

Droit constitutionnel étranger

Royaume-Uni

Revue Française de Droit Constitutionnel, 2017/4, n° 112, pp. 1005-1034

Aurélie Duffy-Meunier

Professeur à l'Université de Lorraine

Membre de l'Institut de Recherches sur l'Evolution de la Nation et de l'Etat
(IRENEE)

Membre associée au Centre de droit Public comparé (CDPC), Université Paris 2 –
Panthéon Assas

Membre associée à ILF-GERJC, Aix-Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau &
Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence,

Des événements politiques et juridiques majeurs ont marqué la période 2015-2016. Le référendum du 23 juin 2016 sur le Brexit, coup de tonnerre dans un ciel européen déjà orageux, a succédé aux élections générales de 2015, qui ont reconfiguré le paysage politique britannique. Des arrêts ont, par ailleurs, eu une portée notable dans le domaine de la protection des droits et libertés ainsi qu'en matière institutionnelle en reconsidérant le contrôle de proportionnalité, en examinant des plaintes, toujours fréquentes, dans le champ de la lutte contre le terrorisme ou en analysant le rôle de la Couronne à l'occasion de l'affaire des lettres du Prince Charles.

I. Les évolutions institutionnelles

A - Les évolutions institutionnelles au niveau central

1) Les élections générales du 7 mai 2015

Les élections générales ont, une fois encore, fait mentir les sondages en raison de la nette victoire des conservateurs et de la sévère défaite des libéraux démocrates, deux partis qui étaient, depuis 2010, à la tête d'un Gouvernement de coalition¹. Cette élection s'est, pour la première fois, déroulée selon les modalités du *Fixed Term Parliament Act 2011*. En application de ce texte, le Gouvernement n'a pas eu à dissoudre, comme il le faisait auparavant par convention, la Chambre des communes. Celle-ci a été automatiquement dissoute avant la date des élections, qui a été fixée au premier jeudi de mai, cinq ans après les dernières élections. Les sondages prévoyaient un Parlement encore minoritaire, mais les conservateurs ont finalement remporté 330 sièges sur les 650 composant la Chambre, gagnant 24 sièges alors que les travaillistes en ont perdu 26, 232 députés travaillistes seulement ayant été élus. C'est en Ecosse que les travaillistes ont subi le revers le plus cuisant avec un seul député et une perte de 40 sièges par rapport à 2010 alors que le *Scottish National Party* a obtenu 56 des 59 sièges. Il s'agit du score le plus élevé en sièges et en votes lors d'une élection générale, avec 50 % des voix en Ecosse. Les libéraux démocrates ont été les grands perdants de ces élections. Ils ont subi les conséquences de leur alliance avec les conservateurs en perdant 49 des 57 sièges. Les conservateurs, bien que victorieux, devront travailler avec une frange plus conservatrice de leur parti et tenir compte du score du *UK Independence*

¹O. Hawkins, R. Keen, N. Nakatudde, *General Election 2015, House of Commons Library Briefing Paper*, July 28, 2015, N°CBP7186.

Party (UKIP) qui a augmenté de dix points environ avec 12, 4 % des voix, mais un député seulement. La victoire du Parti conservateur associée à l'important score du *UKIP* ont conforté David Cameron dans son projet de référendum sur la sortie de l'Union européenne.

2) *La procédure de judicial review*

Outre l'adoption du *Criminal Justice and Court Act 2015*, des décisions ont apporté des développements intéressants quant au standard de contrôle exercé en matière de *judicial review*.

a) La loi de 2015 a réformé la procédure de *judicial review* à la suite d'un processus de consultation lancé à la fin de l'année 2013 et d'un débat avec les membres de la profession judiciaire². Ce projet a connu un aboutissement dans la quatrième partie de la loi consacrée à la procédure de *judicial review*. Essentiellement centrée sur les questions financières et d'efficacité de la prise de décision publique, son objectif est de limiter les recours en *judicial review*, ce qui est susceptible de causer un certain nombre de difficultés. La question de la limitation de l'intérêt à agir, qui avait été, en premier lieu, envisagée par le Gouvernement, a finalement été supprimée devant la levée de bouclier des juges. Ils ont insisté sur le lien intrinsèque entre le principe de *Rule of Law* et la procédure de *judicial review* ainsi que sur l'impact qu'une telle réforme pourrait avoir sur des recours bien fondés³.

