

L'affaire de la prorogation : *Miller (No 2)*

L'annulation de la suspension du Parlement par la Cour suprême britannique

Aurélie Duffy-Meunier

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

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

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

Le 24 septembre 2019, moins d'un mois après la décision de Boris Johnson de suspendre le Parlement britannique, la Présidente de la Cour suprême, Lady Hale, annonçait devant les caméras : « Le Parlement n'a pas été suspendu. Ceci est le jugement unanime des onze juges ». Quelle est la succession d'évènements qui a conduit à cette décision du Premier ministre et au jugement de la Cour suprême ?

La suspension du Parlement, décidée le 28 août 2019, est une décision formellement prise par la voie d'un *Order in Council* par la Reine et le *Privy Council*, sur avis du Premier ministre. Au terme de cette décision, la prorogation était censée débuter le 9 et pas plus tard que le 12 septembre pour se terminer le 14 octobre, date du discours du trône. Cette suspension du Parlement est une décision spécifique prise dans un contexte politique particulier.

Après son échec à faire adopter par le Parlement l'accord de retrait et la déclaration politique sur les relations futures entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, la Première ministre Theresa May a démissionné de ses fonctions le 7 juin 2019, pour laisser la place à Boris Johnson, désigné leader du parti Conservateur le 24 juillet. Contrairement à Theresa May, le nouveau Premier ministre envisageait l'idée d'un *Brexit* sans accord qui permettrait de faire pression sur le Conseil européen pour modifier l'accord de retrait, notamment sur la question de la frontière nord-irlandaise. Ayant été désigné par des primaires internes à son parti et non à la suite d'élections générales, Boris Johnson ne disposait d'aucun mandat de la Chambre des communes, qui n'était d'ailleurs plus en session du 25 juillet au 3 septembre (*summer recess*) et dont la majorité des membres ne soutenait pas une sortie sans accord.

La veille de l'annonce de la suspension du Parlement, Jeremy Corbyn, chef de l'opposition, s'était entendu avec les autres leaders opposés au *no deal* pour imposer au Parlement un report du *Brexit* et éviter une sortie sans accord. L'annonce de la suspension du Parlement le 28 août 2019 est survenue au moment où le nouveau Premier ministre, soutenu par une majorité de son parti et non la majorité des députés, souhaitait relancer les négociations avec l'Union européenne en se servant du *no deal* comme d'une menace. Le 3 septembre, jour de la rentrée parlementaire, les députés opposés à cette tactique ont voté à 328 voix contre 301 une motion les autorisant à soumettre au vote une loi qui obligerait le Premier ministre à demander à l'Union européenne un report de la date du *Brexit* au 31 janvier 2020 si le Parlement n'a pas approuvé l'accord de retrait ou une sortie sans accord avant le 19 octobre 2019. Le *European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019* ou Loi Benn a été promulguée par la Reine le 9 septembre, jour de la suspension effective du Parlement. Le 3 septembre, encore, le Premier ministre a appelé à des élections anticipées. Pour ce faire, Boris Johnson devait suivre la procédure fixée par le *Fixed Term Parliament Act 2011*, qui nécessite soit l'adoption d'une motion de censure, soit le vote par les Communes d'une motion d'autodissolution à la majorité des deux-tiers des députés, ce qui a échoué à deux reprises, le 4 et le 9 septembre 2019, date de la suspension du Parlement. La session de deux ans, particulièrement longue par rapport à la durée habituelle des sessions, a été prorogée pour une durée de cinq semaines. Une telle durée

dépasse largement la durée moyenne des prorogations. La plus longue, 19 jours, avait été décidée par John Major avant les élections législatives de 1997.

C'est cette suspension qui a fait l'objet du recours examiné par la Cour suprême¹. Les requérants, au nombre desquels on trouve Gina Miller, qui avait été à l'origine de la première affaire *Miller* concernant la décision de notification du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne², ont plus précisément contesté la légalité de l'avis du Premier ministre décidant de la suspension du Parlement et non la décision de la Reine, qui n'est, en tant que telle, pas justiciable. La Cour suprême a rendu sa décision quinze jours après la prorogation du Parlement, le 24 septembre 2019. Elle a statué sur un appel de deux décisions : l'une rendue par la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles qui a rejeté le recours au motif que la décision de suspendre le Parlement n'était pas justiciable³ ; l'autre rendue par la *Inner House* de la Court of Session écossaise qui a jugé, en appel de la décision de l'*Outer House* de la Court of Session⁴, que la décision de suspendre le Parlement était justiciable, illégale, nulle et de nul effet car elle était, en substance, « motivée par un but inapproprié d'empêcher le contrôle parlementaire de l'action du Gouvernement » en raison d'une durée qui n'était pas justifiée, ce qui constituait une violation de la *Rule of Law*⁵. Ce principe de légalité, d'égalité devant le droit et de protection judiciaire des droits qui fait, pour reprendre Dicey, de la Constitution britannique une « *judge-made constitution* »⁶ - a irrigué le raisonnement des juges de la *Inner House*. Leur décision a fait l'objet d'un appel de l'Avocat général écossais. La Haute Cour a autorisé, quant à elle, la procédure de « *leap frog appeal* » permettant à l'appel d'être entendu directement par la Cour suprême à la demande des requérants.

La décision *Miller II* est, comme le rappelle la Cour suprême elle-même, exceptionnelle⁷. Elle l'est à tel point qu'elle a pu être comparée à la décision de la Cour suprême américaine de 1803 *Marbury v. Madison*⁸. Le contexte qui entoure cette affaire témoigne du

¹ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41.

² *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* [2017] UKSC 5. La question qui se posait était de savoir si le Gouvernement pouvait utiliser la prérogative ou devait passer par voie législative pour notifier la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Les passages principaux de la décision ont été traduits par D. Baranger, « L'arrêt Miller de la Cour suprême du Royaume-Uni : une traduction des passages principaux », 25 janvier 2017, *JP Blog*, <http://blog.juspoliticum.com/2017/01/25/larret-miller-de-la-cour-supreme-du-royaume-uni-une-traduction-des-passages-principaux/>.

³ *R (Miller) v Prime Minister* [2019] EWHC 2381 (QB), § 51.

⁴ La *Outer Court of Session* a été saisie, en premier ressort, avant que le Premier ministre ne décide officiellement de suspendre le Parlement. Dès le 30 juillet 2019, les requérants, un groupe de 75 députés et membres de la Chambre des Lords ainsi qu'un *Queen's Council* avaient demandé que la *Outer Court* prononce une déclaration d'illégalité de l'éventuelle prorogation (des universitaires l'avaient présagée, ce que le Gouvernement avait démentie les 23 et 27 août) et une interdiction provisoire en référé de la prorogation. Cette demande en référé a été rejeté par Lord Doherty, qui a également balayé la demande des requérants, au fond, car la question était, selon lui, une question politique qui n'était pas justiciable. *J. Cherry QC MP and others, Court of Session, Outer House*, [2019] CSOH 70, § 24 et s. Une Cour nord-irlandaise a également été saisie avant que le Premier ministre ne décide de suspendre le Parlement, mais s'est ensuite dessaisie de la question de la légalité de la suspension en raison des recours pendant devant la juridiction Écossaise et devant la Haute Cour.

⁵ *Joanna Cherry QC MP and others v. The Advocate General* [2019] CSIH 49, § 50, spé. 51 et s., § 91, § 120.

⁶ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (L.F. ed)*, 1915, éd. Roger E. Michener, Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 116.

⁷ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 1.

⁸ *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). S. Shiraz, « The U.K.'s *Marbury v. Madison*. The Prorogation Case and How Courts Can Protect Democracy. », 11 Novembre 2019, *U. Ill. L. Rev. Online* 108, https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2019/11/Shirazi_FINAL_.pdf. Cette comparaison avait déjà été

caractère hautement sensible des champs politique et diplomatique dans lesquels elle intervient. Dans la première décision *Miller*⁹, le Daily Mail en date du 4 novembre 2016 avait désigné les juges de la Haute Cour comme étant des « ennemis du peuple » lorsqu'ils avaient jugé que la notification de la sortie de l'Union européenne devait se faire par la voie législative et non par la voie de la prérogative. Les juges sont, en effet, apparus comme des opposants au choix démocratiquement exprimé par le peuple dans le référendum du 23 juin 2016 sur le *Brexit*. L'issue de la présente décision avait également un impact sur le processus du *Brexit*. En l'absence d'annulation c'est-à-dire si la Cour suprême décidait de suivre la voie dessinée par la Haute Cour ou par l'*Outer House* de la Court of Session, le Premier ministre et son Gouvernement pourraient négocier sans que le Parlement suspendu ne puisse intervenir par la voie législative ou du contrôle du Gouvernement. En revanche, si la Cour suprême empruntait le chemin tracé par l'*Inner House* de la Court of Session, la suspension déclarée illégale, nulle et de nul effet impliquerait un retour du Parlement en session et la reprise de ses activités législative et de contrôle.

La suspension est une décision particulière, qui présente un effet différent de la dissolution et de l'ajournement¹⁰. Elle relève de la prérogative royale et revêt la forme d'un *Order in Council*, pris par la Reine sur conseil du *Privy Council*, mais en réalité sur avis du Premier ministre. Le conseil du Premier ministre est l'acte qui a été formellement contesté devant la Cour suprême en l'espèce. La suspension consiste à mettre un terme à la session parlementaire et donne lieu, normalement peu de temps après avoir été décidée, à une nouvelle session, qui débute par le discours du trône présentant le programme politique du Gouvernement. Cette procédure se distingue de la dissolution qui a pour objet de renvoyer les députés devant les électeurs et d'organiser de nouvelles élections générales. Elle se différencie aussi de la notion de *recess*, ces vacances parlementaires qui ajournent la réunion des Chambres au cours d'une même session et dont les dates peuvent changer sur décision des Chambres elles-mêmes. Les vacances parlementaires ne suspendent pas le travail du Parlement qui poursuit ses activités de contrôle grâce à ses commissions parlementaires. La prorogation met, en revanche, un terme aux débats, au travail législatif, aux questions au Gouvernement, à l'approbation des dépenses et au travail des commissions parlementaires. Les lois qui n'ont pas terminé leurs parcours législatifs doivent, à l'exception de certaines d'entre elles, faire l'objet d'une nouvelle procédure. Bref, le Parlement suspendu cesse de fonctionner. En outre et contrairement à la vacance du Parlement, qui est décidée et peut être révoquée par les Chambres, la suspension du Parlement est une décision de l'exécutif. Avec une suspension, le Parlement ne peut plus agir alors que, dans le même temps, le Gouvernement peut exercer tous ses pouvoirs constitutionnels.

Les arguments soulevés par le Premier ministre pour justifier cette décision apparaissent dans trois principaux documents dont la Cour a eu connaissance : deux mémorandums du Directeur aux affaires législatives destinés au Premier ministre et un document manuscrit écrit par le Premier ministre. Les raisons motivant la suspension du Parlement reposent sur la nécessité de mettre un terme à l'une des sessions parlementaires les plus longues des dernières années (deux ans) et sur la nécessité de présenter, dans un nouveau discours du trône, un

réalisée à propos de la première affaire *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, *op.cit.*, de 2017 : D. Campbell, « Marbury v. Madison in the U.K.: Brexit and the Creation of Judicial Supremacy », *Cardozo Law Review*, 2018, vol. 39, p. 921.

