之间分配权限所具有的若干讽刺意义和问题。

本人的目的不是质疑公决的结果，更不是暗示要是提前告知选民这些啼笑皆非的局面就可能说服多数选民留在欧盟。不过，“收回控制权”在实践中显得十分艰难，这是其他民族主义、民粹主义和孤立主义政治运动应当汲取的教训。

Plan de la lettre

Introduction	165
I. Perte de contrôle	167
II. Souveraineté populaire ou parlementaire	168
III. Reprendre pour redonner	173
IV. Pouvoir législatif et exécutif	177
V. Le rôle des juges	179
VI. Dévolution	183
Conclusions	187

Il est impossible de mettre le doigt sur la confluence exacte de considérations qui a amené une majorité d'électeurs britanniques à quitter le navire de l'Union européenne (ci-après « UE ») en juin 2016. On peut se fier à Dominic Cummings, stratège de la campagne référendaire des Brexiteers (les partisans du retrait de l'UE) qui, dans un article éclairant publié dans *The Spectator* quelques mois après le choc politique du 23 juin, nous rappelle les dangers de créer un récit (*narrative*) afin d'expliquer l'inexplicable: « The cold reality of the referendum is no clear story, no 'one big causal factor', and no inevitability – it was 'men going at it blind' »¹.

Cela étant, le slogan « Let's Take Back Control » (« reprendre le contrôle ») est d'une importance capitale. Cummings lui-même attribue une puissance particulière à sa propre création. En effet, les cinq points-clés (« five simple foundations ») de la victoire du camp du « Leave » tournent autour de cette idée: « reprendre le contrôle ». Avec justesse, car comme les meilleurs slogans politiques, « reprendre le contrôle » est essentiellement un contenant vide, dans lequel l'électeur peut verser la substance qui lui plaît: contrôle des frontières; contrôle de l'argent; contrôle de l'économie; contrôle du commerce; contrôle de la sécurité nationale. Contrôle, bref, du destin même du Royaume-Uni. Qui pourrait être contre cela ?

D'ailleurs, le slogan sous-entend subtilement une perte de contrôle – quelque chose qui appartenait au peuple britannique ne lui appartient plus. La notion est vague, certes, mais nous pouvons bien imaginer des électeurs qui ont perçu une perte de contrôle, au profit de l'UE, vers des élites économiques, vers des juges non élus. Toujours est-il que la puissance de ce slogan réside dans son caractère creux.

Qui plus est, depuis la campagne référendaire, le slogan « reprendre le contrôle », est devenu un pilier de la politique britannique concernant sa relation future avec l'Union européenne². Prenons par exemple le passage suivant du discours de la première ministre, madame Teresa May,

¹ Dominic Cummings, « How the Brexit referendum was won », *The Spectator* (9 janvier 2017), en ligne: <<https://blogs.spectator.co.uk/2017/01/dominic-cummings-brexit-referendum-won/>>.

² Roland Oliphant, « Boris Johnson fires warning shot at Theresa May as he says 'whole of UK must take back control' after Brexit », *The Telegraph* (7 décembre 2017), en ligne: <<https://www.telegraph.co.uk/news/2017/12/07/boris-johnson-says-whole-uk-must-take-back-control-borders-cash/>>.

à Lancaster House en janvier 2017, dans lequel elle parle de ses objectifs pour les négociations avec l'UE :

Certainty wherever possible. *Control* of our own laws. Strengthening the United Kingdom. Maintaining the Common Travel Area with Ireland. *Control* of immigration. Rights for EU nationals in Britain, and British nationals in the EU. Enhancing rights for workers. Free trade with European markets. New trade agreements with other countries. A leading role in science and innovation. Co-operation on crime, terrorism and foreign affairs. And a phased approach, delivering a smooth and orderly Brexit.³

La première ministre a aussi élaboré ses « *red lines* » (« lignes rouges » ou fins de non-recevoir)⁴ : contrôle par le Royaume-Uni de l'immigration, de son argent et de ses lois. Les considérations qui auraient amené une majorité des électeurs à voter « LEAVE » étaient donc une inquiétude par rapport à l'immigration non réglementée, un désir de ne plus verser de grandes sommes d'argent aux institutions de l'UE, et une volonté de donner au Parlement à Londres la pleine amplitude des pouvoirs législatifs dont l'usage serait interprété uniquement par des tribunaux britanniques.

Considérons, donc, la mise en œuvre de ce slogan qui est maintenant devenu la politique du gouvernement du Royaume-Uni. Comme nous le verrons, « reprendre le contrôle » s'avère difficile, au point où le « contrôle » supposément rapatrié est ou sera diffusé à différents acteurs, incluant l'UE elle-même.

Comme amuse-bouche, remarquons que le moment exact du retrait le 29 mars 2019, sera 23 h, heure de Londres, c'est-à-dire minuit, heure de Bruxelles – quelle ironie que le moment même de son retrait soit dicté au Royaume-Uni par le droit européen⁵ ! Et comme entrée, notons que la seule

³ « The government's negotiating objectives for exiting the EU: PM speech », *Gov.uk* (17 janvier 2017), en ligne : <<https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech>>. Voir également « PM's Florence speech: a new era of cooperation and partnership between the UK and the EU », *Gov.uk* (22 septembre 2017), en ligne : <<https://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu>>.

⁴ Vaughne Miller, *Brexit: Red Lines and Starting Principles*, House of Commons Briefing Paper 7938, 21 juin, 2017.

⁵ Jason Groves et Mario Ledwith, « Brexit date for UK to leave EU set for March 29, 2019 », *Daily Mail Online* (9 novembre 2017), en ligne : <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-5068373/Brexit-date-set-leave-hour-early.html>>.

façon pour le Royaume-Uni d'assurer son retrait ordonné de l'UE est de maintenir en place toute disposition pertinente du droit européen.

Voyons, alors, les ennuis et ironies de « reprendre le contrôle ».

I. Perte de contrôle

Depuis 1973, l'appartenance du Royaume-Uni à l'UE a changé de façon profonde le paysage juridique britannique. De prime abord, nombreuses sont les dispositions législatives, les règlements, les décisions administratives, et la *soft law* qui rendent le système britannique conforme aux normes du droit européen. Par ailleurs, afin de donner les effets juridiques nécessaires à ces normes, les tribunaux britanniques ont dû modifier l'ancienne règle de la souveraineté du Parlement. Par exemple, lorsqu'il y a un conflit entre une disposition législative britannique et une norme du droit européen, c'est ce dernier qui prime, sans exception⁶. Même quand la disposition législative britannique a été adoptée postérieurement à la norme européenne – ce qui, selon la *common law*, appelle à la règle de l'abrogation implicite – les tribunaux britanniques sont contraints de déclarer inopérante la disposition législative britannique⁷, bousculant ainsi l'ancienne conception de la souveraineté parlementaire selon laquelle un Parlement n'était pas capable de lier ses successeurs. La notion de l'inopérabilité d'une disposition législative est novatrice en droit britannique. Afin d'expliquer (ou de justifier) ce phénomène, les tribunaux britanniques ont développé la notion de « constitutional statutes », auxquels est accordée une protection contre l'abrogation implicite⁸.