Le deuxième élément porte sur une question procédurale : le principe « d'absence de différence » (« *No difference* » principle). Ce principe renvoie au pouvoir discrétionnaire des Cours de refuser d'accorder une réparation à la suite d'un recours en *judicial review* lorsque le résultat d'une décision entachée d'un vice de procédure est identique à celui d'une décision dépourvue d'un tel vice. La Section 84 de la loi de 2015 prévoit ainsi que les Cours peuvent non seulement refuser une réparation, mais aussi rejeter une demande de recours en *judicial review* « s'il apparaît [...] hautement probable que l'issue de ce recours ne serait pas substantiellement différente si la conduite dont se plaint le requérant n'avait pas eu lieu ». Le Gouvernement a ainsi souhaité étendre l'application du principe « d'absence de différence » au moment de la demande d'autorisation d'un recours en *judicial review* et a également voulu l'assouplir pour permettre son usage dans des cas de figure plus nombreux. Ce projet a été critiqué par les membres de la profession judiciaire. Ces derniers ont rappelé qu'ils mettaient déjà en œuvre ce principe et que la disposition en cause pourrait augmenter la durée et les coûts d'un recours en *judicial review*. Elle aurait, en outre, pour effet de laisser non sanctionnée une erreur de droit⁴. Une telle réforme oriente, en effet, les Cours vers l'examen de l'issue de la procédure et non de sa légalité⁵. Se fondant sur des arguments liés au gain de temps et d'argent, le Gouvernement a maintenu son projet en prévoyant une exception. La section 84 de la loi prévoit que « (2B) La Cour peut ne pas appliquer [le principe « d'absence de différence »] si elle considère qu'il est approprié de le faire pour des raisons d'intérêt public exceptionnel ». Cette exception, préserve la dimension objective⁶ de la procédure de *judicial review* pour s'assurer que les autorités publiques agissent conformément au droit.

² Cf. « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte : Royaume-Uni », chroniques, cette Revue, 2015, n°1, pp. 223-260.

³ *Judiciary of England & Wales, Response of the Senior Judiciary to the Ministry of Justice's Consultation entitled 'Judicial Review: Proposals for Further Reform'*, November 1, 2013, §3 et 33, disponible sur le site: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Consultations/jr-phaseii-public-consultation-judicial-response.pdf>.

⁴ *Ibid.*, § 22.

⁵ A. Mills, « Reforms to *judicial review* in the Criminal Justice and Courts Act 2015: promoting efficiency or Weakening the Rule of Law? », *PL*, 2015, p. 594.

⁶ A. Mills parle de la « fonction publique » de la procédure de *judicial review*, *Ibid.*, p. 586.

Le troisième aspect des réformes est essentiellement financier. Il consiste à imposer des frais de procédure plus lourds afin de décourager les requérants porteurs de recours dilatoires. Les Cours appliquaient un « principe de protection en matière de frais de justice » (*Protective Costs Orders (PCO)*) qui plafonne les frais supportés par les requérants lors de recours en *judicial review*. Le Gouvernement a envisagé de ne pas appliquer ce principe lorsqu'il existe un intérêt privé quant à l'issue du litige, ce qui peut poser problème car un recours en *judicial review* peut à la fois impliquer des intérêts public et privé. La proposition d'exclure le plafonnement des frais de justice à des affaires touchant un intérêt privé a finalement été abandonnée et la loi s'est contentée de codifier les règles existantes en la matière dans ses sections 88 à 90. Cependant, l'introduction de la section 88 (9) selon laquelle « Le Lord Chancelier peut par règlement amender cette section [relative au plafonnement des frais de justice] en ajoutant, supprimant ou amendement des questions que les Cours doivent examiner lorsqu'elles déterminent si le recours est une procédure d'intérêt public » est préoccupante car elle donne à l'exécutif le pouvoir d'influencer des procédures dans lesquelles il peut être partie prenante⁷.