⁹ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, *op.cit.*

¹⁰ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) op. cit.*, §§ 2-6.

programme politique différent de celui de Theresa May. En outre, le Premier ministre considère que la session d'automne est court-circuitée par les conférences des partis. La session, que Boris Johnson qualifie de « comédie introduite pour montrer au public que les députés gagnent leur croûte »¹¹, est, en effet, ajournée durant la saison des Conférences des différents partis politiques. Selon le Gouvernement, cela conduit, en réalité, la suspension à ne faire perdre que peu de jours de session au Parlement.

La Cour suprême a rejeté, à l'unanimité de ses onze juges, l'appel de l'*Advocate General* écossais et accueilli le recours de Gina Miller et des autres requérants, adoptant une déclaration identique à celle qui a été formulée par l'*Inner Court of Session* écossaise. Elle a jugé que l'avis du Premier ministre de suspendre le Parlement était illégal, nul et de nul effet. Sa décision de vingt-et-une pages seulement, donc relativement accessible, est un coup d'éclat, pouvant être perçu comme une opposition des juges de la Cour suprême au nouveau Premier ministre et, plus largement, à sa politique de *hard Brexit*. Cette décision fait, pour certains, apparaître la Cour comme un contre-pouvoir politique au Premier ministre. Sans doute pour se prémunir contre de telles critiques, la première phrase de la décision insiste sur la nature juridique et non politique de la décision : « il est important de souligner que la question, dans ces appels, n'est pas de savoir quand et sous quelles conditions le Royaume-Uni doit quitter l'Union européenne. La question est de savoir si le conseil donné par le Premier ministre à sa Majesté la Reine les 27 ou 28 août 2019 pour suspendre le Parlement entre le 9 et le 12 septembre jusqu'au 14 octobre était légal ». La Cour répond par la négative à cette même question. Elle juge que « [la] décision de suspendre le Parlement (ou de conseiller au monarque de suspendre le Parlement) [a eu pour] effet d'entraver ou d'empêcher sans justification raisonnable, la possibilité pour le Parlement de conduire ses fonctions constitutionnelles en tant que législateur et organe responsable du contrôle de l'exécutif »¹². Par conséquent, c'est comme si la suspension n'avait pas eu lieu. Pourquoi et comment la Cour suprême est-elle parvenue à une telle conclusion ?

Les commentateurs britanniques paraissent divisés en deux camps pour analyser cette décision. Le premier, critique¹³, estime que la Cour s'est immiscée dans le champ politique, celui des conventions de la Constitution, qui régissent la responsabilité du Gouvernement

¹¹ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 18.

¹² *Ibid.*, § 50.

¹³ J. Finnis, « The Unconstitutionality of the Supreme Court's Prorogation Judgment », Policy Exchange, Judicial Power Project, 2019, <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/The-unconstitutionality-of-the-Supreme-Courts-prorogation-judgment.pdf>; M. Loughlin considère que c'est une nouvelle conception du droit « The Case of Prorogation. The UK Constitutional Council's ruling on appeal from the judgment of the Supreme Court », Policy Exchange, Judicial Power Project, 2019, <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/The-Case-of-Prorogation.pdf>; cf également, pour des articles, antérieur à l'arrêt Miller 2, R. Ekin, « Parliamentary Sovereignty and the Politics of Prorogation », Policy Exchange, 16 septembre 2019, <https://policyexchange.org.uk/publication/parliamentary-sovereignty-and-the-politics-of-prorogation/>, qui s'oppose au contrôle juridictionnel de la décision du Premier ministre ; M. Elliott, « Prorogation and Justiciability, Some Thought Ahead of the Miller II case in the Supreme Court », 12 septembre 2020, <https://publiclawforeveryone.com/2019/09/12/prorogation-and-justiciability-some-thoughts-ahead-of-the-cherry-miller-no-2-case-in-the-supreme-court/>. Voir aussi : See, e.g. Stephen Laws, « The Supreme Court's Unjustified Lawmaking », Judicial Power Project, 4 October 2019, <http://judicialpowerproject.org.uk/stephen-laws-the-supreme-courts-unjustified-lawmaking/>; John Larkin, « The Supreme Court on prorogation and its justiciability » Judicial Power Project, 4 October 2019, <http://judicialpowerproject.org.uk/john-larkin-the-supreme-court-on-prorogation-and-its-justiciability/>; Stephen Tierney, « Turning political principles into legal rules: the unconvincing alchemy of the Miller/Cherry decision », Judicial Power Project, 30 September 2019, <http://judicialpowerproject.org.uk/stephen-tierney-turning-political-principles-into-legal-rules-the-unconvincing-alchemy-of-the-millercherry-decision/>.

devant le Parlement. D'autres, à l'instar de Paul Craig¹⁴ ou encore de Lord Stephen Sedley, considèrent que la Cour n'a fait qu'appliquer le droit constitutionnel classique en imposant au Gouvernement le respect du droit, la *Rule of Law*¹⁵, que la Cour ne mentionne pourtant pas¹⁶. Mark Elliott de son côté souligne la double dimension classique et révolutionnaire de cette décision qui est une application orthodoxe du droit constitutionnel dans un cadre renouvelé¹⁷. Au terme d'une analyse de la justiciabilité de la question et de l'identification du standard de légalité au regard duquel la décision de suspension doit être contrôlée, la Cour se déclare compétente pour examiner l'exercice d'un pouvoir de prérogative dans le contexte, politiquement délicat, de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Elle conclut à l'illégalité de la décision et l'annule notamment parce que cette décision a pour effet de « mettre le Parlement sur pause » pendant les négociations sur le *Brexit* et ce, durant cinq semaines.

Elle parvient à cette conclusion non pas pour des raisons politiques, mais en se fondant sur le droit et, plus précisément, sur le droit de *common law*. Cette décision s'explique par le fait que le pouvoir de prérogative du Premier ministre, est un pouvoir encadré par le droit constitutionnel tel qu'il est garanti par la *common law*. La Cour suprême se déclare donc compétente en vertu de ce droit de *common law*, dont elle est maître. Son raisonnement sur la justiciabilité, quoique complexe, s'explique en réalité par le respect de la séparation des pouvoirs assuré, en l'espèce, par le principe de *Rule of Law* qui renvoie au rôle historique du juge britannique dans la garantie de la prééminence du droit. La Cour ne cite pas ce principe, mais sa philosophie est présente tout au long de la décision. La *Rule of Law* paraît ainsi justifier implicitement la compétence de la Cour suprême (I). C'est ensuite au nom de la souveraineté du Parlement et du contrôle parlementaire du Gouvernement (*accountability*) que la Cour conclut à l'illégalité de la suspension. Les onze juges de la Cour se présentent, en ce sens, comme des garants de la démocratie parlementaire britannique (II).

I – La compétence de la Cour suprême implicitement fondée sur la *Rule of Law*

La première question que la Cour a eu à examiner est celle de sa compétence. Il s'agissait de savoir si la décision de suspendre la Chambre des communes était une question de droit ou bien une question politique. Contrairement à la *Outer House* de la Court of Session et à la Haute Cour, qui ont jugé que la suspension de la Cour était non justiciable car politique par nature, et qu'il n'y avait pas de standard juridique pour contrôler sa légalité, la Cour suprême

¹⁴ P. Craig, « Prorogation: Constitutional Principle and Law, Fact and Causation », *U.K. Const. L. Blog*, 2 septembre 2019, <https://ukconstitutionallaw.org/2019/09/02/paul-craig-prorogation-constitutional-principle-and-law-fact-and-causation/>; « Prorogation: Three Assumptions », *U.K. Const. L. Blog*, 10 septembre 2019, <https://ukconstitutionallaw.org/2019/09/10/paul-craig-prorogation-three-assumptions/>; « The Supreme Court, prorogation and constitutional principle », *PL*, 2020, pp. 248-277 ; « response to Loughlin's note on Miller ; Cherry », *PL*, 2020, pp. 282-286.

¹⁵ S. Sedley, « In Court », *London Book of Review*, Vol. 41 No. 19, 10 October 2019. Voir également Nick Barber, « Constitutional hardball and justified development of the law' », Judicial Power Project, 29 September 2019, <http://judicialpowerproject.org.uk/nick-barber-constitutional-hardball-and-justified-development-of-the-law/>; Alison Young, « Deftly Guarding the Constitution », Judicial Power Project, 29 September 2019, <http://judicialpowerproject.org.uk/alison-young-deftly-guarding-the-constitution/>; T. Konstadinides, N. O'Meara and R. Sallustio, « The UK Supreme Court's Judgment in Miller/Cherry: Reflections on Its Context and Implications », UK Constitutional Law Association Blog, 2 October 2019, <https://ukconstitutionallaw.org/>.

¹⁶ Comme l'indique justement A. Antoine, « Boris Johnson désavoué par les juges de la Cour suprême du Royaume-Uni », septembre 2020, <https://blog.leclubdesjuristes.com/boris-johnson-desavoue-par-les-juges-de-la-cour-supreme-du-royaume-uni/>.

¹⁷ M. Elliott, « A new Approach to Constitutional Adjudication ? Miller II in the Supreme Court », 24 September 2019, <https://publiclawforeveryone.com/2019/09/24/the-supreme-courts-judgment-in-cherry-miller-no-2-a-new-approach-to-constitutional-adjudication/>.

se déclare compétente au terme d'un raisonnement assez compliqué. Dès le premier paragraphe de la décision, elle rappelle que « notre droit est habitué à relever de tels défis et nous fournit les instruments juridiques pour nous permettre de *raisonner* pour parvenir à une solution »¹⁸.

En soulignant l'importance du raisonnement juridique, la Cour ne fait pas appel à n'importe quel droit ou à n'importe quel principe général, mais précisément au droit de *common law* qui est caractérisé par la « raison artificielle » et non humaine, comme le disait le juge Coke au monarque Jacques Ier dans l'affaire des *Prohibitions* de 1607¹⁹. Après rappelé le cadre juridique du litige et sa méthode qui trouvent leurs origines dans le droit de *common law*, la Cour établit les limites constitutionnelles qui s'imposent au pouvoir de suspension du Parlement (A) et identifie, *proprio motu*, un critère de compétence (B).

A. Les limites constitutionnelles au pouvoir de suspension

Avant de répondre à la question de la justiciabilité, la Cour identifie, à l'instar d'un juge constitutionnel, qui rappelle ses normes de références, « quatre points » préalables et présente sa méthode pour déterminer sa compétence²⁰. La limite au pouvoir de suspension, qui relève de la prérogative réside, en premier lieu, dans la *common law*. Cette question, bien qu'elle intervienne dans le champ politique, peut être, en second lieu, contrôlée par les Cours en raison de leur pouvoir historique de contrôle de l'exécutif. En troisième lieu, la responsabilité politique du Gouvernement devant le Parlement (*accountability*) n'exclut pas une responsabilité juridique devant les cours grâce au recours en *judicial review*. En quatrième et dernier lieu, déclarer la question justiciable n'est pas une atteinte à la séparation des pouvoirs puisque c'est justement la fonction propre des Cours que de donner effet à la séparation des pouvoirs. Ces éléments fondamentaux du raisonnement de la Cour évoquent, à travers l'idée de limitation du pouvoir par le juge, le principe de *Rule of Law*. Ce principe n'est pas mentionné, mais il est là, sous-jacent, dès le début du raisonnement alors que la souveraineté du Parlement n'apparaît, en tant que telle, qu'au paragraphe 41. Les deux premières étapes du raisonnement de la Cour le montrent bien puisqu'elle se fonde sur la *common law* (1) pour identifier les principes constitutionnels limitant le pouvoir de prérogative (2).