Nous ne devons pas alors sous-estimer la révolution en jurisprudence et dans la pensée constitutionnelle qui résulte de l'appartenance du Royaume-Uni à l'UE. Il est vrai que, comme nous rappelle l'article 18 du *European Union Act 2011*⁹, les normes du droit européen ont la force de loi au Royaume-Uni « only by virtue of » une loi britannique, soit le *European Communities Act 1972*¹⁰, et que formellement, rien n'a changé à l'égard de l'ancienne

⁶ *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No 2)* [1991] 1 AC 603.

⁷ *Benkharbouche v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2017] 3 WLR 957.

⁸ *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151.

⁹ (R.-U.), 2011, c. 12, en ligne : <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/12/contents>>.

¹⁰ (R.-U.), 1972, c. 68, en ligne : <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/contents>>.

conception de la souveraineté parlementaire. C'est néanmoins avec justesse que le gouvernement britannique plaide, dans son livre blanc sur sa relation future avec l'UE :

The sovereignty of Parliament is a fundamental principle of the UK constitution. Whilst Parliament has remained sovereign throughout our membership of the EU, it has not always felt like that.¹¹

Cette catégorie de « *statutes* » s'étend maintenant jusqu'aux dispositions du *Bill of Rights 1689*¹², qui touchent plusieurs aspects du droit constitutionnel britannique qui se trouvent loin de la sphère d'influence du droit européen¹³. Autrement dit, le *lex specialis* du droit européen est devenu le *lex generalis* du droit constitutionnel britannique. Étant donné que l'influence du droit européen a débordé sa sphère d'opération, il y a lieu de penser que les modifications à la Constitution britannique seront permanentes, même si le retrait du Royaume-Uni de l'UE a également le potentiel de changer de façon fondamentale le paysage constitutionnel britannique. En revanche, « it has not always felt like [it] » – le Parlement est toujours suprême – et il est difficile de ne pas mentionner à cet égard les effets révolutionnaires du droit européen.

II. Souveraineté populaire ou parlementaire

À cet égard, la notion de « reprendre le contrôle » de « nos » lois implique assurément, dans l'esprit britannique, le contrôle du Parlement à Westminster. Pourtant, le « contrôle » exercé par le Parlement depuis le référendum est de caractère non traditionnel.

Prenons, d'abord, le processus menant au déclenchement de l'article 50. Pour sortir de l'UE conformément aux termes des traités il faut respecter le processus prévu par l'article 50 du *Traité sur l'Union européenne*¹⁴. Cette

¹¹ David Davis, *White Paper on The United Kingdom's Exit from and Partnership With the European Union* (2 février 2017), en ligne: <<https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper>> à la p. 13.

¹² En ligne: <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections1/collections-glorious-revolution/billofrights/>>.

¹³ *R (HS2 Action Alliance) v Secretary of State for Transport* [2014] WLR 324.

¹⁴ En ligne: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0002.02/DOC_1&format=PDF>.

disposition prévoit une « décision » par un État membre de quitter l'UE, suivi par une notification de ladite décision aux institutions européennes. Suivant l'article 50(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 [...] sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délai.¹⁵

La question du caractère révocable ou non de l'article 50 a fait couler beaucoup d'encre. Je n'ai pas l'intention d'en verser beaucoup plus ici¹⁶. Nous pouvons dire, tout simplement, que faute de révocation (si celle-ci est bel et bien une option juridiquement valable) ou d'une décision unanime des États-membres de prolonger la période de deux ans prévue par l'article 50, le Royaume-Uni, ayant déclenché le processus le 29 mars 2017, sortira de l'UE, devenant ainsi un tiers pays, le 29 mars 2019. Comme la Cour suprême britannique l'a expliqué dans l'affaire *Miller*, reprenant l'argument de Lord Pannick QC, avocat de la demanderesse :

when ministers give Notice they will be “pulling [...] the trigger which causes the bullet to be fired, with the consequence that the bullet will hit the target and the Treaties will cease to apply”.¹⁷

Au début, le gouvernement prétendait avoir la compétence de déclencher le processus de retrait du Royaume-Uni de l'UE lui-même, en exerçant la prérogative royale de façon unilatérale. Nombreux étaient les juristes éminents qui ont appuyé cette thèse¹⁸; néanmoins, la Cour suprême a statué que, prenant en considération les effets juridiques dramatiques du Brexit, une autorisation législative accordée par le Parlement était nécessaire.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Voir Paul Craig, « The Process: Brexit and the Anatomy of Article 50 » dans Federico Fabbrini, dir., *The Law and Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 49.

¹⁷ *Miller v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] 2 WLR 583, par. 36 [*Miller*].

¹⁸ Voir, par exemple, David Feldman, « Brexit, the Royal Prerogative, and Parliamentary Sovereignty », *UK Const. L. Blog* (8 novembre 2016), en ligne: <<https://ukconstitutional-law.org/2016/11/08/david-feldman-brexit-the-royal-prerogative-and-parliamentary-sovereignty/>>; John Finnis, « Terminating Treaty-based UK Rights », *U.K. Const. L. Blog* (26 octobre 2016), en ligne: <<https://ukconstitutionallaw.org/2016/10/26/john-finnis-terminating-treaty-based-uk-rights/>>.

Les partisans du camp du «REMAIN» se réjouissaient, pensant que la majorité des membres du Parlement, qui avaient voté en ce sens, mettraient du sable dans l'engrenage du gouvernement, ralentissant le processus du Brexit en imposant des conditions avant que la première ministre ne soit autorisée à déclencher l'article 50, telles que des études d'impact préalables, le consentement des assemblées ayant des pouvoirs dévolus au Royaume-Uni, ou des obligations de reddition de comptes pendant le processus de retrait.

Ce scénario n'a jamais vu le jour. Les membres du parlement ont voté par une grande majorité – presque à l'unanimité – en faveur d'une disposition législative laconique, même si la Chambre des Lords les a implorés d'ajouter, à tout le moins, des conditions relatives à la protection des droits des citoyens européens résidents au Royaume-Uni et un vote parlementaire afin de ratifier l'accord conclu sous l'égide de l'article 50¹⁹.

Expliquer pourquoi les parlementaires ont donné cette carte blanche au gouvernement n'est pas difficile. Lord Taverne a bien compris :

out goes Edmund Burke, who argued that MPs were representatives, not delegates. The doctrine of Rousseau now rules in Westminster, that the will of the people must always prevail.²⁰

La volonté du peuple – la souveraineté populaire – a primé sur l'expertise des élus – la souveraineté parlementaire.