La section 87 de la loi concerne, en dernier lieu, les coûts occasionnés par les interventions⁸. L'intervention de personnes qui ne sont, à l'origine, pas parties au procès sont en principe à la discrétion des Cours. Les juges ont souligné, au cours des débats, le bénéfice que les interventions⁹ représentent pour l'argumentation juridique. Le texte de loi a finalement posé un principe selon lequel les intervenants aux procédures de *judicial review* sont responsables de leurs propres frais ainsi que des frais des autres parties au procès qui résultent de leur intervention sauf en cas de « circonstances exceptionnelles ». La section 87 présente, selon certains observateurs, un effet dissuasif puisqu'elle dispose que la Cour « doit », « à la demande de l'une des parties à la procédure » et en dehors de « circonstances exceptionnelles », ordonner le paiement des frais de justice à l'intervenant si certaines conditions sont remplies¹⁰. Bien qu'elle dépende de la façon dont elle sera appliquée par les Cours, la loi s'inscrit dans une réforme d'ampleur ayant eu pour effet de limiter les aides juridictionnelles, de transformer les procédures dans les contentieux de masse tels que celui de l'immigration et des prestations sociales. Elle est à l'origine d'un déséquilibre au détriment du pouvoir judiciaire et au profit de l'exécutif concernant la question de l'administration de la justice dans le cadre de la procédure de *judicial review*¹¹.

b) La Cour suprême a examiné dans plusieurs arrêts le contrôle de proportionnalité, envisageant son adoption en dehors du droit européen au sein duquel il s'est développé. En effet, jusqu'à cette série de décisions contenant de nouveaux développements, le contrôle de proportionnalité était explicitement exercé dans le champ du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹². En revanche, un contrôle de l'irrationalité, le contrôle *Wednesbury*¹³, subsistait en dehors du droit européen. A côté du contrôle d'irrationalité, un

⁷ *Ibid.* p. 590.

⁸ M. Moriarty et E. Sibley, « Counting the True Costs of Section 87 of the Criminal Justice and Courts Act 2015 », *JR*, 2015, pp. 148-150.

⁹ *Judiciary of England & Wales, Response of the Senior Judiciary to the Ministry of Justice's Consultation entitled 'Judicial Review: Proposals for Further Reform'*, *op. cit.*, § 37.

¹⁰ Section 87 (6) : Ces conditions sont que a) l'intervenant « a agi en substance comme le seul ou le principal requérant, défendeur [...] ; b) les preuves de l'intervenant et ses observations n'ont pas, dans l'ensemble, été d'une aide significative pour la Cour ; c) une partie significative des preuves de l'intervenant et de ses observations concernent des questions qu'il n'était pas utile à la Cour d'examiner pour résoudre les questions qui font l'objet de la procédure ; d) l'intervenant a agi de façon déraisonnable. ».

¹¹ M. Moriarty et E. Sibley, « Counting the True Costs of Section 87 of the Criminal Justice and Courts Act 2015 », *op. cit.*, p. 150.

¹² *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.

¹³ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

contrôle strict, l'*anxious scrutiny*, pouvait être exercé lorsque les droits et libertés de *common law* étaient concernés¹⁴. La première décision de cette série, l'affaire *Rotherham MBC*¹⁵, concerne la contestation de la décision du Ministre de l'intérieur d'accorder des subventions européennes à certaines régions. Le recours a été rejeté, une majorité de quatre juges contre trois¹⁶ jugeant la décision du Gouvernement légale. A cette occasion, Lord Sumption et Lord Neuberger, deux membres de la majorité ont développé un raisonnement assez sceptique à l'égard du contrôle de proportionnalité, soutenant que dans certains domaines, comme celui des ressources financières, il faut préférer une approche plus déférente. Ces questions dépendent, d'après eux, de ministres responsables politiquement qui doivent se voir accorder une large marge d'appréciation¹⁷. A l'inverse, les membres de la minorité ont indiqué que même si certaines décisions complexes méritent une plus grande marge d'appréciation, cela n'empêche pas un contrôle assez strict de décisions fondées sur des justifications inadéquates¹⁸.