1) Des limites constitutionnelles fondées sur la *common law*

La première raison qui conduit la Cour à se déclarer compétente repose sur le fait que les limites au pouvoir de prérogative sont fondées sur la *common law*. Les règles évoquées sont des règles reconnues par la Constitution coutumière britannique et la Cour prend le soin de les rattacher systématiquement au juge et à son rôle constitutionnel. Elle sous-entend ainsi que le cadre préalable de ce litige est celui d'une Constitution judiciaire. Il dépend donc de la *common law* et du juge, et non d'un texte de loi adopté par le Parlement, encore moins d'une Constitution formelle²¹. Parmi les principes constitutifs de ce cadre constitutionnel, elle identifie les deux premiers que l'on peut résumer de la façon suivante : la *common law* est une limite au pouvoir du Premier ministre dont les Cours ont toujours eu à connaître.

¹⁸ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, §1 souligné par nous.

¹⁹ *Prohibitions* [1607] EWHC KB J23 : « are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law ».

²⁰ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, §29-§ 35.

²¹ *Ibid.*, § 39 : « Même si le Royaume-Uni n'a pas de document unique dénommé constitution, il possède néanmoins une Constitution, établie au fil de notre histoire par la *common law*, des lois, des conventions et des pratiques. »

Elle précise, en premier lieu, que la décision de suspendre le Parlement est un pouvoir de prérogative, « reconnu par la *common law* » et exercé aujourd'hui par la voie de l'avis du Premier ministre, que la Reine est obligée de suivre. La *common law* apparaît comme le fondement et la limite du pouvoir de prérogative. La Cour est donc conduite à contrôler cet avis, et non la décision de la Reine. Elle explique, plus loin, que puisque les pouvoirs de prérogatives ne sont pas définis par le droit écrit (« *not constituted by any documents* ») « déterminer ses limites est moins simple. Néanmoins, tout pouvoir de prérogative a ses limites et il est de la fonction de la cour de déterminer, lorsque cela est nécessaire, où reposent ces limites »²². Le pouvoir de prérogative étant « reconnu par la *common law* », il doit être compatible avec « des principes de *common law* ». Le standard de contrôle développé par les Cours de *common law* ne repose cependant pas sur la *common law* « ordinaire », mais sur les « principes fondamentaux de notre droit constitutionnel »²³. Il est ainsi fondé sur le droit constitutionnel jurisprudentiel du Royaume-Uni et non sur ses lois constitutionnelles (au sens matériel)²⁴. La Cour le souligne clairement en indiquant que le Royaume-Uni n'a pas de constitution « codifiée », mais une constitution « établie au fil de notre histoire par la *common law*, les lois, les conventions et pratiques », qui s'est « développée de façon pragmatique ». « Néanmoins, elle contient de nombreux principes juridiques, qui sont mis en œuvre par les cours de la même façon que tout autre principe juridique ». C'est à l'occasion de ce développement que la Cour suprême insiste sur le fait que « les Cours ont une responsabilité pour faire respecter les valeurs et principes de notre constitution et pour les rendre effectifs »²⁵. Au sein de cette « judge-made constitution »²⁶, le rôle constitutionnel des Cours de *common law* est décisif pour assurer la séparation des pouvoirs.

C'est en ce sens que le renvoi, en second lieu, à la compétence centenaire des Cours pour contrôler les décisions de l'exécutif revêt toute son importance. Les Cours de justice sont, certes, incompétentes à l'égard des questions politiques, mais « le fait qu'un litige juridique concerne la conduite d'hommes politiques, ou survienne à propos d'une question de controverse politique, n'a jamais été une raison suffisante pour que les Cours refusent de l'examiner »²⁷. Ce n'est donc pas parce qu'une décision concerne la conduite d'hommes politiques qu'une Cour de justice ne peut la contrôler. La Cour le répète, plus loin : « [Les cours] ont une responsabilité particulière pour déterminer les limites juridiques des pouvoirs conférés à chaque branche du gouvernement et pour décider si un exercice de leur pouvoir a transgressé ces limites. Les Cours ne peuvent échapper à cette responsabilité simplement parce que la question posée est politique de par sa tonalité ou le contexte dans lequel elle est rendue »²⁸. Cette formulation fait écho à l'arrêt *Marbury v. Madison*, qui évoque la doctrine des questions politiques et affirme solennellement : « C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit. »²⁹. C'est à cet esprit de *common law*, qui imprègne l'arrêt *Marbury*³⁰, que la

²² *Ibid.*, § 38.

²³ *Ibid.*

²⁴ Cette notion fait référence aux lois ordinaires ayant un contenu constitutionnel, comme la *Magna Carta 1215*, le *Bill of Rights* ou encore, plus récemment, le *Human Rights Act 1998* et le *Constitutional Reform Act 2005*. Cf. à ce sujet : *Thoburn v Sunderland City Council* EWHC [2002] 195.

²⁵ *Ibid.*, § 39.

²⁶ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (L.F. ed)*, op. cit., p. 116.

²⁷ *Ibid.*, § 31.

²⁸ *Ibid.*, § 39.

²⁹ *Marbury v. Madison*, op. cit., in E. Zoller, *Les Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, § 8, 11, 15, 16, p. 6 et s.

³⁰ E. Zoller, « Les deux constitutions de John Marshall : Une relecture de l'arrêt *Marbury v. Madison* », *RFDC*, 2020/3, n° 123, p. 521.

Cour suprême britannique fait appel en indiquant que les cours ont exercé un contrôle sur de telles décisions « depuis des siècles »³¹. Elle mobilise des précédents classiques aux sources du principe de *Rule of Law*, comme l'affaire des *Proclamations*³² de 1611, emblématique de la limitation de l'absolutisme royal par le droit des juges de *common law* ou encore l'affaire *Entick v. Carrington*³³ qui juge qu'un Ministre ne pouvait ordonner une fouille de propriété privée sans que cela ne soit autorisé par une loi ou la *common law*. Ainsi, elle souligne que le pouvoir « arbitraire »³⁴ de l'exécutif est, au Royaume-Uni, limité par la loi ou par le droit des juges : la *common law*. En l'espèce, puisque la prérogative n'est pas fondée sur la loi, c'est la *common law* qui l'encadrera : « les principes juridiques de notre constitution ne sont pas limités aux règles législatives, mais intègrent des principes constitutionnels développés par la *common law* »³⁵. C'est sur ces principes que la Cour va se fonder pour établir le standard de légalité. Elle cite certains principes existants comme le principe selon lequel « le droit ne peut être modifié si ce n'est par ou en accord avec une loi », « le Gouvernement ne peut fouiller des locaux privés sans autorisation légale ». Elle ajoute que ces principes constitutionnels ne sont pas seulement limités à la protection des droits des individus. Ils incluent des principes institutionnels tels que le principe de publicité de la justice et le principe de séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le Parlement et les Cours³⁶.

Avec ce retour aux sources, la prorogation du Parlement se trouve limitée par les principes identifiés dans la Constitution judiciaire britannique au rang desquels la séparation des pouvoirs joue un rôle décisif.

2) Des limites constitutionnelles fondées sur les principes de responsabilité du Parlement, de souveraineté du Parlement et de séparation des pouvoirs

Le contenu des limites au pouvoir de prérogative est d'abord éclairé par les deux derniers points introductifs de la décision. La Cour évoque avant tout autre principe de fond la responsabilité du Premier ministre devant le Parlement³⁷, insistant ainsi sur le devoir de rendre des comptes du Premier ministre. En soulignant le fait que la responsabilité politique du Premier ministre devant le Parlement n'exclut pas sa responsabilité juridique devant les Cours, c'est à la procédure de *judicial review* que la Cour suprême renvoie. Le devoir de rendre des comptes devant le Parlement (*accountability*) concerne le contrôle politique de ses décisions alors que le contrôle des Cours concerne leur légalité. Les deux formes de contrôle étant distinctes, la responsabilité ministérielle n'est donc pas un « substitut de la procédure de *judicial review* »³⁸. Cette distinction synthétise les termes du débat : la question posée à la Cour suprême doit-elle être résolue par des moyens juridiques ou politiques ? Elle illustre ainsi le cœur du problème posé à la Cour : celui de la nature des instruments de limitation des pouvoirs du Premier ministre et donc de la séparation des pouvoirs.

C'est justement l'objet quatrième et dernier point préalable, mentionné par la Cour suprême dans son introduction. Alors que l'*Outer House* de la Court of Session et la Haute

³¹ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 31.

³² (1611) 12 Co Rep 74.

³³ (1765) 19 State TR 1029.

³⁴ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 46.

³⁵ *Ibid.*, § 40.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 33.

³⁸ La Cour reprend l'ouvrage de droit administratif de W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law*, 7^{ème} ed., Oxford University Press, 1994, p. 34, *Ibid.*, § 33.

Cour jugeaient que la compétence des juges pour contrôler la suspension du Parlement serait une atteinte à la séparation des pouvoirs, la Cour suprême adopte une autre approche de ce principe, plus conforme à la tradition constitutionnelle britannique. Elle indique, au contraire, que « si la question examinée par la Cour est justiciable, l'examiner ne portera pas atteinte à la séparation des pouvoirs. Comme nous venons de l'indiquer la cour accomplira sa véritable fonction en vertu de notre constitution. En effet, en s'assurant que le Gouvernement n'utilise pas son pouvoir de prorogation de façon illégale avec pour effet d'empêcher le Parlement de remplir ses fonctions, la Cour donnera effet à la séparation des pouvoirs »³⁹.

Après avoir présenté ces principes en introduction, la Cour suprême va, au moment d'établir le standard au regard duquel la décision doit être jugée, affirmer qu'en l'espèce, « deux principes fondamentaux de notre droit constitutionnel sont pertinents »⁴⁰. On aurait pu s'attendre, compte tenu, des développements préalables à ce qu'elle reprenne les principes de responsabilité et de séparation des pouvoirs déjà mentionnés ou encore à ce qu'elle évoque les deux fondements traditionnels de la Constitution britannique que sont la souveraineté du Parlement et la *Rule of Law*, qu'elle n'avait jusque-là pas évoqués. La Cour choisit d'avoir recours au « principe de souveraineté parlementaire » (*parliamentary sovereignty*), mais elle lui associe le principe de « responsabilité devant le parlement »⁴¹ (*parliamentary accountability*) et non la *Rule of Law*.

La souveraineté du Parlement, sans surprise, mais assez tardivement, apparaît comme le premier principe constitutionnel « pertinent dans la présente affaire »⁴². Compte tenu de cette importance, on peut s'interroger sur les raisons de l'absence de la souveraineté du Parlement dans l'introduction de la décision. Ce principe signifie, que « les lois promulguées par la Couronne en son Parlement sont la forme suprême du droit de notre système juridique, que tout le monde, y compris le Gouvernement doit respecter »⁴³.