La notion de souveraineté populaire n'est pas, certes, complètement étrangère à la tradition constitutionnelle britannique. Au cours du 19^e siècle, alors que la réforme de l'électorat – par l'entremise du *Great Reform Act*²¹ – a effectué un changement important à la constitution britannique, le Marquis de Salisbury a développé une théorie référendaire. Son objectif étant d'identifier les circonstances dans lesquelles la Chambre des Lords non élue pourrait bloquer des mesures dûment adoptées par la Chambre des Communes (dont les membres étaient, et sont toujours, élus), le Marquis a proposé le concept d'une élection référendaire :

¹⁹ Paul Daly, « Miller: Legal and Political Fault Lines » (2017) *Public Law (Brexit Special Issue)* 71.

²⁰ R.-U., H.L., *Parliamentary Debates*, vol. 779, col 1218 (7 mars 2017).

²¹ En ligne : <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseofcommons/reformacts/overview/reformact1832/>>.

It may be that the House of Commons in determining the opinion of the nation is wrong; and if there are grounds for entertaining that belief, it is always open to this House, and indeed it is the duty of this House to insist that the nation shall be consulted, and that one House without the support of the nation shall not be allowed to domineer over the other.²²

Cela étant, cette théorie est morte après l'entrée en vigueur du *Parliament Act 1911*²³, qui a mis en place un processus formel pour résoudre des conflits entre les deux chambres, puis l'émergence de la *Salisbury-Addison Convention*²⁴, en vertu de laquelle la Chambre des Lords ne peut s'opposer à la deuxième ou troisième lecture d'un projet de loi issu du gouvernement, et qui faisait partie de son programme électoral. Le poids important accordé au résultat du référendum par les membres du Parlement laisse néanmoins entendre que le « contrôle » repris par l'électorat ne réside pas en totalité à Westminster. Cela demeure le cas, par ailleurs, et même si une majorité de députés préféreraient rester dans l'UE, ils continuent de faire preuve de déférence envers l'électorat.

Qui plus est, ayant autorisé le déclenchement du processus de retrait prévu par l'article 50, le Parlement se voit démuné de moyens d'imposer sa volonté à l'exécutif. Le départ du Royaume-Uni le 29 mars 2019 sera automatique, que le Parlement d'alors le veuille ou non. Ainsi, la « concession » offerte par le gouvernement, selon laquelle il y aura un « *meaningful vote* » à la fin des négociations avec l'UE afin de permettre au Parlement de statuer sur l'accord conclu, est chimérique²⁵. De toute manière, comme dans le cas de la Ponsonby Rule, qui est devenue une norme législative avec l'adoption du *Constitutional Reform and Governance Act 2010*²⁶, l'approbation ou non par le Parlement de l'accord, comme c'est le cas pour tout traité international, n'aura aucune force contraignante. Les sanctions suite au non-respect d'une convention constitutionnelle, dont le Ponsonby Rule, relèvent exclusivement de la sphère politique et non celle des tribunaux.

²² R.-U., H.L., *Parliamentary Debates*, 3^e sér., vol 197, col 84 (17 juin 1869).

²³ En ligne : <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseoflords/house-of-lords-reform/from-the-collections/from-the-parliamentary-collections-the-parliament-act/parliament-act-1911/>>.

²⁴ En ligne : <<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/salisbury-doctrine/>>.

²⁵ George Parker, Sarah Gordon et Arthur Beesley, « May grants full vote on Brexit deal in concession to pro-Europeans », *Financial Times* (13 novembre 2017), en ligne : <<https://www.ft.com/content/759c8584-c887-11e7-ab18-7a9fb7d6163e>>.

²⁶ (R.-U.), 2010, c. 25, en ligne : <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/25/contents>>.

Certes, il est possible qu'un exécutif dont l'issue des négociations avec l'UE est rejetée par une majorité de la Chambre des Communes se sente contraint à démissionner, mais les débordements de la politique interne britannique ne changent rien à l'opération de l'article 50 (même si on peut envisager une demande *in extremis*, d'un gouvernement britannique démissionnaire ou de son successeur, de prolonger la période de deux ans prévue par l'article 50). Les partisans de l'argument d'un deuxième référendum font face au même problème: quelle serait la question? Ratifier ou non l'accord conclu sous l'égide de l'article 50? Et si la réponse est « non »? L'échéancier de deux ans ne changera pas et – faute de révocation du déclenchement de l'article 50 ou de prolongation par l'unanimité des États-membres de la période de deux ans, les deux étant largement à la merci de l'UE – le Royaume-Uni effectuera un Brexit « dur », et devra s'en remettre, en l'absence d'un accord avec l'UE, aux règles de l'organisation mondiale du commerce, un corpus de principes beaucoup moins développé que l'infrastructure de l'ordre juridique européen.

Les négociations elles-mêmes échappent largement au contrôle du Parlement. Prenons par exemple la possibilité que le Royaume-Uni reste dans une union douanière avec l'UE après le Brexit. Il y a vraisemblablement une majorité parlementaire en faveur d'une telle relation. Il y a même une modification à cet effet dans le projet de loi prévoyant le retrait du Royaume-Uni qui sera débattue prochainement à la Chambre des communes. Mais cette modification prévoit seulement que l'exécutif fait de la création d'une union douanière une priorité dans le cadre des négociations. Rien n'est garanti, ce qui est inévitable, parce que le Parlement ne peut pas contraindre l'UE à accepter quelque proposition que ce soit. Même si, comme le voulait Jennings, le Parlement peut légiférer quant à l'interdiction de fumer à Paris²⁷, la mise en exécution d'une telle loi, toute comme une loi obligeant à l'UE d'accepter la position du Royaume-Uni, serait impossible. Après que le processus eût été déclenché, l'influence du Parlement a été grandement réduite – il a donné volontiers tous ses leviers à l'exécutif. Même l'efficacité d'une disposition législative exigeant l'annulation de la notification donnée sous l'égide de l'article 50 dépendrait du caractère révocable ou non révocable de celle-ci, ce qui est une question de droit européen. Le contrôle repris par le Parlement se trouve maintenant entre les mains de l'exécutif.

²⁷ Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1959.

III. Reprendre pour redonner

Les normes du droit européen entrent dans le système juridique britannique par le biais du *European Communities Act 1972*. L'article 2(1) donne application immédiate au Royaume-Uni aux normes du droit européen qui y ont un « direct effect », c'est-à-dire les règlements, les décisions, les directives dont les dispositions sont suffisamment claires, ainsi que certaines dispositions des traités. L'article 2(2) est une clause « Henry VIII » (une clause qui permet à l'exécutif de modifier par règlement des dispositions législatives²⁸), qui autorise la mise en œuvre, par règlement, des directives européennes. Parfois, comme dans le *Consumer Protection Act 1987*²⁹, ou dans le *Equality Act 2010*³⁰, le Parlement met en œuvre des obligations découlant des normes européennes par des dispositions législatives, mais la plupart des normes européennes existant actuellement dans le système juridique britannique sont autorisées par l'article 2 du *European Communities Act 1972*. L'article 3 donne à la jurisprudence de la Cour européenne de justice une autorité contraignante : les tribunaux britanniques doivent appliquer fidèlement ses édits.