Peu après, dans la décision *Pham*¹⁹, plusieurs juges ont discuté du contrôle de proportionnalité et ouvert la voie à une réflexion sur son application en dehors du droit européen. La question était de savoir si le Ministre de l'intérieur avait privé M. Pham de sa nationalité britannique de façon illégale, le rendant apatride alors même qu'il avait perdu sa nationalité vietnamienne. La privation de nationalité britannique impliquant la perte de nationalité européenne, la question de la proportionnalité d'une telle mesure se posait comme une question de droit de l'Union et de droit interne. Les juges ont rejeté l'appel et renvoyé l'affaire devant la Commission spéciale d'appel en matière d'immigration (*SIAC*). Les juges de la Cour suprême ont adopté une approche assez différente du contrôle de proportionnalité. Certains souhaitent adopter ce contrôle hors du champ du droit européen : Lord Mance est favorable à ce que la proportionnalité soit un fondement autonome du recours en *judicial review*²⁰ ; Lord Reed soutient, quant à lui, explicitement que ce principe puisse être mis en œuvre dans le cadre du contrôle de légalité dans des affaires étrangères au droit européen²¹. D'autres juges sont plus réservés quant à l'usage du contrôle de proportionnalité et ne vont pas jusqu'à soutenir son utilisation comme un fondement de recours en tant que tel : Lord Carnwath estime qu'un tel contrôle peut s'exercer au sein de la *common law*²² et Lord Sumption²³ critique les modalités actuelles de fonctionnement du contrôle de proportionnalité en avançant que ce contrôle n'implique pas toujours un examen plus poussé, mais qu'il peut laisser place à une certaine déférence. Ces deux derniers juges ont préféré une approche plus contextuelle du contrôle de proportionnalité, qui pourrait toutefois manquer de rigueur dans sa mise en œuvre²⁴. Alors que dans l'affaire *Pham*, à l'instar de l'affaire *Kennedy*²⁵, les opinions

¹⁴ *R v Ministry of Defence, Ex parte Smith* [1996] QB 517.

¹⁵ *R (Rotherham Metropolitan Borough Council & Ors) v Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2015] UKSC 6.

¹⁶ Lord Sumption et Lord Neuberger ont développé des opinions pour la majorité. Lord Hodge s'est joint à l'opinion de Lord Sumption, Lord Clark s'est, quant à lui, joint aux opinions de Lord Neuberger et de Lord Sumption. Les juges de la minorité, Lord Mance et Lord Carnwath ont rendu deux opinions dissidentes. Lady Hale s'est joint à l'opinion de Lord Mance.

¹⁷ *R (Rotherham Metropolitan Borough Council & Ors) v Secretary of State for Business, Innovation and Skills*, *op. cit.*, §§ 21-24; 47 et 62-65.

¹⁸ *Ibid.* § 142; 162; 166-167.

¹⁹ *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19.

²⁰ *Ibid.* § 98.

²¹ *Ibid.* §§ 112 à 121 et notamment §§ 118-121.

²² *Ibid.* § 56-63.

²³ *Ibid.* § 101-111 et § 105.

²⁴ M. Elliott, « Proportionality and contextualism in common-law review: The Supreme Court's judgment in *Pham* », disponible sur le site <https://publiclawforeveryone.com/2015/04/17/proportionality-and-contextualism-in-common-law-review-the-supreme-courts-judgment-in-pham/>.