La Cour souligne, dans un premier temps, le rôle des Cours et l'effet qu'elles ont donné à ce principe. Il ne se limite pas à reconnaître le caractère supérieur de la loi. Les Cours « ont protégé la souveraineté du Parlement des atteintes portées par l'usage des pouvoirs de prérogatives et, ce faisant, ont démontré que les pouvoirs de prérogative sont limités par le principe de souveraineté parlementaire »⁴⁴. C'est bien de la limitation des pouvoirs de l'exécutif dont il s'agit et la Cour suprême en rappelle les origines jurisprudentielles⁴⁵. La souveraineté du Parlement est donc une limite au pouvoir de suspension, car elle serait « remise en cause en tant que principe fondamental de notre constitution si l'exécutif pouvait, avec l'usage de son pouvoir de prérogative, empêcher aussi longtemps qu'il le souhaite le Parlement d'exercer son autorité législative »⁴⁶. Par conséquent, le corollaire de la souveraineté du Parlement réside dans le fait que le pouvoir de suspension du Parlement est limité. La référence aux sources législatives n'apparaît que dans un second temps sur ce point. La Cour renvoie aux lois relatives

³⁹ *Ibid.*, § 34.

⁴⁰ *Ibid.*, § 41.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.* : *Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508 et *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513 dans lequel Brown-Wilkinson affirme que « L'histoire constitutionnelle de ce pays est l'histoire de la soumission des pouvoirs de prérogative de la Couronne aux pouvoirs prépondérants du législateur élu démocratiquement ».

⁴⁶ *Ibid.* § 42.

aux sessions parlementaires⁴⁷, dont l'existence ne fait que « confirme[r] la nécessité de limites juridiques au pouvoir de proroger »⁴⁸. « Un pouvoir de prorogation illimité serait par conséquent incompatible avec le principe juridique de souveraineté du Parlement »⁴⁹ en vertu de la *common law* et, subsidiairement, des lois. La Cour se demande alors « comment la limite au pouvoir de prorogation peut-elle être définie pour être compatible avec le principe de souveraineté du Parlement ? »⁵⁰

Pour répondre à cette question, elle adopte une conception de la souveraineté du Parlement qui ne renvoie pas seulement « à l'adoption d'une loi », mais aussi « aux conditions de son exercice »⁵¹. Elle ne se réfère toutefois pas à la *Rule of Law*, ce principe de prééminence du droit qu'elle aurait pu mobiliser comme une limite judiciaire à l'exercice des pouvoirs de prérogative exercés de façon abusive. Elle rejette l'approche restrictive de la souveraineté du Parlement qui ne viserait que la suprématie des lois⁵² promulguées et ne protégerait pas contre une prorogation trop longue.

Elle préfère avoir recours à un principe politique, la « *Parliamentary accountability* »⁵³, le principe de responsabilité devant le Parlement ou le devoir du Gouvernement de rendre des comptes devant le Parlement. Elle l'identifie comme le deuxième principe constitutionnel pertinent en l'espèce. Rappelant l'opinion de Lord Carnwath dans la première affaire *Miller* de 2017, elle le qualifie de « pas moins fondamental à notre Constitution que la souveraineté du Parlement »⁵⁴. Il repose, selon Lord Bingham, « au cœur de notre démocratie de Westminster »⁵⁵. La responsabilité politique est d'ailleurs présentée comme permettant de protéger les citoyens « contre l'exercice arbitraire du pouvoir exécutif »⁵⁶, idée qui est généralement évoquée à propos de la « responsabilité juridique devant les cours »⁵⁷. Ce principe constitutionnel de responsabilité « a été invoqué à maintes reprises à travers le développement de notre droit constitutionnel et administratif, comme une justification de la retenue judiciaire en tant qu'élément d'une séparation des pouvoirs constitutionnelle [...] et comme une explication de l'absence de justiciabilité. [...] son importance en tant que principe constitutionnel fondamental a aussi été reconnue par les cours »⁵⁸.

Cette explication éclaire un point important relatif au rôle des Cours britanniques en matière de séparation des pouvoirs. L'existence d'une *accountability* impliquerait que les Cours ne doivent pas intervenir lorsque la responsabilité politique suffit. En effet, la responsabilité

⁴⁷ Par exemple le *Bill of Rights 1688*, le *Meeting of Parliament Act 1694*, *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 44.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, § 42.

⁵⁰ *Ibid.*, § 45.

⁵¹ Sur cette approche, P. Craig, « The Supreme Court, prorogation and constitutional principle », *op. cit.*, p. 255.

⁵² *Ibid.*, p. 253 citant M. Loughlin, « The Case of Prorogation. The UK Constitutional Council's ruling on appeal from the judgment of the Supreme Court », Policy Exchange, Judicial Power Project, 2019, §18, <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/The-Case-of-Prorogation.pdf>.

⁵³ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 46.

⁵⁴ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, *op. cit.*, Lord Carnwath, § 249.

⁵⁵ *Bobb v Manning* [2006] UKPC 22, § 13, cité in *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 46.

⁵⁶ *Ibid.*, § 46.

⁵⁷ *Ibid.*, § 33.

⁵⁸ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 47.

politique du Gouvernement est souvent invoquée dans le contentieux administratif pour demander aux Cours de faire preuve de déférence et d'auto-limitation. Cette approche de la séparation des pouvoirs ne vise pas les seuls rapports entre le Gouvernement, le Parlement et les juges, c'est une question de séparation entre droit et politique : lorsque le contrôle politique suffit, le contrôle juridictionnel n'aurait pas sa place. Mais dans le cas d'espèce, la suspension du Parlement n'a-t-elle justement pas été décidée pour faire obstacle au contrôle politique, ce qui justifierait par conséquent l'intervention du juge ? Si une suspension pour une courte période ne remet pas en cause le principe de responsabilité politique, « plus la durée de la suspension sera longue, plus le risque de remplacer un gouvernement responsable par un gouvernement irresponsable peut survenir : l'antithèse même d'un modèle démocratique »⁵⁹. Mais selon quel critère mesurer la nécessité de l'intervention du juge dans un tel cas ? La Cour s'interroge de la même façon que pour le principe de souveraineté du Parlement : « Quelle est la limite juridique au pouvoir de suspendre qui la rend compatible avec la faculté du Parlement d'exercer ses fonctions constitutionnelles ? » En répondant à cette question, elle identifie un critère de compétence et s'érige en arbitre d'un conflit de pouvoirs entre le Gouvernement et le Parlement.

B. L'identification jurisprudentielle d'un critère de compétence

La seconde étape du raisonnement de la Cour sur la justiciabilité de la décision se détache du cadre juridique applicable. Elle expose la méthode suivie par la Cour pour établir un critère de compétence. Elle formule simultanément et de façon ambiguë un critère fondé sur les limites à l'exercice du pouvoir de prérogative (1) qui correspond aussi au standard de légalité à l'aune duquel la prorogation devra être contrôlée (2). Ce raisonnement masque en réalité le non-dit qui semble expliquer sa compétence : le principe de *Rule of Law* (3).

1) Un raisonnement fondé sur les limites et non la nature du pouvoir

Pour se déclarer compétente la Cour n'a pas recours à une approche centrée sur la nature de l'acte. Elle va, en effet, « contourner ce problème »⁶⁰ en préférant se fonder sur l'analyse des limites juridiques au pouvoir de prérogative, qui nécessite davantage de démonstration. Cette approche se distingue de celle qui est utilisée par les Cours inférieures⁶¹ qui utilisent l'affaire *GCHQ* de 1985⁶² dans laquelle la Chambre des Lords expose les pouvoirs de prérogatives qui relèvent des juges et ceux qui sont non justiciables. Alors que la *Outer House* de la Court of Session et la Haute Cour procèdent davantage par affirmation et renvoient au précédent *GCHQ*⁶³, la Cour suprême adopte une approche plus subtile. Aucun des précédents évoqués ne faisait autorité, mais il n'y avait pas non plus de précédent allant dans le sens opposé⁶⁴. La Cour n'affirme donc pas que la décision de proroger le Parlement fait partie des catégories de prérogatives soumises ou exclues du contrôle du juge en vertu de la décision *GCHQ*. Elle opère une distinction (*distinguish*) et parvient à sa conclusion au terme d'un raisonnement complexe.

⁵⁹ *Ibid.*, § 48.

⁶⁰ C. Roynier, « Illégalité de la prorogation du Parlement britannique : Seule la reine peut mal faire ! », *JP Blog*, 1^{er} octobre 2019, <http://blog.juspoliticum.com/2019/10/01/illegalite-de-la-prorogation-du-parlement-britannique-seule-la-reine-ne-peut-mal-faire-par-celine-roynier>.

⁶¹ *R (Miller) v Prime Minister*, *op. cit.*, § 25 ; *J. Cherry QC MP and others, Court of Session, Outer House*, *op. cit.*, § 50-51.

⁶² *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (GCHQ)* [1985] AC 374.

⁶³ *J. Cherry QC MP and others, Court of Session, Outer House*, *op. cit.*, §26 ; *Joanna Cherry QC MP and others v. The Advocate General* § 51.

⁶⁴ P. Craig, « The Supreme Court, prorogation and constitutional principle », *op. cit.*, p. 257.

La Cour débute son raisonnement sur la « *justiciability* » en distinguant « deux questions différentes ». La première s'intéresse à « l'existence » et, le cas échéant, à « l'étendue » de l'exercice d'un pouvoir de prérogative pour lesquelles les Cours seront compétentes⁶⁵. Cette compétence est admise par toutes les parties aux procès. Elle repose sur l'affaire *GCHQ* et sur la séparation des pouvoirs⁶⁶ puisqu'il s'agit de déterminer si l'exercice de ce pouvoir excède ses limites juridiques. Dans ce premier cas, aucun problème de justiciabilité ne se pose car, « ces questions sont par définition des questions de droit » et « qu'[e]n vertu de la séparation des pouvoirs, il est des fonctions des cours d'y répondre »⁶⁷.

En revanche, la seconde question peut soulever un problème de justiciabilité. Il ne s'agit pas de se demander si un pouvoir de prérogative existe ou s'il est exercé en dehors de ses limites juridiques, mais si « son exercice dans le cadre des limites juridiques peut être contesté devant les cours »⁶⁸ sur l'un des fondements du recours en *judicial review* récapitulés dans la décision *GCHQ* (vice de procédure, illégalité et irrationalité). Une question de *justiciability* peut se poser dans ce cas. La compétence des Cours dépend, en vertu de la décision *GCHQ* de « la nature et du domaine »⁶⁹ dans lequel intervient le pouvoir de prérogative. Il existe donc des décisions non-justiciables en raison de leur nature (*subject matter*), à l'instar des actes de Gouvernement en France. Ces décisions font partie des « catégories exclues » (*excluded categories*), qui n'ont pas été mentionnées par Lord Roskill dans la décision *GCHQ*, comme la négociation des traités, la dissolution de la Chambre des communes, la désignation des ministres et celles qui relèvent de questions de « haute politique »⁷⁰.

Avec une telle approche, la compétence de la Cour suprême dépend de la limite juridique qui s'impose au pouvoir de prérogative c'est-à-dire si le pouvoir est exercé en dehors ou au sein de ses limites juridiques. Pour déterminer sa compétence, la Cour doit donc d'abord établir s'il existe une limite juridique au pouvoir de proroger le Parlement, ce qu'elle a fait en identifiant les « deux principes fondamentaux de notre droit constitutionnel »⁷¹ : la Souveraineté du Parlement et la responsabilité du Gouvernement. Il lui revient, ensuite, de dire si le Premier ministre a outrepassé cette limite ou s'il a exercé son pouvoir de prérogative au sein des limites juridiques⁷². Dans le premier cas, les Cours seront compétentes. Dans le second cas, la Cour verra sa compétence varier en fonction de la nature du pouvoir exercé au regard de l'arrêt *CCHQ*.