Étant donné que la grande majorité des normes européennes ayant actuellement force de loi au Royaume-Uni jouissent de ce statut conformément aux termes de l'article 2 du *European Communities Act 1972*, le retrait du Royaume-Uni de l'UE pose des problèmes pernicieux. La prémisses de la loi de 1972 est que le Royaume-Uni sera toujours membre de l'UE – ses dispositions sont le « conduit pipe », la tuyauterie par laquelle les normes européennes prennent forme en droit britannique. Lorsque le Royaume-Uni aura quitté l'EU, pourtant, il y aura une rupture dans cette tuyauterie : l'article 2 ne sera plus opérant. Par conséquent, les vastes domaines de la vie britannique réglementés actuellement par le droit européen tomberont dans un vide juridique.

²⁸ Nick Barber et Alison Young, « The Rise of Henry VIII Clauses and the Implications for Sovereignty » [2003] *Public Law* 112; Igor Judge, « Ceding Power to the Executive; the Resurrection of Henry VIII », King's College London, 6 avril 2016, en ligne : <<https://www.kcl.ac.uk/law/newsevents/newsrecords/2015-16/Ceding-Power-to-the-Executive---Lord-Judge---130416.pdf>>.

²⁹ (R.-U.), 1987, c. 43, en ligne : <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/43/contents>>.

³⁰ (R.-U.), 2010, c. 15, en ligne : <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>>.

Afin d'éviter le chaos qui s'ensuivrait, le gouvernement a demandé au Parlement d'adopter le *European Union (Withdrawal) Bill*³¹. Les dispositions législatives contenues dans la version actuelle du projet de loi forment un véritable borbier, amplement commenté ailleurs par d'éminents juristes. À nos fins, il suffit simplement de souligner la prémisse de la loi. La première clause prévoit l'abrogation de la loi de 1972, mais par le biais des articles 2 à 4 :

EU-derived domestic legislation, as it has effect in domestic law immediately before exit day, continues to have effect in domestic law on and after exit day.

Direct EU legislation, so far as operative immediately before exit day, forms part of domestic law on and after exit day.

Any rights, powers, liabilities, obligations, restrictions, remedies and procedures which, immediately before exit day—

(a) are recognised and available in domestic law by virtue of section 2(1) of the European Communities Act 1972, and

(b) are enforced, allowed and followed accordingly, continue on and after exit day to be recognised and available in domestic law (and to be enforced, allowed and followed accordingly)³².

À l'origine, la Première ministre voulait, semble-t-il, l'appeler le « Great Repeal Bill ». Pourtant, étant donné que l'objectif de la loi était de maintenir en place le *statu quo* – car elle n'abroge rien sauf le *European Communities Act 1972*, les clercs de la Chambre des Communes ne lui auraient pas accordé la permission d'utiliser le titre voulu, qui avait le caractère d'un trompe-l'œil³³. Évidemment, l'objectif est de maintenir le *statu quo* : la continuité plutôt que l'abrogation. Le Parlement reprendra le contrôle, afin de le redonner immédiatement à l'UE. Ceci n'est pas une exagération : bien que le Parlement autorise des modifications au droit européen, comme expliqué ci-dessous – et sous son « contrôle » – le point de départ est une parfaite harmonie entre les normes européennes et les normes britanniques.

³¹ En ligne: <<https://services.parliament.uk/bills/2017-19/europeanunionwithdrawal.html>> [*Withdrawal Bill*].

³² *Id.*

³³ Tom Newton Dunn, « PM banned by Commons bosses from calling Brexit law 'Great Repeal Bill' – because it doesn't repeal enough », *The Sun* (14 juillet 2017), en ligne: <<https://www.thesun.co.uk/news/4022816/pm-banned-by-commons-bosses-from-calling-brexit-law-great-repeal-bill-because-it-doesnt-repeal-enough/>>.

La difficulté, pourtant, est que les normes européennes auront une pérennité, comme le souligne mon collègue, le professeur John Bell :

Rather than being transformed into living law within the various national legal systems of the UK, [retained EU law] will function as a kind of zombie EU law, which died on exit day, but continues undead to govern the courts and the devolved assemblies for years to come...³⁴

À cet égard, la politique actuelle du gouvernement britannique est fascinante. Il veut une « période de transition » pendant laquelle le *statu quo* resterait en vigueur, avec la pleine application des traités (y compris la liberté de mouvement), le respect de la suprématie du droit européen, et la possibilité de renvois à la Cour européenne de justice³⁵. L'UE propose une période qui se terminera à la fin de 2020, une date qui correspond à la fin de son cycle budgétaire actuel; mais le Royaume-Uni veut une période encore plus longue, « around two years ». La période sera définie par l'accord de retrait négocié sous l'égide de l'article 50, un accord qu'on doit conclure d'ici octobre 2018 afin de permettre sa ratification par le Parlement européen et, le cas échéant, des institutions des États-membres – actuellement, la date prévue dans l'ébauche de l'accord publiée par l'UE en mars 2018 est le 31 décembre 2020 et bien qu'aucune extension ne soit envisagée, il est possible que cette disposition soit modifiée au cours des négociations.

Ayant repris le contrôle, le Royaume-Uni accepte volontiers la reconnaissance de la suprématie de l'ordre juridique européen, et ce, sans bénéficier d'une représentation formelle au sein des institutions de l'UE. Il est possible que le Royaume-Uni aura un droit de regard sur des politiques élaborées par l'UE pendant la période de transition, mais les modalités seront à négocier, et son influence sera évidemment moins importante que celle des États-membres. Ce n'est pas pour rien que les partisans d'un Brexit « dur » ont collé l'étiquette d'« État vassal » au statut dont jouirait le

³⁴ John Bell, University of Cambridge—Written evidence (EUW0001), en ligne : <<http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/constitution-committee/european-union-withdrawal-bill/written/69631.html>>.

³⁵ Elizabeth Piper, « Britain wants to discuss length of Brexit transition with EU », *Reuters* (21 février 2018), en ligne : <<https://www.reuters.com/article/us-britain-eu-transition/britain-wants-to-discuss-length-of-brexit-transition-with-eu-idUSKCN1G51BT>>.

Royaume-Uni pendant une période de transition qui maintiendrait en vigueur le *statu quo*³⁶.

Pourquoi, si les Britanniques tiennent aussi féroce­ment au Brexit, accepteraient-ils une telle humiliation? D'une part, demander une extension à la période de deux ans prévue par l'article 50 (ou révoquer carrément le déclenchement dudit article) serait l'aveu d'un échec – un gouvernement qui s'est engagé à mettre à l'œuvre l'intention du peuple n'y survi­vrait pas, même trois ans après le référendum.