des juges se sont surtout penchées sur les rapports entre le contrôle de proportionnalité et le contrôle *Wednesbury*, la décision *Keyu*²⁶ s'est directement attaquée à la question de savoir si la proportionnalité pouvait remplacer le contrôle d'irrationalité. Lord Neuberger a toutefois indiqué que l'importance constitutionnelle d'une telle question nécessitait qu'elle soit examinée par une formation plus solennelle de neuf juges²⁷. Dans cette affaire les requérants ont contesté le refus du Ministre des affaires étrangères de conduire une enquête, sur le fondement de l'*Inquiry Act 2005*, concernant le décès de vingt-trois civils non armés par des officiers écossais dans l'ancienne fédération de Malaisie en 1948. Les requérants avançaient, en premier lieu, qu'une telle enquête était nécessaire en vertu de l'article 2 CEDH, mais aussi, en second lieu, sur le fondement du droit international coutumier. Il était, selon eux et en troisième lieu, irrationnel de refuser de conduire une telle enquête et ne pas conduire une telle enquête constituait, en dernier lieu, une violation du principe de *common law* de proportionnalité. L'unanimité des juges a rejeté les deux premiers moyens et quatre juges de la majorité à l'exception de Lady Hale ont rejeté le dernier moyen articulé autour du contrôle de proportionnalité, auquel nous nous limiterons. Lord Neuberger et Lord Hughes ont jugé que les motifs de la décision de ne pas tenir une enquête n'étaient pas déraisonnables et donc insusceptibles d'être contestés, en utilisant les « principes classiques en matière de *judicial review* »²⁸. Les juges de la majorité sont également parvenus à une conclusion identique en raisonnant sur la base du contrôle de proportionnalité²⁹. Lord Neuberger a ainsi suggéré qu'un contrôle de proportionnalité comparable à celui proposé par Lord Sumption et Lord Reed dans l'affaire *Bank Mellat*³⁰ pourrait être appliqué à la place du contrôle de rationalité dans le contentieux interne³¹. Lord Kerr³² a indiqué que même si la question du remplacement du contrôle *Wednesbury* par le contrôle de proportionnalité ne devait pas être décidée définitivement dans cette affaire, elle devrait être, tôt ou tard, résolue, tout en soulignant que la question du « choix entre le contrôle de proportionnalité et d'irrationalité n'est plus pertinente », car l'un et l'autre ne sont, selon lui, pas opposés³³. Il a, cependant, souligné, suivant l'opinion de Lord Reed dans la décision *Pham*, qu'un contrôle de proportionnalité organisé comme dans l'affaire *Bank Mellat* ne pouvait s'appliquer à des affaires qui ne

²⁵ *Kennedy v Information Commissioner* [2014] UKSC 20, [2015] AC 455.

²⁶ *Keyu and others v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another* [2015] UKSC 69.

²⁷ *Ibid.*, § 132.

²⁸ *Ibid.* § 129, Lord Neuberger et Lord Hughes.

²⁹ *Ibid.* § 139, Lord Neuberger et Lord Hughes, § 143 Lord Mance en accord avec Lord Neuberger et Lord Kerr.

³⁰ *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No 2)* [2013] UKSC 3, § 20 et 74. Lord Sumption indique que « [l]es exigences de rationalité et de proportionnalité, qui s'appliquent dans des décisions concernant les droits de l'Homme des requérants coïncident inévitablement [...] ». Il résume l'effet des décisions *De Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69 et *(Daly) v Secretary of State for the Home Department* [2001] 2 AC 532 en indiquant que la question dépend « d'une analyse exacte des faits justifiant la mesure afin de déterminer (i) si son objectif est suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit fondamental; (ii) si elle est rationnellement liée à l'objectif poursuivi ; (iii) si une mesure moins intrusive aurait pu être utilisée ; et (i) si en tenant compte de ces questions et de la gravité des conséquences d'une telle décision, un juste équilibre a été réalisé entre le droit individuel en cause et l'intérêt de la communauté. Ces quatre exigences sont logiquement séparées, mais en pratique, elles coïncident inévitablement car les mêmes faits peuvent être utiles pour plusieurs de ces critères. ». Lord Reed développe ses critères du contrôle de proportionnalité en s'inspirant de la décision de la Cour suprême canadienne *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103. Il indique que « L'approche adoptée dans *Oakes* peut être résumée en disant qu'il est nécessaire de déterminer (1) si l'objectif de la mesure est suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit protégé, (2) si la mesure est rationnellement connectée à cet objectif, (3) si une mesure moins intrusive pourrait avoir été utilisée sans compromettre cet objectif de façon inacceptable, et (4) si l'équilibre entre la sévérité des effets de la décision sur les droits de la personne à laquelle elle s'applique est réalisé de telle sorte que la mesure contribue à réaliser cet objectif sans porter atteinte aux droits individuels. »

³¹ *Keyu and others v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another, op. cit.*, § 131.