2) La formulation simultanée et ambiguë d'un critère de compétence et d'un standard de légalité

La question de la limite juridique au pouvoir de prérogative, la Cour le souligne clairement, « est intimement liée à l'identification du standard au regard duquel la légalité du conseil du Premier ministre doit être jugée »⁷³. Le standard que la Cour va identifier conditionne, par conséquent, sa compétence à l'établissement d'une limite juridique à l'exercice du pouvoir de prérogative. Elle semble faire dépendre la justiciabilité du standard de légalité de la décision.

⁶⁵ *Ibid.*, § 35.

⁶⁶ *Ibid.*, § 36.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, § 35.

⁶⁹ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (GCHQ)*, *op. cit.*, Lord Roskill.

⁷⁰ *Ibid.*, § 36.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, § 37

⁷³ *Ibid.*

Cette « inversion »⁷⁴ lui permet effectivement d'éviter de se prononcer sur la qualification juridique de l'acte. Le dépassement de la limite juridique de l'exercice du pouvoir de proroger c'est-à-dire la question de savoir si la décision est *ultra vires* constitue un critère de justiciabilité. L'identification du standard de légalité de l'avis du Premier ministre va permettre de déterminer la justiciabilité de la question posée. C'est en ce sens que son raisonnement revêt la dimension « artificielle »⁷⁵. Le lien que la Cour établit entre la justiciabilité et le standard de légalité semble laisser apparaître une confusion entre la compétence et le fond⁷⁶. Son raisonnement aboutit, quoiqu'il en soit, à ce que cette limite juridique dépende de la Cour elle-même puisque la prérogative est encadrée par la *common law* et non par la loi.

Pour répondre aux deux questions - quelles sont les limites juridiques fondées sur la souveraineté du Parlement et sur la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement ? - et formuler son standard, la Cour suprême fonde son raisonnement sur la règle du précédent⁷⁷. Paul Craig souligne ainsi que la Cour suprême a décidé cette affaire « en accord avec les préceptes normaux du raisonnement judiciaire »⁷⁸. Elle reprend un standard classique de *common law* en matière de recours pour excès de pouvoir (*judicial review*) - le *reasonable test* ou *Wednesbury test*. Ce standard formulé dans l'arrêt du même nom de 1948 et rappelé dans l'arrêt *GCHQ*⁷⁹ conduit à déclarer illégales des décisions irrationnelles ou déraisonnables⁸⁰. Très peu de décisions sont susceptibles de remplir un tel standard et d'être déclarées illégales sur ce fondement.

La Cour, qui utilise généralement ce standard pour contrôler l'exercice d'un pouvoir conféré par une loi raisonne par analogie⁸¹ et l'applique, en l'espèce, à l'exercice d'un pouvoir fondé sur la prérogative. La limite à l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi est la suivante : « A moins que les termes de la loi n'indiquent une intention contraire, les Cours ont établi une limite à l'exercice légal du pouvoir en jugeant que la façon dont la mesure empêche ou entrave l'application du principe pertinent doit avoir une justification raisonnable »⁸². La question est donc de savoir si un pouvoir qui fait obstacle à un principe prévu dans une loi revêt une justification raisonnable. Ce standard, qui dérive d'un processus d'interprétation législative, est issu de la jurisprudence⁸³. La décision concède la différence entre un pouvoir de prérogative, reconnu par la *common law*, et un pouvoir conféré par la loi, mais l'une et l'autre sont des limites à la prérogative. La Cour souligne, rappelant l'affaire des *Proclamations*⁸⁴, que le pouvoir de prérogative n'est « valable que dans la mesure où il est reconnu par la *common law* »⁸⁵. Le standard qui vaut pour les pouvoirs conférés par la loi, vaut donc également pour les pouvoirs de prérogatives : « le pouvoir de prérogative est limité par les lois et la *common law*, y compris, dans le contexte actuel, par les principes constitutionnels avec lesquels il

⁷⁴ C. Roynier, « Illégalité de la prorogation du Parlement britannique : Seule la reine peut mal faire ! », *JP Blog*, 1^{er} octobre 2019, op. cit.

⁷⁵ *Prohibitions* [1607] EWHC KB J23.

⁷⁶ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, op. cit., § 37.

⁷⁷ *Ibid.*, § 49.

⁷⁸ P. Craig, « The Supreme Court, prorogation and constitutional principle », op. cit., p. 257.

⁷⁹ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (GCHQ)*, op. cit.

⁸⁰ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

⁸¹ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, op. cit., § 49.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Il a été récemment appliqué dans l'affaire R (on the application of UNISON) (Appellant) v Lord Chancellor (Respondent)* [2017] UKSC 51.

⁸⁴ (1611) 12 Co Rep 74.

⁸⁵ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, op. cit., § 49.

pourrait entrer en conflit »⁸⁶. Les juges décident donc que « par conséquent, afin de résoudre la présente affaire, la limite pertinente s'imposant au pouvoir de prorogation peut être formulée de la façon suivante : « Une décision de suspendre le Parlement (ou de conseiller le monarque de proroger le Parlement) sera illégale si la prorogation a pour effet d'entraver ou d'empêcher, sans justification raisonnable, la capacité pour le Parlement de poursuivre ses fonctions constitutionnelles d'organe législatif et d'organe responsable du contrôle de l'exécutif. Dans une telle situation, « la Cour interviendra si l'effet est suffisamment grave pour justifier une telle mesure exceptionnelle »⁸⁷.

La Cour a établi un standard de contrôle spécifique et adapté au cas d'espèce. Il est fondé sur les deux limites constitutionnelles préalablement identifiées : la souveraineté du Parlement et la responsabilité du Gouvernement, renvoyant aux fonctions législatives et de contrôle du Parlement. Ce standard, c'est-à-dire l'ampleur avec laquelle la prorogation remet en cause ou entrave la possibilité du Parlement d'exercer ses fonctions législatives et de contrôle est une « question de fait qui ne présente pas de difficulté plus importante que beaucoup d'autres questions de fait habituellement décidées par les cours »⁸⁸. Il a pour objet de déterminer « si l'explication du Premier ministre pour recommander une prorogation est une justification raisonnable pour une suspension ayant ces effets »⁸⁹. Mais qu'est-ce qu'une justification « raisonnable » ?

La Cour explique l'approche qui sera la sienne dans la mise en œuvre de ce standard. Dans l'hypothèse d'une prorogation courte, « habituelle dans la pratique contemporaine », « le souhait du Premier ministre de mettre un terme à une session pour en commencer une autre sera normalement suffisant en lui-même pour justifier »⁹⁰ une telle suspension. Des « justifications supplémentaires seraient néanmoins nécessaires » dans des « circonstances inhabituelles ». Dans ce dernier cas, la Cour souligne qu'il faudra examiner la justification avancée par le Premier ministre avec « prudence »⁹¹. La Cour renvoie ici à la déférence⁹² dont doivent faire preuve les Cours « car la décision de conseiller le monarque de proroger le Parlement tombe dans le domaine de responsabilité du Premier ministre et qu'elle peut impliquer dans certaines circonstances toutes sortes de considérations, y compris des enjeux/questions de jugement politique »⁹³. Le standard formulé ne repose, en effet, pas sur le principe de proportionnalité, mais sur le contrôle du caractère raisonnable de la décision, qui est bien moins strict. La Cour devrait par conséquent avoir à examiner « les justifications qui pourraient être avancées en étant *sensible* aux responsabilités et à l'expérience du Premier ministre, et avec un degré correspondant de *prudence* »⁹⁴. Elle conclut sur ce point en indiquant qu'« il est néanmoins de sa responsabilité de déterminer si le Premier ministre est resté dans les limites juridiques de son pouvoir. Si la réponse est négative, la dernière question sera de se demander si les conséquences sont suffisamment graves pour appeler l'intervention de la Cour ».

⁸⁶ *Ibid.* § 49.

⁸⁷ *Ibid.* § 50.

⁸⁸ *Ibid.* § 51.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Par ex. : *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23; [2001] 2 W.L.R. 1389; *R. (on the application of Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15 [2008] 1 A.C. 1312; *R. (on the application of Lord Carlile of Berriew QC) v Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 60 [2015] A.C. 945; *R. (on the application of Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38 [2015] A.C. 657.

⁹³ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 51.

⁹⁴ *Ibid.* § 51, souligné par nous.

Après ce développement, la Cour répond enfin à la question de la justiciabilité de la suspension du Parlement pour affirmer que les juges de la Cour suprême sont « fermement convaincus qu'elle est justiciable » car elle relève de la première catégorie de question qu'elle avait identifiée : celle de l'étendue du pouvoir de prérogative, du respect des limites à ce pouvoir et non celle de ses modalités d'exercice au sein de ses limites juridiques. La conclusion à laquelle parvient la Cour emprunte le raisonnement suivant : « Comme nous l'avons expliqué, il est bien établi et il est admis par les avocats du Premier ministre que les Cours peuvent contrôler l'étendue des pouvoirs de prérogative. C'est ce que fait cette cour dans cette affaire en appliquant le standard juridique que nous avons décrit. Ce standard ne porte pas sur la façon d'exercer le pouvoir de prérogative au sein de ses limites juridiques. Au contraire, il s'agit d'un standard qui détermine les limites de ce pouvoir, marquant les frontières entre la prérogative, d'un côté et le fonctionnement du principe constitutionnel de souveraineté du Parlement et du Gouvernement responsable, de l'autre »⁹⁵. Par conséquent, la décision du Premier ministre relève bien des juges.

La difficulté de ce raisonnement réside dans le fait que la Cour part du standard qu'elle a créée et non de la question qui lui est posée : « Une question qui peut être résolue par l'application de ce standard est, par définition une question qui concerne l'étendue du pouvoir de suspendre le Parlement et est par conséquent justiciable »⁹⁶. La Cour se déclare donc compétente car la question qui lui est posée peut être résolue grâce au standard qu'elle vient de créer et qui concerne justement l'étendue et les limites du pouvoir de prérogative. C'est parce que cette question peut être résolue par l'application d'un standard de justiciabilité spécialement formulé pour elle, qu'elle est par définition une question concernant l'étendue du pouvoir de prorogation et est, par conséquent justiciable. En créant un nouveau critère de compétence propre à cette affaire et qu'elle applique, en l'espèce, la Cour suprême parvient au même résultat que la *Inner House*, qui s'était fondé sur la nature de l'acte, mais au terme d'un raisonnement circulaire. Ce raisonnement aurait, peut-être, été simplifié si la Cour avait choisi de mobiliser explicitement le principe de *Rule of Law*.