D'autre part, il est irréaliste de penser que le Royaume-Uni sera prêt pour le Brexit avant plusieurs années. Le Royaume-Uni deviendra un tiers pays, à l'extérieur du marché unique et de l'union douanière, institutions qui facilitent un commerce transnational sans friction. Ceci implique qu'il sorte complètement de l'ordre juridique européen, l'ordre qui régle­mente plusieurs aspects de la vie économique britannique: les industries nucléaires, pharmaceutiques et aéronautiques, entre autres, sont assujetties à la surveillance des organismes administratifs européens. Le Royaume-Uni ne pouvant pas laisser des secteurs clés de son économie sans réglementation, il faudra alors créer – et financer – des organismes administratifs britanniques, sans compter l'infrastructure douanière qui sera à renouveler. Le Royaume-Uni espère encore «participer» aux institutions européennes après le Brexit, mais la facture, en termes d'argent et de perte d'influence, serait salée, et la probabilité que l'UE accepte une participation britannique à la carte aux institutions du marché unique européen est, de toute manière, très mince. Notons, en passant, que le désir de contrôler ses frontières et ses lois, notamment, rend inévitables les barrières au commerce: selon la logique des lignes rouges de la première ministre, le Royaume-Uni ne deviendra, aux yeux des pays européens pas même comparable à la Norvège, ni même à la Suisse, mais plutôt au Canada, ce qui diminuerait considérablement les opportunités commerciales des entreprises britanniques. Comment la classe politique britannique convaincra ses électeurs de payer pour la mise en œuvre d'une politique qui les appauvrira demeure toujours un mystère.

Le contrôle, en résumé, est bien coûteux, de telle sorte qu'on est parfois mieux d'en redonner au lieu d'en retenir.

³⁶ «Brexit: UK must not be EU 'colony' after Brexit», *BBC* (16 décembre 2017), en ligne: <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-42375059>>.

IV. Pouvoir législatif ou exécutif

Sortir le Royaume-Uni d'un ordre juridique auquel il a été intégré pendant quatre décennies n'a rien de simple. Nombreuses sont les dispositions législatives, les règlements, et les normes européennes qui ne peuvent pas être transposés automatiquement. Par exemple, lorsqu'on fait référence au concept de l'« État membre de l'UE » dans une disposition législative, la disposition ne s'appliquera plus après le Brexit, parce que le Royaume-Uni ne sera plus membre de l'UE. Et quand il est question d'un organisme réglementaire, il faudra, le cas échéant, identifier l'homologue britannique qui prendra les rênes de l'agence européenne. Bref, il sera nécessaire, pour s'assurer que l'abrogation de la loi de 1972 ne sème pas de la zizanie dans le *corpus iuris britannia*, d'effectuer plusieurs modifications du droit positif, et ce, dans des délais très serrés : il faudra mettre en œuvre les détails de l'accord négocié sous l'égide de l'article 50 à l'intérieur d'une période de 6 mois, c'est-à-dire entre octobre 2018 et mars 2019.

La réalité du volume de travail à accomplir à toute vitesse nécessitera d'avoir recours aux clauses Henry VIII. Ayant repris le contrôle, le Parlement en accordera une large partie à l'exécutif. Regardons les éléments pertinents des articles 7 à 9 du *Withdrawal Bill* :

7. (1) A Minister of the Crown may by regulations make such provision as the Minister considers appropriate to prevent, remedy or mitigate—

- (a) any failure of retained EU law to operate effectively, or
- (b) any other deficiency in retained EU law,

arising from the withdrawal of the United Kingdom from the EU.

[...]

(5) Regulations under subsection (1) may make any provision that could be made by an Act of Parliament.

[...]

8. (1) A Minister of the Crown may by regulations make such provision as the Minister considers appropriate to prevent or remedy any breach, arising from the withdrawal of the United Kingdom from the EU, of the international obligations of the United Kingdom.

(2) Regulations under this section may make any provision that could be made by an Act of Parliament.

[...]

9. (1) A Minister of the Crown may by regulations make such provision as the Minister considers appropriate for the purposes of implementing the withdrawal agreement if the Minister considers that such provision should be in force on or before exit day, subject to the prior enactment of a statute by Parliament approving the final terms of withdrawal of the United Kingdom from the European Union.

(2) Regulations under this section may make any provision that could be made by an Act of Parliament (including modifying this Act).³⁷

L'étendue de ces pouvoirs est vaste. On pourrait facilement imaginer qu'afin de mettre en œuvre des obligations internationales en matière de lutte contre le terrorisme, y compris le gel d'actifs et de comptes bancaires tenus par des individus identifiés dans des résolutions des Nations unies, l'exécutif pourrait avoir recours à l'article 8. En principe, l'exécutif pourrait ainsi geler tous les biens d'un individu – et, donc, les fonds nécessaires pour nourrir sa famille – sans la moindre garantie d'équité procédurale. Au même titre, en matière d'environnement, des ministres pourraient créer par règlement des actions en responsabilité civile, appuyées par des amendes imposées par un nouvel organisme administratif. Quant à l'article 7, l'exécutif a déjà prévu son utilisation afin de priver des citoyens européens des droits dont ils bénéficient actuellement³⁸. Il y a, certes, des limites aux pouvoirs accordés par ces dispositions. L'article 9(3) en est une illustration :

[...] regulations under this section may not—

- (a) impose or increase taxation,
- (b) make retrospective provision,
- (c) create a relevant criminal offence, or
- (d) amend, repeal or revoke the Human Rights Act 1998 or any subordinate legislation made under it.³⁹

³⁷ *Supra* note 31.

³⁸ R.-U., H.L., *European Union (Withdrawal Bill) Explanatory Notes* (13 juillet 2017), en ligne: <<https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2017-2019/0005/en/18005en.pdf>>, aux p. 9-10.

³⁹ *Withdrawal Bill*, *supra* note 31.

Certes, le Parlement a, par l'entremise de ses comités, un droit de regard sur les règlements que proposera l'exécutif et il peut également mettre en place des processus d'approbation plus exigeants pour des règlements plus importants⁴⁰. Mais ces processus sont très critiqués, parce que le volume de règlements est impossible à gérer, les processus ne comprennent normalement qu'un simple « oui » ou « non » en comité parlementaire, et peu de politiciens veulent gaspiller leur capital politique sur des règlements alors qu'ils peuvent diriger leur énergie vers d'autres enjeux plus fructueux. Ce n'est pas pour rien que le Constitution Committee de la Chambre des Lords a commenté, dans son Interim Report relatif au projet de loi :

We are concerned about the delegated powers the Government is seeking in the European Union (Withdrawal) Bill. The number, range and overlapping nature of the broad delegated powers would create what is, in effect, an unprecedented and extraordinary portmanteau of effectively unlimited powers upon which the Government could draw. They would fundamentally challenge the constitutional balance of powers between Parliament and Government and would represent a significant—and unacceptable—transfer of legal competence.⁴¹

Pourtant, à l'intérieur des limites de l'article 9(3) et de celles qui seront mentionnées ci-dessous, l'exécutif aura les mains libres. Comme avec le déclenchement de l'article 50, le contrôle, une fois repris, a été accordé à l'exécutif.