³² *Ibid.* § 271.

³³ *Ibid.* §§ 271-283, notamment § 278.

concernent pas les droits et libertés et qu'un contrôle plus « souple » devait être appliqué dans ces affaires³⁴. Lord Mance a, quant à lui, repris le raisonnement qu'il avait adopté dans les affaires *Kennedy* et *Pham* indiquant que le contrôle d'irrationalité était flexible et que le contrôle de proportionnalité impliquait des nuances dépendant du contexte de chaque affaire³⁵. Lady Hale estime, pour sa part, dans son opinion dissidente que la décision de ne pas conduire une telle enquête n'était pas raisonnable et que le contrôle *Wednesbury* n'a d'ailleurs aucun sens dans une affaire de ce type. Il existait, selon elle, un intérêt public à conduire une enquête sur de tels événements et les intérêts privés des membres de la famille survivant à connaître la vérité devaient être pris en compte. « La valeur résidant en l'établissement de la vérité [était] prépondérante »³⁶. Elle souligne certaines similitudes entre les deux contrôles, ce qui fait écho aux propos de Lord Mance dans l'affaire *Kennedy*, comme le souligne Mark Elliott³⁷ : « Le contrôle d'irrationalité et de proportionnalité impliquent des considérations de poids et d'équilibre ; l'intensité du contrôle et le poids accordé au point de vue des preneurs de décision dépendant du contexte »³⁸. Cette approche contextuelle du contrôle de proportionnalité n'a pas encore été adoptée par la Cour suprême, mais elle soulève des difficultés liées aux critères et circonstances dans lesquels il pourrait s'appliquer. C'est notamment la raison pour laquelle le remplacement du contrôle d'irrationalité par celui de proportionnalité n'est pas forcément opportun et qu'il serait préférable de faire coexister ces différents standards de contrôle³⁹. La coexistence, en droit administratif français, d'une palette de contrôle allant de l'erreur manifeste d'appréciation au bilan coût-avantage en passant par le contrôle de proportionnalité en témoigne.

L'affaire *Youssef*⁴⁰ concernait la décision du Ministre de l'intérieur d'intégrer le requérant dans la liste des personnes faisant l'objet de gel d' avoir en raison de leur lien avec Al-Qaida. Outre les questions relatives aux preuves de ce lien, du standard de preuve adopté pour prendre une telle décision, le requérant a contesté le standard de contrôle *Wednesbury* en raison de la gravité du contexte⁴¹. Il estime en effet qu'un contrôle du bien-fondé de la décision ou un contrôle de proportionnalité serait préférable, s'appuyant sur les décisions *Kennedy* et *Pham*. Lord Carnwath, qui a rédigé l'opinion soutenue par l'unanimité des juges (Lord Neuberger, Lord Mance, Lord Wilson et Lord Sumption) a, d'abord, reporté la question du remplacement du contrôle d'irrationalité par le contrôle de proportionnalité. Il a, pour l'essentiel, jugé que le contrôle de proportionnalité était certes possible en ce qui concerne les interférences avec les droits fondamentaux, mais qu'un tel contrôle ne conduisait pas nécessairement à une issue différente, notamment dans des affaires relatives à la sécurité nationale⁴². Rappelant la large marge d'appréciation en ce domaine, la Cour suprême écarte l'adoption d'un contrôle du bien-fondé d'une telle décision car une Cour nationale ne peut substituer sa propre appréciation à celle que le Conseil de sécurité des Nations Unies a confiée aux Etats membres. En outre, la Cour a jugé qu'aucun aspect du raisonnement de la décision ne peut être contesté par application du principe de proportionnalité et a donc rejeté sa

³⁴ *Ibid.* §§ 281-282.

³⁵ *Ibid.* §§ 133-134.

³⁶ *Ibid.* §§ 312-313.

³⁷ M. Elliott, « Q : How many supreme Court Justices does it take to perform the *Wednesbury* doctrine's burial rites? A: More than five », disponible sur le site <https://publiclawforeveryone.com/2015/11/27/q-how-many-supreme-court-justices-does-it-take-to-perform-the-wednesbury-doctrines-burial-rites-a-more-than-five/>.