3) Le rôle de la *Rule of Law* dans la garantie de la séparation des pouvoirs

Derrière la formulation de ce critère de compétence, c'est le principe de séparation des pouvoirs et, à travers lui, la *Rule of Law* qui justifie en réalité la compétence de la Cour. Déterminer la limite juridique au pouvoir de prérogative, la Cour l'affirmait avant même d'établir son standard, est une question « de droit. Conformément à la séparation des pouvoirs, il revient aux cours de [la] déterminer »⁹⁷ et de lui « donner effet »⁹⁸. En affirmant que le Premier ministre doit avoir une « justification raisonnable » pour porter atteinte au principe de souveraineté du Parlement et de responsabilité du Gouvernement la Cour formule un standard dont elle avait établi le fondement bien plus tôt dans la décision : « en s'assurant que le Gouvernement n'utilise pas le pouvoir de prorogation de façon illégale, avec pour effet d'empêcher le Parlement de remplir ses fonctions, la Cour donnera effet à la séparation des pouvoirs »⁹⁹. Pourquoi ce détour par la formulation compliquée d'un standard alors que la Cour aurait pu mobiliser la *Rule of Law* pour protéger la séparation des pouvoirs ?

⁹⁵ *Ibid.* § 52.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.* § 36.

⁹⁸ *Ibid.* § 34.

⁹⁹ *Ibid.*

L'approche que la Cour suprême adopte de ce principe est différente de celle des avocats du Premier ministre qui repose sur une conception « politique » de la séparation des pouvoirs. Selon eux, la séparation des pouvoirs « implique que les cours n'interfèrent pas »¹⁰⁰. Elle repose sur des sources, des mécanismes et des standards de nature politiques. La *Outer House* de la Court of Session affirme ainsi que le conseil donné par le Premier ministre au Souverain de proroger le Parlement est « gouverné par les seules conventions constitutionnelles. Les cours ne peuvent pas appliquer une convention politique. La sanction du non-respect d'une convention est politique et non juridique »¹⁰¹. Ils estiment que « les cours ne doivent pas entrer dans l'arène politique, mais doivent respecter la séparation des pouvoirs »¹⁰². Une telle approche a conduit la *Outer House* à juger que le conseil du Premier ministre est une « question impliquant la haute politique et le jugement politique. Il s'agit d'un territoire et d'un processus décisionnel politique qui ne peuvent être mesurés par rapport à des standards juridiques, mais uniquement par des jugements politiques » dont le contrôle revient « au Parlement et, en fin de compte, à l'électorat et non aux cours »¹⁰³. La séparation des pouvoirs reviendrait, selon les avocats du Premier ministre et la *Outer House*, à une séparation hermétique entre le droit et la politique interdisant aux Cours d'intervenir à chaque fois qu'une décision entre dans le champ politique.

Certains commentateurs¹⁰⁴ souscrivent à cette interprétation, considérant que la question de la responsabilité du Gouvernement est, de par sa nature politique, une convention de la Constitution qui ne relève pas du contrôle du juge. Martin Loughlin estime, par exemple, que la Cour a transformé « les pratiques politiques en principes constitutionnels » et se présenterait ainsi comme le « premier gardien de la Constitution britannique »¹⁰⁵. Certes, la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement relève du droit constitutionnel institutionnel et revêt indéniablement une dimension politique. Mais en l'absence de Constitution formelle, comment résoudre une remise en cause par le Premier ministre de ce principe ? La Cour suprême répond : avec la *common law* et, implicitement, grâce au principe de *Rule of Law*.

La conception de la séparation des pouvoirs de la Cour suprême repose, en l'espèce, sur une approche judiciaire et non politique du constitutionnalisme. La controverse doctrinale entre Paul Craig et Martin Loughlin à propos de la décision *Miller No2* illustre d'ailleurs la confrontation au sein de la doctrine publiciste entre ces deux conceptions du droit constitutionnel britannique : le constitutionnalisme juridique ou de *common law* et le constitutionnalisme politique¹⁰⁶. Comme la Cour l'a rappelé, ce n'est pas parce qu'une question concerne le champ politique, qu'elle ne peut pas poser de problème juridique. Ce n'est donc pas parce que le Premier ministre est responsable politiquement devant le Parlement, que ses décisions sont insusceptibles d'être contrôlées, par la voie du *judicial review*¹⁰⁷. Ce pouvoir de

¹⁰⁰ J. Cherry *QC MP and others, Court of Session, Outer House, op. cit.*, 70, § 16.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 17.

¹⁰² *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland), op. cit.*, § 28.

¹⁰³ J. Cherry *QC MP and others, Court of Session, Outer House, op. cit.*, 26.

¹⁰⁴ J. Finnis, « The Unconstitutionality of the Supreme Court's Prorogation Judgment », Policy Exchange, Judicial Power Project, 2019, <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/The-unconstitutionality-of-the-Supreme-Courts-prorogation-judgment.pdf> et M. Loughlin, « The Case of Prorogation. The UK Constitutional Council's ruling on appeal from the judgment of the Supreme Court », Policy Exchange, Judicial Power Project, 2019, <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/The-Case-of-Prorogation.pdf> ; M. Loughlin, « A note on Craig on Miller ; Cherry », *PL*, 2020, pp. 278-281.

¹⁰⁵ M. Loughlin, « A note on Craig on Miller ; Cherry », *op. cit.*, p. 280.

¹⁰⁶ P. Craig, « The Supreme Court, prorogation and constitutional principle », *PL*, 2020, pp. 248-277 et « response to Loughlin's note on Miller ; Cherry », *PL*, 2020, pp. 282-286.

¹⁰⁷ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland), op. cit.*, §33, § 47

contrôler l'exécutif, de limiter « l'arbitraire » est une question de responsabilité devant les juges, qui fait partie de leurs fonctions constitutionnelles depuis des siècles en vertu du principe de *Rule of Law*. La Cour l'a implicitement affirmé dès l'introduction de sa motivation. Lord Steyn et Lady Hale l'avaient d'ailleurs rappelé, en 2005, dans l'affaire *Jackson*, à propos du contrôle de la loi interdisant la chasse au renard¹⁰⁸. C'est cette interprétation que Lord Doherty, de la *Outer House* de la Court of Session rejette en affirmant : « Je n'accepte pas la demande selon laquelle la prorogation contrevient au principe de *Rule of Law* et l'allégation qu'elle est justiciable pour cette raison. A mon avis, il n'y a pas eu de méconnaissance du principe de *Rule of Law* »¹⁰⁹. La Cour suprême laisse entendre l'inverse.

La conception de la séparation des pouvoirs retenue par la Cour suprême n'est pas celle d'une autolimitation qui lui imposerait de ne pas intervenir dans la sphère politique. Il ne s'agit pas d'établir une séparation imperméable entre les pouvoirs, mais de limiter les pouvoirs, du moins, le pouvoir exécutif puisque le Parlement est souverain. Le recours, dans la décision, au « langage des pouvoirs et contre-pouvoirs »¹¹⁰ est révélateur d'une approche à la fois classique et nouvelle¹¹¹ des principes constitutionnels britanniques. Le raisonnement est classique dans la mesure où la Cour revient sur les fondements de *common law* de la prérogative, du principe de souveraineté du Parlement comme elle avait pu le faire dans les affaires *Jackson* et *Evans*¹¹². La nouveauté réside dans le recours au principe de responsabilité du Gouvernement en tant que principe constitutionnel justiciable. La Cour souligne que son importance « en tant que principe constitutionnel fondamental a aussi été reconnue par les cours »¹¹³. Elle prend ici le soin de rattacher le principe d'*accountability* à la *common law* qu'elle maîtrise et dont elle peut moduler les contours. Ce faisait, la Cour a-t-elle fait preuve d'activisme judiciaire¹¹⁴, comme le soutiennent certains de ses détracteurs ?

Le principe d'*accountability*, dit la Cour, implique un devoir des ministres de répondre aux questions des parlementaires, d'apparaître devant les commissions parlementaires et de voir les législations déléguées des ministres soumises à un contrôle du Parlement. En ce sens, il protège les citoyens contre « l'exercice arbitraire du pouvoir exécutif » car « les politiques de l'exécutif sont soumises à l'examen des représentants de l'électorat, l'exécutif doit rapporter, expliquer et défendre ses actions »¹¹⁵. Cette limitation politique de l'exécutif traduit la dimension institutionnelle de la séparation des pouvoirs au Royaume-Uni symbolisée par la *Bill of Rights 1688*¹¹⁶. Mais que faire si cette limitation politique du pouvoir exécutif est empêchée par une décision de proroger le Parlement ?

La réponse donnée par la Cour pour déterminer sa compétence ne peut pas être qualifiée d'activiste. D'abord, parce que le standard de « justification raisonnable » qu'elle a établi traduit une approche déférente du contrôle des décisions de l'exécutif. Ensuite, parce que son

¹⁰⁸ *R (Jackson) v Her Majesty's Attorney-General* [2005] UKHL 56.

¹⁰⁹ *J. Cherry QC MP and others, Court of Session, Outer House, op. cit.*, 70, § 27.

¹¹⁰ R. Masterman et S. S. Wheatle, « Miller/Cherry and Constitutional Principle », *U.K. Const. L. Blog*, 14 octobre 2019, <https://ukconstitutionallaw.org/2019/10/14/roger-masterman-and-se-shauna-wheatle-miller-cherry-and-constitutional-principle/>.

¹¹¹ M. Elliott, « A new Approach to Constitutional Adjudication ? Miller II in the Supreme Court », *op. cit.*

¹¹² *R (Jackson) v. Attorney General* 2005 UKHL 56 ; *R (on the application of Evans) and another (Respondents) v Her Majesty's Attorney General (Appellant)* [2015] UKSC 21.

¹¹³ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 47.

¹¹⁴ Cette question a notamment été soulevée par C. Roynier, « Illégalité de la prorogation du Parlement britannique : Seule la reine peut mal faire ! », *JP Blog*, 1er octobre 2019, *op. cit.*

¹¹⁵ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, §46.

¹¹⁶ Par souci d'harmonisation, nous reprenons dans l'article l'année, 1688, indiquée dans la décision.

raisonnement repose sur des ressorts classiques de la tradition de *common law*. Elle mobilise, en effet, des principes historiques et des fondements jurisprudentiels, antérieurs à la consécration solennelle de la limitation politique du Monarque par le *Bill of Rights*. Elle s'est ainsi amplement fondée sur la limitation des abus de pouvoirs de l'exécutif, qui a tant inspiré Montesquieu¹¹⁷ et qui remonte, comme nous l'avons vu, aux décisions du XVII^e siècle du juge Coke dans lesquelles il affirmait que « le Roi n'a de prérogative que celle que le droit du pays lui reconnaît »¹¹⁸. Ces décisions reconnaissent l'importance d'un Gouvernement soumis au droit¹¹⁹, c'est-à-dire de la *Rule of Law*, qui a d'ailleurs été présentée par Dicey comme un moyen d'empêcher « les systèmes de gouvernement exerçant des pouvoirs arbitraires »¹²⁰. Ce principe n'est pas mentionné dans la décision de la Cour suprême, mais il apparaît très explicitement dans les décisions des juridictions inférieures qui ont influencé le raisonnement de la Cour suprême. Ainsi, la décision de l'*Inner Court of Session* la démocratie et la *Rule of Law*, à l'instar de la souveraineté et de la responsabilité¹²¹. Si la Cour suprême mobilise la philosophie de la *Rule of law*, pourquoi ne la mentionne-t-elle pas ?

Sans doute était-il plus aisé de légitimer sa compétence en disant qu'elle agissait contre une décision politique au nom d'un principe politique encore plus puissant que la décision du Premier ministre, c'est-à-dire au nom du Parlement élu par le peuple. Agir au nom de la *Rule of Law* était, en l'espèce, plus difficile à soutenir car ce principe représente le pouvoir des juges et non celui du Parlement prorogé. La Cour a préféré valoriser la souveraineté du Parlement et la démocratie représentative pour prononcer l'illégalité de la décision.