V. Le rôle des juges

Bien qu'importants, les pouvoirs accordés à l'exécutif ne sont néanmoins pas illimités. Nous avons déjà vu les limites inhérentes comme l'article 9(3). Il y en a d'autres. Par exemple, l'article 7 fait référence au concept de « deficiency », qui est une condition préalable à l'utilisation de la clause Henry VIII qui s'y trouve :

- (a) any failure of retained EU law to operate effectively, or
- (b) any other deficiency in retained EU law⁴²

⁴⁰ *Id.*, Schedule 7 à la p. 46 et suiv.

⁴¹ R.-U., H.L. (Select Committee on the Constitution), *European Union (Withdrawal) Bill: interim report*, 3rd Report of Session 2017-19, en ligne: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldconst/19/19.pdf>> au par. 44 [*EU interim report*].

⁴² *Withdrawal Bill*, *supra* note 31.

Il est possible que des membres du Parlement, agissant seuls ou en comité, s'objectent à des utilisations imprévues, ou inappropriées, de ce pouvoir. En dernier lieu, pourtant, il reviendra aux tribunaux britanniques de statuer sur la légalité d'un recours quelconque à l'article 7 ou ses consœurs. Pour reprendre l'hypothèse d'une utilisation de l'article 8 afin de geler des biens d'un individu, nous pouvons imaginer un processus d'interprétation qui interdit à l'exécutif de priver des individus de leurs droits fondamentaux (en effet, la liberté de mouvement serait abrogée par une telle mesure) c'est-à-dire que les tribunaux statueraient qu'un règlement de ce genre est *ultra vires*⁴³. En accordant des pouvoirs aussi vastes à l'exécutif, le Parlement invite ainsi les juges à jouer un rôle de premier plan.

Pour ce qui est du contrôle repris de l'UE et redonné tout de suite à cette dernière, la situation est semblable. Dans la version actuelle du projet de loi, le législateur fait référence au concept de «retained EU law». Sa volonté est vraisemblablement de créer une catégorie *sui generis* de normes : pas des dispositions législatives, pas des règlements, pas des décisions administratives – les catégories connues du système britannique – mais une autre chose complètement. La difficulté est que le «*retained EU law*» n'est pas un monolithe. Ce concept comprend de la législation européenne, des décisions administratives, certaines dispositions des Traités, des dispositions de directives, etc. Les tribunaux britanniques seront inévitablement appelés à statuer sur la relation entre la «*retained EU law*», des éléments du droit britannique, ainsi que l'interrelation entre différents éléments de «*retained EU law*». Pour ce faire, il sera probablement nécessaire de faire des distinctions très fines entre lesdites catégories. Encore une fois, le contrôle repris sera accordé en partie aux juges.

Le rôle de premier plan que joueront les juges est d'autant plus clair à la lumière de l'article 6 :

A court or tribunal need not have regard to anything done on or after exit day by the European Court, another EU entity or the EU but may do so if it considers it appropriate to do so.⁴⁴

«*Appropriate*» donne une marge d'interprétation très large aux juges. Comme l'ancien président de la Cour suprême britannique, Lord Neuberger,

⁴³ *Ahmed v HM Treasury* [2010] 2 WLR 378.

⁴⁴ *Withdrawal Bill*, *supra* note 31.

s'en est plaint, les juges seront appelés à prendre des décisions très difficiles, par exemple dans des situations où il y a une volonté politique britannique d'assurer une divergence d'avec les normes du droit européen tandis que des acteurs dans le domaine de réglementation en question font preuve d'un désir d'assurer la continuité. Nous pouvons facilement imaginer comment les juges britanniques dans une telle situation se trouveraient plongés dans une controverse publique. Des considérations de cette nature ont amené Lord Neuberger à dire, au Constitution Committee de la Chambre des Lords, « If Parliament wants to do its job rather than to get the judges to do what is ultimately a policy job, it should give guidance on that to judges »⁴⁵. Avec égards, pourtant, il serait difficile de spécifier toutes les considérations pertinentes, surtout que les juges britanniques feront face à des situations diverses – et essentiellement imprévisibles – ce qui suggère que, malgré tout, un pouvoir discrétionnaire de prendre en considération ou non les dires de la Cour européenne de justice sera essentiel au bon fonctionnement du système juridique britannique post-Brexit. En revanche, en déterminant le poids à accorder aux décisions d'autres tribunaux de justice, les tribunaux britanniques ne feront rien d'anormal – c'est le quotidien des common lawyers, et, surtout, cela faisait partie des tâches des juges des colonies ayant « reçu » la common law⁴⁶. Toujours est-il, pourtant, que le contrôle repris par le Parlement doit être délégué à une autre branche du gouvernement.

Les juges ont déjà commencé à jouer un rôle important dans le déferlement du Brexit. Presque personne ne pensait, quand les professeurs Barber, Hickman et King ont publié leur fameux blogue sur la prérogative royale⁴⁷, que la Cour suprême finirait par valider leur argument. D'abord, le consensus était que le déclenchement de l'article 50 faisait partie de la prérogative royale en matière de relations internationales. Qui plus est, avec une majorité confortable au Parlement, le gouvernement pourrait facilement persuader les membres du Parlement de lui accorder le mandat de déclencher l'article 50. Fait notoire, la nouvelle première ministre,

⁴⁵ *EU interim report*, *supra* note 41 au par. 135.

⁴⁶ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 RCS 774.

⁴⁷ Nick Barber, Tom Hickman et Jeff King, « Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role », *U.K. Const. L. Blog* (27 juin 2016), en ligne: <<https://ukconstitutional law.org/2016/06/27/nick-barber-tom-hickman-and-jeff-king-pulling-the-article-50-trigger-parliaments-indispensable-role/>>.

madame May, a carrément refusé de reconnaître la légitimité du Parlement en la matière. Plus le temps passait, plus des poids lourds du monde juridique se sont ajoutés au camp de Barber, Hickman et King, raffinant au passage l'argument avancé par ces derniers. La conclusion est bien connue : la décision de la Cour suprême dans *Miller*. Dans cet arrêt, la Cour a déclaré qu'une autorisation législative était une condition préalable au déclenchement de l'article 50 sur deux bases juridiques. D'une part, l'exécutif ne peut pas priver, par l'exercice de la prérogative royale en matière de relations internationales, des individus de leurs droits acquis dans le système juridique domestique⁴⁸. D'autre part, l'exécutif agissant seul ne peut pas effectuer un changement majeur à la Constitution britannique :

One of the most fundamental functions of the constitution of any state is to identify the sources of its law. And [...] the 1972 Act effectively constitutes EU law as an entirely new, independent and overriding source of domestic law, and the Court of Justice as a source of binding judicial decisions about its meaning [...] A complete withdrawal represents a change which is different not just in degree but in kind from the abrogation of particular rights, duties or rules derived from EU law. It will constitute as significant a constitutional change as that which occurred when EU law was first incorporated in domestic law by the 1972 Act. And, if Notice is given, this change will occur irrespective of whether Parliament repeals the 1972 Act. It would be inconsistent with long-standing and fundamental principle for such a far-reaching change to the UK constitutional arrangements to be brought about by ministerial decision or ministerial action alone. All the more so when the source in question was brought into existence by Parliament through primary legislation, which gave that source an overriding supremacy in the hierarchy of domestic law sources.⁴⁹

Ce raisonnement en a fait sourciller plusieurs dans les universités britanniques. Jamais auparavant des juges britanniques n'avaient statué qu'il y a une catégorie de changements majeurs à la Constitution qui ne sont pas valides à moins de respecter un processus dicté par les tribunaux. La décision dans *Miller*, et surtout le raisonnement menant à la conclusion, a pour effet de modifier de l'équilibre des pouvoirs dans la Constitution britannique au profit des juges⁵⁰. En dernier lieu, ce sont les juges qui décideront si un changement constitutionnel est un changement majeur, et quel

⁴⁸ *Miller*, *supra* note 17 au par. 83.

⁴⁹ *Id.* aux par. 80-81.

⁵⁰ Mark Elliott, « The Supreme Court's Judgment in *Miller*: In Search of Constitutional Principle » (2017) 76 *Cambridge Law Journal* 257.

processus doit être suivi en conséquence. Même si, comme nous l'avons vu, le Parlement a donné à la première ministre le mandat voulu sans la moindre hésitation, l'arrêt *Miller* fait des juges de la Cour suprême britannique des gardiens de l'ordre constitutionnel. Apprécions la suprême ironie : en luttant jusqu'à la fin pour préserver ses prérogatives – dans une situation où un recours au processus législatif n'aurait rien eu d'exceptionnel – l'exécutif s'est affaibli au profit des tribunaux.

VI. Dévolution

Il n'est plus possible d'écrire au sujet de la Constitution britannique sans mentionner la dévolution des pouvoirs aux parties constituantes du Royaume-Uni. Depuis une vingtaine d'années, le Parlement à Londres a octroyé plusieurs compétences législatives aux assemblées de l'Irlande du Nord, du Pays de Galles et de l'Écosse.

Le problème principal relié au Brexit est que, actuellement, les assemblées ayant des pouvoirs dévolus n'ont pas de compétence en matière de droit européen. Elles sont, tout simplement, obligées de respecter le droit européen dans l'exercice de leurs compétences. Pour ce qui est des relations entre l'UE et le Royaume-Uni, la compétence entière réside à Londres.

Pourtant, le retrait du Royaume-Uni de l'UE aura deux conséquences très importantes pour les compétences des assemblées ayant des pouvoirs dévolus. Premièrement, et suivant la logique de la Cour suprême dans *Miller*, l'obligation actuelle de respecter les normes européennes sera vidée de sens par le Brexit : il n'y aura plus d'obligation à respecter, ce qui entraîne, en soi, une modification aux compétences des assemblées ayant des pouvoirs dévolus. Deuxièmement, il y a plusieurs domaines, dont l'agriculture, actuellement réglementée presque entièrement par l'UE, qui font déjà partie des compétences des assemblées ayant des pouvoirs dévolus. Sans une initiative législative de la part du Parlement à Londres au moment du Brexit, la compétence en matière agricole sera exercée à Belfast, Cardiff et Édimbourg. Ceci n'est peut-être pas une modification aux *vires* des assemblées ayant des pouvoirs dévolus, mais les conséquences sont néanmoins d'une importance capitale. Dans l'arrêt *Miller*, la Cour suprême du Royaume-Uni a d'ailleurs reconnu le changement que le Brexit effectuerait aux compétences des assemblées ayant des pouvoirs dévolus⁵¹.

⁵¹ *Miller*, *supra* note 17 au par. 132.

Pourtant, et nonobstant le *Scotland Act 2016*⁵², qui l'a transposée sur une base législative, la conclusion unanime de la Cour suprême était que la Sewel Convention – une convention constitutionnelle qui exige le consentement des parties constituantes du Royaume-Uni préalablement à une modification, par le Parlement à Londres, aux compétences des assemblées ayant des pouvoirs dévolus – n'était pas contraignante dans la sphère juridique: « Judges [...] are neither the parents nor the guardians of political conventions; they are merely observers. As such, they can recognise the operation of a political convention in the context of deciding a legal question [...] but they cannot give legal rulings on its operation or scope, because those matters are determined within the political world »⁵³. Le Parlement à Londres peut donc aller de l'avant avec n'importe quel projet de loi qui modifie les compétences des assemblées ayant des pouvoirs dévolus sans le consentement de ces dernières. Le prix à payer, le cas échéant, serait politique: les dispositions législatives en tant que telles seraient valides.

Il faut souligner néanmoins que le prix politique peut être très élevé. Si les assemblées ayant des pouvoirs dévolus ne manifestent pas leur accord au *Withdrawal Bill*, il est fort probable que la Chambre des Lords refusera à son tour de donner son aval. Notons, par ailleurs, que selon les Parliament Acts de 1911 et 1945, la Chambre des communes ne peut légiférer sans l'assentiment de la Chambre des Lords qu'après l'expiration d'un délai d'un an. Il n'est plus possible, un an après le déclenchement de l'article 50 d'avoir recours aux Parliament Acts afin d'adopter le *Withdrawal Bill* avant la date fatidique du 29 mars 2019. Éviter le chaos exige de respecter les souhaits de la Chambre des Lords; à cet égard, une partie importante du contrôle repris s'y trouve désormais.

Il n'est guère surprenant que les gouvernements écossais et gallois (les nord-irlandais n'ayant pas, pour l'instant, d'administration en place) se soient montrés farouchement opposés au *Withdrawal Bill*. Comme mon collègue John Bell l'a expliqué: « The structure adopted is that the supremacy of EU law as a field outside the competence of the devolved assemblies is replaced by the supremacy of Whitehall-controlled "retained EU

⁵² (R.-U.), 2016, c. 11, en ligne: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/11/contents/enacted>>. L'article 2 a ajouté la mention suivante au *Scotland Act 1998*: « it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament ».

⁵³ *Miller, supra* note 17 au par. 146.

law”⁵⁴. La difficulté sous-jacente est la suivante: bien qu’il soit louable de vouloir, comme l’insiste le gouvernement britannique, assurer l’intégrité d’un marché unique au Royaume-Uni après le Brexit afin d’éviter la distribution inéquitable des ressources et l’arbitrage réglementaire, il faut néanmoins une conception rigoureuse de ce marché unique, y compris quant à ses éléments principaux et à son étendue. À ce jour, pourtant, le gouvernement britannique n’a pas élaboré une telle vision bien que les négociations avec les gouvernements écossais et gallois se poursuivent⁵⁵. Le contrôle a été repris, bien entendu, mais le contrôle de quoi, et à quelle fin? Une réponse claire à ces questions se fait toujours attendre.