II – L'annulation de la décision de suspendre le Parlement au nom de la démocratie parlementaire

En déclarant la décision illégale (A) et en la privant d'effet (B) sur le fondement du principe de souveraineté du Parlement, la Cour se pose en garante de la démocratie parlementaire britannique.

A. Une suspension portant atteinte à la souveraineté du Parlement

La Cour s'engage dans le contrôle effectif de la légalité de la suspension en appliquant le standard qu'elle a établi aux faits de l'espèce. Elle indique au préalable que les requérants ont contesté la décision au regard des effets de la prorogation, mais aussi des motifs du Premier ministre. Elle refuse cependant de s'engager dans le contrôle de la motivation, susceptible de découler sur un contrôle de l'opportunité (*merits review*) de la décision et choisit de se concentrer sur ses effets¹²². Elle paraît toutefois à travers le contrôle des effets de la décision (1) indirectement en contrôler la motivation (2). Au terme de ce contrôle, la Cour conclut à l'illégalité de la suspension, qui entrave le rôle constitutionnel du Parlement.

1) Le contrôle explicite des effets de la prorogation

La Cour juge que la suspension du Parlement porte atteinte aux « fondations de notre constitution », qu'elle expose, avant d'examiner les effets de la décision. Elle explique ce

¹¹⁷ *De L'Esprit des lois*, 1748.

¹¹⁸ (1611) 12 Co Rep 74.

¹¹⁹ S. Sedley, « In Court », *op. cit.*

¹²⁰ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 147

¹²¹ *Joanna Cherry QC MP and others v. The Advocate General*, *op. cit.*, § 97.

¹²² *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 54.

fondement constitutionnel au paragraphe 55 de la décision : « nous vivons dans une *démocratie représentative*. La Chambre des communes existe parce que le peuple a élu ses membres. Le Gouvernement n'est pas directement élu par le peuple [...]. Le Gouvernement existe par ce qu'il a la *confiance* de la Chambre des communes. Il n'a aucune autre légitimité démocratique que celle-là. Cela signifie qu'il doit rendre des comptes à la Chambre des communes – ainsi qu'à la Chambre des Lords – pour ses actions, en ayant toujours à l'esprit que la tâche actuelle de gouverner appartient à l'exécutif et non au Parlement ou aux cours »¹²³. La Cour s'intéresse ensuite à la question de savoir « si l'action du Premier ministre a eu pour effet d'empêcher ou d'entraver le rôle constitutionnel du Parlement de contrôler le Gouvernement »¹²⁴. En répondant directement par l'affirmative¹²⁵, la Cour juge que la décision du Premier ministre a, par ricochet, affecté la « démocratie représentative ».

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour utilise le standard qu'elle a formulé et contrôle l'effet que la suspension du Parlement a, en pratique, dans les faits¹²⁶. Elle indique pour cela que la prorogation « n'était pas une prorogation normale dans la perspective du discours du trône »¹²⁷. C'était une prorogation qui « empêche le Parlement de poursuivre son rôle constitutionnel pendant cinq à huit semaines entre la fin des vacances d'été et le jour de sortie de l'Union européenne le 31 octobre »¹²⁸. A l'inverse, la Haute Cour, estimait qu'il n'y avait pas de standard ni de convention pour savoir si une prorogation est trop longue¹²⁹. La Cour suprême considère que cette suspension pose difficulté dans la mesure où cette interruption a eu lieu dans une circonstance « exceptionnelle »¹³⁰ en raison de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne prévue à cette date et du rôle que la Chambre des communes pouvait jouer dans les dernières négociations.

La Cour laisse entendre que le nouveau Gouvernement n'avait pas la confiance de la Chambre pour conduire librement cette négociation. Cette question de confiance, ce *trust* entre le Gouvernement et le Parlement, qui est au cœur du régime parlementaire britannique¹³¹ était à l'origine de la décision du Premier ministre. Les événements qui ont suivi la prorogation l'ont montré. Depuis le 28 août 2019, le Gouvernement avait été mis en minorité à trois reprises par la Chambre des communes et la Chambre des Lords¹³². La Cour évoque la motion contre la sortie de l'Union européenne sans accord et le *European Union (Withdrawal) (N°2) Act 2019* qui « ne soutient pas le Premier ministre sur la question délicate de son Gouvernement en ce moment »¹³³. La suspension porte atteinte au rôle constitutionnel du Parlement, parce qu'elle

¹²³ *Ibid.* § 55. Souligné par nous.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.* § 56 : « La réponse est qu'elle a bien entendu eu cet effet »

¹²⁶ *Ibid.* § 51.

¹²⁷ *Ibid.* § 56.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.* § 54.

¹³⁰ *Ibid.* § 57.

¹³¹ A propos du parlementarisme britannique, cf. D. Baranger, *Parlementarisme des origines, Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris, PUF, 1999, 408 p.

¹³² Les parlementaires ont, d'abord, pu prendre la main sur l'ordre du jour de la Chambre des communes qui est en général presque intégralement fixé par le Gouvernement. Ils ont, ensuite, voté la loi Benn permettant de repousser, en l'absence d'approbation par le Parlement de l'accord de retrait, la date de la sortie de l'Union européenne au 31 janvier 2020. Ils ont enfin rejeté la motion de dissolution de la Chambre des communes. Sur ces aspects, cf. D. Baranger, « Une bataille mais pas la guerre ? Les victoires du parlement de Westminster contre Boris Johnson », *JP Blog*, 9 septembre, <http://blog.juspoliticum.com/2019/09/09/une-bataille-mais-pas-la-guerre-les-victoires-du-parlement-de-westminster-contre-boris-johnson-par-denis-baranger/>.

¹³³ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, §57.

permet à un Gouvernement qui n'est pas soutenu par les Communes, de conduire une politique qui entrainera « un changement fondamental [...] dans la Constitution du Royaume-Uni »¹³⁴. Le contexte politique témoignait, en effet, d'un « un découplage entre l'exécutif et le Parlement » et d'une « scission au sein du parti parlementaire lui-même » avec l'exclusion de « rebelles » et, pour victime, « la forme représentative et modérée de constitutionnalisme démocratique » que représente le modèle britannique¹³⁵. La décision du Premier ministre de proroger le Parlement a empêché la Constitution politique de fonctionner correctement. Si le respect de l'*accountability* ne reposait que sur une garantie politique, l'essence de la démocratie parlementaire britannique aurait pu être remise en cause par une telle décision. Les éléments judiciaires de la Constitution britannique sont, en quelque sorte, venus au secours des éléments politiques du constitutionnalisme britannique.

Pour cela, la Cour effectue un contrôle des faits en vérifiant l'existence d'une justification raisonnable pour prendre cette décision qui a « un effet aussi extrême sur les fondements de notre démocratie »¹³⁶. Fidèle à la tradition de *common law*, elle s'attache à la preuve. Elle considère, au regard des documents fournis par le Premier ministre, que si la nécessité d'un nouveau discours du trône pouvait constituer une raison pour suspendre le Parlement, aucune raison n'est fournie pour justifier une prorogation d'une durée de cinq semaines. Certes, la session parlementaire était exceptionnellement longue, mais les preuves apportées par John Major, ancien premier ministre, montrent qu'en principe il faut 5 à 6 jours pour préparer un discours du trône¹³⁷. L'autre preuve, rapportée par le Gouvernement avec le mémorandum de Nikki da Costa, qui sert de témoignage, n'explique pas non plus pourquoi une telle durée était nécessaire pour organiser le programme législatif. La proposition de suspension formulée dans ce document veille à s'assurer que le Parlement aura du temps avant et après le Conseil européen, mais elle « n'explique pas pourquoi il était nécessaire de réduire le temps qu'elles auraient eu par ailleurs pour les questions liées au *Brexit*. Elle ne discute pas le temps parlementaire qui serait nécessaire pour approuver un nouvel accord de retrait (...) et promulguer les législations primaires et déléguées nécessaires. Elle ne discute pas l'impact de la prorogation sur les procédures spéciales pour contrôler les législations déléguées nécessaires à préparer le droit britannique au jour de sortie de l'Union et réaliser un retrait ordonné avec ou sans accord de retrait (...). e mémoire ne discute pas les mérites respectifs de l'ajournement et de la prorogation. Il donne à tort l'impression qu'ils sont à peu près identiques »¹³⁸. La Cour poursuit en citant la réaction du Premier ministre qualifiant la session de septembre de « comédie ». Elle ne trouve « [n]ulle part un indice montrant que le Premier ministre en faisant cette recommandation à Sa Majesté, est plus qu'un simple leader du Gouvernement cherchant à promouvoir ses propres politiques ; il a une responsabilité constitutionnelle, comme nous l'avons expliqué au paragraphe 30 ci-dessus »¹³⁹.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ D. Baranger, « Une bataille mais pas la guerre ? Les victoires du parlement de Westminster contre Boris Johnson », *op. cit.*

¹³⁶ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 58.

¹³⁷ John Major a d'ailleurs déposé des déclarations écrites et orales en tant qu'intervenant au même titre que le *Lord Advocate* pour le Gouvernement écossais ; le Conseil Général gallois ; M. Raymond McCord qui était en charge des procédures en Irlande du Nord (mais qui n'a pas été autorisé à faire un recours en raison de l'état d'avancement des recours écossais et anglais) ; de l'*Attorney General* du cabinet fantôme, la Baroness Chakrabarti et du *Public Law Project*.

¹³⁸ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 60.

¹³⁹ *Ibid.*

La Cour en déduit donc qu'il « est impossible pour nous de conclure, à partir des preuves qui nous ont été présentées, qu'il y avait une quelconque raison - et encore moins une raison valable - de conseiller à sa Majesté de proroger le Parlement durant cinq semaines (...) Nous ne pouvons spéculer, en l'absence de preuves supplémentaires, sur ce que ces raisons auraient pu être. Il s'ensuit que la décision était illégale. »¹⁴⁰ Le Premier ministre en ayant suspendu, sans justification, le Parlement a non seulement porté atteinte au rôle constitutionnel du Parlement, mais aussi à son propre rôle constitutionnel. Cette « responsabilité constitutionnelle » unique consiste - puisque le rôle du Monarque est désormais formel - à « tenir compte de tous les intérêts pertinents, y compris les intérêts du Parlement »¹⁴¹. Le conseil du Premier ministre est donc jugé illégal, car il a agi « en dehors de ses pouvoirs »¹⁴². Avec cette conclusion, la Cour dit en filigrane que la « démocratie de Westminster » est une démocratie parlementaire et non le Gouvernement « d'une partie d'un parti » (puisque le Premier ministre avait été mis en minorité au Parlement et était contesté au sein même de son parti). La particularité et la force de la décision *Miller No2* résident dans le fait que la responsabilité juridique devant les Cours a effectivement protégé la responsabilité devant le Parlement¹⁴³, qui est un principe relevant de la Constitution politique.