Toujours est-il que, encore une fois, il n’est guère surprenant que les gouvernements écossais et gallois aient élaboré des projets de loi dont, en Écosse, le *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Act*⁵⁶. Ce projet de loi est le miroir du *Withdrawal Bill* de Londres, ayant comme objectif la préservation du *statu quo* pour l’application des normes européennes en Écosse. Le Presiding Officer de l’assemblée écossaise est d’avis que le projet de loi est hors de la compétence de l’assemblée, parce que le Royaume-Uni est toujours membre de l’UE et que l’assemblée n’a pas la compétence d’agir en matière de droit européen⁵⁷. En réponse, le gouvernement écossais prétend que la loi n’entrera pas en vigueur avant le départ du Royaume-Uni de l’UE et qu’à ce moment, il incombera à l’Écosse de légiférer pour des domaines (comme l’agriculture) réglementés jusque-là par Bruxelles. En revanche, son homologue à l’assemblée galloise partage l’avis du gouvernement écossais. Il est fort probable que l’affaire finira devant la Cour suprême britannique, donnant encore une fois aux juges la responsabilité de trancher sur un aspect fondamental des modalités du Brexit⁵⁸.

⁵⁴ J. Bell, *supra* note 34.

⁵⁵ « No breakthrough on Brexit devolution row » *BBC* (8 mars 2018), en ligne: <<http://www.bbc.com/news/av/uk-wales-43338447/no-breakthrough-on-brexit-devolution-row>>.

⁵⁶ En ligne: <<http://www.parliament.scot/parliamentarybusiness/Bills/107725.aspx>>.

⁵⁷ Andrew Learmonth, « Major clash between Holyrood presiding officer and Scotland’s top lawyer over Brexit Bill », *The National* (27 février 2018), en ligne: <http://www.thenational.scot/news/16052741.Major_clash_between_Holyrood_presiding_officer_and_Scotland_s_top_lawyer_over_Brexit_Bill/>.

⁵⁸ *Scotland Act 1998*, (R.-U.) 1998, c. 46, art. 33(1):

The Advocate General, the Lord Advocate or the Attorney General may refer the question of whether a Bill or any provision of a Bill would be within the legislative competence of the Parliament to the Supreme Court for decision.

Enfin, même si l'Irlande du Nord n'a pas actuellement un gouvernement fonctionnel à cause des différends profonds entre les nationalistes et unionistes⁵⁹, les « dreary steeples of Fermanagh and Tyrone » de Winston Churchill⁶⁰ exercent une grande influence sur l'évolution des négociations entre le Royaume-Uni et l'UE. Le Royaume-Uni a signé l'Accord du Vendredi saint en 1998, mettant ainsi fin à la guerre civile en Irlande du Nord. Le Royaume-Uni s'engageait ainsi avec l'Irlande à maintenir la paix dans cette partie de l'île. Depuis 1998, et grâce à l'appartenance des deux partenaires à l'UE, les domaines de collaboration n'ont pas cessé de se multiplier : la Commission européenne en a identifié 142⁶¹. À plusieurs égards, la participation des deux au marché unique européen a contribué au développement d'un marché unique irlandais, qui serait mis en péril par une sortie britannique. Il va de soi que la politique actuelle du gouvernement britannique – départ du marché unique et de l'union douanière – mènerait à la création d'une frontière « dure » entre l'Irlande et l'Irlande du Nord⁶².

Dans l'accord provisoire conclu entre le Royaume-Uni et l'UE en décembre 2017, sur l'argent, les droits des citoyens et l'Irlande, le Royaume-Uni s'est engagé à respecter les obligations de l'Accord de 1998. Si le Royaume-Uni n'est pas capable d'assurer, par des moyens technologiques, une frontière « molle » (ce qui est probablement impossible et l'est assurément avant qu'un accord de libre-échange ne soit conclu entre l'UE et le Royaume-Uni), il doit soit ériger une frontière entre l'Irlande du Nord et le Royaume-Uni, soit changer sa politique vers une participation britannique au marché unique et à l'union douanière. D'ici là, le gouvernement irlandais, qui insiste pour que le Royaume-Uni respecte ses propres engagements de

Government of Wales Act 2006, (R.-U.), 2006, c. 32, art. 112(1) :

The Counsel General or the Attorney General may refer the question whether a Bill, or any provision of a Bill, would be within the Assembly's legislative competence to the Supreme Court for decision.

⁵⁹ Paul Moss, « Northern Ireland: A year without devolved government », *BBC* (9 janvier 2018), en ligne : <<http://www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-politics-42608322>>.

⁶⁰ R.-U., H.L., *Débats parlementaires*, 5^e sér, vol 150, col 1270 (16 février 1922).

⁶¹ « Hard Brexit would hit 142 Irish cross-border agreements », *The Guardian* (27 novembre 2017), en ligne : <<https://www.theguardian.com/politics/2017/nov/27/hard-brexit-would-hit-142-irish-cross-border-agreements>>.

⁶² John Springford, « Theresa May's Irish Trilemma », *Centre for European Reform* (7 mars 2018), en ligne : <<https://www.cer.eu/insights/theresa-mays-irish-trilemma>>.

décembre 2017 et plus profondément ses engagements de 1998, dictera la politique du Royaume-Uni quant au Brexit.

*
* * *

Pour ce qui est du Brexit, les ironies et ennuis sont les suivants :

- La souveraineté populaire a dicté sa vision à la souveraineté parlementaire, mais la mise en œuvre des souhaits de l'électorat de juin 2016 incombe à l'exécutif, qui ne connaît plus beaucoup de contraintes, venant soit du peuple ou du Parlement, sur sa liberté décisionnelle;
- Afin de se retirer de façon ordonnée de l'UE, le Royaume-Uni doit faire siennes toutes les mesures législatives et réglementaires de l'UE, reprenant le contrôle mais le redonnant immédiatement à son ancien partenaire, et ce, en totalité pendant une période de « transition »;
- Effectuer le ménage nécessaire dans le *corpus iuris britannica* nécessite l'octroi de pouvoirs très larges à l'exécutif, qui aura la compétence dorénavant de modifier n'importe quelle disposition législative afin de façonner le retrait du Royaume-Uni de l'UE;
- Les juges ont déjà joué un rôle de premier plan dans la foulée du référendum et continueront de le faire en révisant les multiples décisions que l'exécutif prendra dans les prochaines années, jouissant ainsi d'une plus grande influence dans la constitution britannique; et
- Les parties constituantes du Royaume-Uni ayant des pouvoirs dévolus verront aussi un agrandissement de leur influence sur la politique britannique, restreignant le champ de compétence unilatérale de Westminster et de Whitehall.

Je ne désire pas remettre en question la décision prise par référendum de quitter l'UE, et je ne souhaite pas non plus établir que les ironies et ennuis dont je fais part seraient contraires aux souhaits qu'on peut raisonnablement imputer à l'électorat de juin 2016. Pour certains (voire peut-être plusieurs) électeurs britanniques, le jeu en vaut la chandelle. Cela étant, il y a clairement des leçons à tirer du Brexit pour plusieurs mouvements – qu'ils

soient populiste, nationaliste, protectionniste ou isolationniste : les ironies et ennuis auxquels font face les Britanniques sont des ironies et ennuis auxquels d'autres personnes empruntant une voie semblable seraient inévitablement confrontées.