2) Le contrôle implicite des motifs de la prorogation

Bien que la Cour suprême affirme son refus de contrôler la motivation de la décision, elle laisse transparaître un tel contrôle. La Cour a montré que la suspension portait atteinte à la « démocratie représentative »¹⁴⁴ car elle bloquait le Parlement dont la majorité était opposée à un *Brexit* sans accord alors que le Premier ministre le soutenait. Malgré ce qu'avancait le Gouvernement (une suspension rendue nécessaire pour établir un nouveau programme, grâce à un nouveau discours du trône établissant une nouvelle session parlementaire ; le fait que la session aurait été quoiqu'il en soit court-circuitée par les conférences des partis) la Cour estime que le Parlement aurait pu exercer son pouvoir de contrôle et décliner de participer aux conférences des partis. Cela n'a pas été rendu possible par la prorogation. L'objectif du Premier ministre était une sortie de l'Union européenne, même sans accord alors que le Parlement n'avait pas été élu pour ce programme. Les dernières élections dataient de juin 2017 et Boris Johnson n'avait pas été désigné à la suite d'élections législatives, mais de primaires au sein du parti Conservateur. Cela explique d'ailleurs sa décision d'appeler, fin octobre 2019, à des élections, qui ont finalement eu lieu le 12 décembre 2019.

La Cour suprême ne dit pas les choses aussi explicitement que la *Inner House* de la Court of Session, qui indiquait que la décision du Premier ministre a été prise dans le secret et que le Gouvernement avait voulu montrer qu'elle n'était pas justifiée par des raisons liées au *Brexit*¹⁴⁵. Elle fait toutefois référence à une réunion du cabinet dans laquelle le Premier ministre indiquait « qu'il était important d'insister sur le fait que cette décision de suspendre le Parlement pour préparer un discours du trône n'était pas motivée par des considérations liées au Brexit: il s'agissait de poursuivre un programme législatif excitant et dynamique qui ferait

¹⁴⁰ *Ibid.* § 61.

¹⁴¹ *Ibid.* § 30.

¹⁴² *Ibid.* § 69.

¹⁴³ Sur cet aspect de la décision, C. Saunier, « Les juges au secours de la responsabilité politique ? Les leçons de la décision Miller No 2 », *JP Blog*, 4 février 2020, <http://blog.juspoliticum.com/2020/02/04/les-juges-au-secours-de-la-responsabilite-politique-les-lecons-de-la-decision-miller-no-2-par-claire-saunier/>.

¹⁴⁴ *Ibid.* § 55.

¹⁴⁵ *Joanna Cherry QC MP and others v. The Advocate General, op. cit.*, § 88-89.

avancer l'agenda du Gouvernement »¹⁴⁶. Les motivations officielles avancées pour justifier la prorogation cherchent à cacher l'évidence et tâchent de présenter la suspension comme étant justifiées par des considérations toutes autres que les véritables. En déclarant le Conseil du Premier ministre illégal à cause de ses effets, la Cour sanctionne, au moins implicitement, l'absence de transparence dans la prise de décision du Gouvernement, principe fondamental dans une démocratie. Ce principe de transparence, est justement assuré dans une démocratie *parlementaire*, par l'*accountability*, la responsabilité politique du Gouvernement à laquelle le Premier ministre souhaitait échapper. La Cour condamne ainsi indirectement le secret entourant la motivation de la décision du Gouvernement de suspendre le Parlement et sa volonté de négocier, sans transparence et donc sans *accountability* avec l'Union européenne.

B. Les effets de la décision de la Cour suprême

Après avoir déclaré la décision de suspendre le Parlement illégale (1), la Cour s'est interrogée sur la portée de cette illégalité (2) au regard du *Bill of Rights 1688* et de la souveraineté du Parlement.

1) L'illégalité de la suspension du Parlement

La Cour suprême prononce une première forme de réparation (*remedy*) par la voie d'une déclaration au terme de laquelle le conseil du Premier ministre de suspendre le Parlement est illégal, le Premier ministre ayant agi en dehors de ses pouvoirs¹⁴⁷. La Cour indique ensuite : « la question est de savoir si nous devrions en faire davantage afin que les conséquences juridiques de cette décision soient claires comme de l'eau de roche »¹⁴⁸. L'*Inner House* de la Cour of Session était allée plus loin que la déclaration d'illégalité en jugeant la suspension « illégale et, par conséquent nulle et de nul effet »¹⁴⁹. S'interroger sur l'effet de la déclaration d'illégalité conduit la Cour à poser une « question essentielle (...) : le Parlement est-il prorogé ou ne l'est-il pas ? »¹⁵⁰. Pour y répondre, elle doit, tout d'abord, analyser le moyen soulevé par le Gouvernement selon lequel la Cour ne peut pas déclarer nulle et de nul effet la prorogation car cela serait contraire à l'article 9 du *Bill of Rights 1688*¹⁵¹ ou au « privilège du Parlement » selon lequel il y a des questions qui relèvent de « sa connaissance exclusive »¹⁵². Le Gouvernement soutient, en effet, que la prorogation est « une procédure parlementaire » qui ne peut être contestée ou remise en cause devant aucune Cour »¹⁵³. La Cour écarte cet argument.

2) La portée de l'illégalité de la suspension

Pour envisager les effets de sa déclaration d'illégalité, la Cour suprême va déterminer si la prorogation est une procédure parlementaire protégée par le *Bill of Rights* et donc insusceptible d'être examinée par les Cours. Elle renvoie à un arrêt qui portait sur les poursuites contre des députés s'étant rendus coupables de fausses notes de frais à l'occasion du scandale

¹⁴⁶ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, §20.

¹⁴⁷ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 62 ; § 69.

¹⁴⁸ *Ibid.* § 62

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ « Que la liberté de parole et les débats ou les procédures dans le sein du Parlement, ne doivent être entravées ou questionnées dans aucune Cour ni où que ce soit en dehors du Parlement ».

¹⁵² *Ibid.* § 63.

¹⁵³ *Ibid.*

de 2009. Dans l'arrêt *Chaytor* de 2010, la Cour a jugé que ces réclamations relatives aux fausses factures n'étaient pas des procédures parlementaires. Elle considère notamment qu'il revenait aux Cours et non au Parlement de déterminer l'étendue du privilège parlementaire¹⁵⁴ et que l'article 9 du *Bill of Rights* cible particulièrement « la liberté de parole et de débat dans les Chambres du Parlement et dans les commissions parlementaires »¹⁵⁵. La Cour se réfère également à l'ouvrage de pratique parlementaire d'Erskine May selon lequel « le premier sens de la notion de procédures comme un terme parlementaire technique, qu'il recouvrait au moins dès le XVIIème siècle, est une action formelle, habituellement une décision prise par la Chambre dans sa capacité collective »¹⁵⁶. Par conséquent, la prorogation « ne peut être raisonnablement décrite comme une « procédure parlementaire. Ce n'est pas une décision de chacune des Chambres du Parlement. Bien au contraire : c'est quelque chose qui est imposé aux chambres de l'extérieur. Ce n'est pas quelque chose dont les membres du Parlement peuvent débattre ou qu'ils peuvent voter... Ce n'est pas le noyau dur ou l'activité essentielle du Parlement. Bien au contraire: la suspension met fin à cette activité fondamentale et essentielle du Parlement »¹⁵⁷. Adopter un raisonnement inverse pourrait inciter le Gouvernement à annoncer des décisions controversées devant le Parlement pour les immuniser de tout recours puisqu'elles seraient couvertes par le *Bill of Rights*¹⁵⁸. Une telle interprétation reviendrait à inverser le principe et permettre au Gouvernement d'empêcher le Parlement de fonctionner au nom d'un principe qui vise, au contraire, à protéger « la liberté de parole, des débats et des procédures » au sein du Parlement. Par conséquent, l'article 9 du *Bill of Rights* ou le privilège parlementaire ne fait pas obstacle à ce que la Cour examine la validité de la prorogation, car la suspension du Parlement n'est pas une procédure parlementaire, mais acte de l'exécutif.

La Cour conclut donc que le conseil donné par le Premier ministre à la Reine était illégal, nul et de nul effet et que l'*Order in Council* auquel il a conduit est aussi illégal, nul et de nul effet. C'est « comme si les Commissaires royaux étaient entrés dans la Chambre des Lords avec une feuille blanche »¹⁵⁹. L'effet de la décision de la Cour est par conséquent rétroactif. Il en résulte que « le Parlement n'a pas été suspendu » et « qu'il revient au Parlement de décider ce qu'il faut faire »¹⁶⁰. La Cour rappelle que l'avocat du Premier ministre a indiqué que toutes les mesures nécessaires pour respecter les termes de la décision seraient prises. A défaut, le Premier ministre, serait, de toutes façons, susceptible de faire l'objet d'une procédure de *contempt of court* (outrage à la Cour). Il n'est, par ailleurs, pas nécessaire que le Parlement soit rappelé sur la base du *Meeting of Parliament Act 1797* ou que les règles de l'ajournement ou de vacances s'appliquent. La Cour considère qu'à moins qu'une règle parlementaire ne lui échappe, les Présidents de la Chambre des Communes et des Lords « peuvent prendre les mesures immédiates pour permettre à chaque Chambre de se réunir dès que possible pour décider d'une voie à suivre »¹⁶¹. Et, dans ce cas, leurs décisions seraient « bien sûr une procédure parlementaire qui ne pourrait pas être remise en question devant cette cour ou tout autre cour »¹⁶². La décision de la Cour suprême, qui rejette l'appel de l'Avocat général et accueille

¹⁵⁴ *Ibid.* § 66.

¹⁵⁵ *Ibid.* § 65.

¹⁵⁶ *Ibid.* § 67.

¹⁵⁷ *Ibid.* § 8.

¹⁵⁸ A. Twomey, « Article 9 of the Bill of Rights 1688 and Its Application to Prorogation », *U.K. Const. L. Blog*, 4 October 2019, <https://ukconstitutionallaw.org>.

¹⁵⁹ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, *op. cit.*, § 69.

¹⁶⁰ *Ibid.* § 70.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

celui de Mme Miller et des autres requérants, a pour effet de rétablir le fonctionnement de la démocratie parlementaire britannique.

La décision *Miller* est assez paradoxale car elle conduit la Cour suprême à protéger le rôle du Parlement dans la démocratie parlementaire britannique, une question éminemment politique, grâce à la *common law*, un droit revêtant une faible légitimité démocratique (par rapport à la loi, par exemple). En l'absence de Constitution codifiée et de loi régissant précisément la question, la Cour a ainsi utilisé son principal instrument juridique, le droit de *common law*, pour protéger la constitution politique britannique et l'équilibre des pouvoirs qu'elle a établi au fil du temps. Cette décision montre que, même sans le dire, les juges ont garanti, grâce au principe de *Rule of Law* et à travers la souveraineté du Parlement et la séparation des pouvoirs, l'*accountability* du Gouvernement. Elle témoigne du rôle de la Constitution judiciaire dans le fonctionnement de la Constitution politique, la seconde dépendant, en l'espèce, de la première, parce que la *common law*, inhérente, a précédé la Constitution politique qui s'est consolidée depuis le *Bill of Rights 1688*. La décision *Miller* s'inscrit ainsi dans une tradition centenaire de lutte contre l'abus de pouvoir, une tradition de séparation des pouvoirs. Cette philosophie constitutionnelle, qui oscille entre constitutionnalisme politique et constitutionnalisme judiciaire, reste, en définitive, marquée par un esprit de *common law*¹⁶³, l'esprit de la *Rule of Law*. Pour ses enseignements sur le droit de *common law* et le constitutionnalisme britannique, la décision Miller est une grande décision.

¹⁶³ R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, Francetown, New Hampshire, Marshall Jones Company Publishers 1921.