³⁸ *Ibid.* § 274.

³⁹ J. W. Rylatt et J. Tomlinson, « Something New in Substantive Review : *Keyu v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* », *JR*, 2016, p. 206.

⁴⁰ *Youssef (Appellant) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent)* [2016] UKSC 3

⁴¹ *Ibid.* § 14.

⁴² *Ibid.* § 57.

demande⁴³. Ces différentes affaires révèlent que le contrôle de proportionnalité est loin de faire l'objet d'un consensus au sein des juges de la Cour suprême. L'affaire *Keyu* montre d'ailleurs les différences d'approche et de conception des contrôles de proportionnalité et d'irrationalité et la « confusion conceptuelle »⁴⁴ des membres de la Cour à ce sujet.

B - Les évolutions institutionnelles au niveau local

1) Depuis le référendum sur l'indépendance écossaise, le Gouvernement britannique a mis en place un *Cabinet Committee*, une formation restreinte du Cabinet, chargé d'examiner la dévolution de compétence aux trois régions britanniques. Le Gouvernement s'est engagé dans le discours du trône du 27 mai 2015, à la suite de la victoire des conservateurs aux élections législatives, à « travailler en coopération avec les administrations dévolues sur le fondement du respect mutuel » et à ce que le « Gouvernement propose une loi qui garantisse un accord fort et durable, transférant de vastes pouvoirs à l'Ecosse et au Pays-de Galles ». Il indique également qu' « une loi sera proposée pour donner effet à l'accord de *Stormont House* en Irlande du Nord »⁴⁵. Ainsi, les réformes législatives avancent sur trois fronts en même temps, avec des résultats contrastés.

a) L'accord du *St David's Day*, jour de célébration du Saint Patron du Pays de Galles, le 1^{er} mars 2015, constitue le point de départ d'un nouveau processus d'aménagement institutionnel entre le Royaume-Uni et le Pays de Galles. A la suite d'une consultation des différents partis britanniques et des recommandations établies par la Commission sur la dévolution galloise, la *Commission Silk II*, le Gouvernement de coalition a proposé, le 27 février 2015, de renforcer les pouvoirs de l'Assemblée galloise⁴⁶. Ce projet a été maintenu par le Gouvernement conservateur après les élections de mai. Il consiste à renforcer les attributions des autorités galloises pour donner aux Gallois « une voix plus forte sur leur propres affaires »⁴⁷. L'objectif principal est d'introduire au Pays-de-Galles le système de compétences « réservées » applicable à l'Ecosse. Il se substituerait au modèle de dévolution « conférée » applicable au Pays-de-Galles, qui est un système de compétences d'attribution dans les domaines listés par la loi, tout le reste relevant du Parlement de Westminster. Il est envisagé de le remplacer par le système de compétences de « principe » selon lequel la compétence législative est dévolue au Pays-de-Galles dans tous les domaines, excepté ceux qui sont spécifiquement attribués au Parlement britannique dans une loi. La loi vise également à approfondir le processus de dévolution en transférant un certain nombre de compétences, qui rappellent celles qui ont été dévolues à l'Ecosse par le *Scotland Act 2016* comme les questions énergétiques, les transports ainsi que les élections législatives et locales.

b) A la suite du référendum sur l'indépendance de l'Ecosse, la Commission *Smith* a publié des recommandations visant à approfondir la dévolution écossaise. Elles se sont traduites par l'adoption du *Scotland Act 2016*, qui accroît les compétences des autorités écossaises tout en réformant l'équilibre entre compétences dévolues à l'Ecosse et compétences réservées à Westminster.

⁴³ *Ibid.* § 54-59.

⁴⁴ J. W. Rylatt et J. Tomlinson, « Something New in Substantive Review : *Keyu v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* », *op. cit.*, p. 208.

⁴⁵ Queen's speech 2015, 27 May 2015, disponible sur le site: <https://www.gov.uk/government/speeches/queens-speech-2015>.

⁴⁶ *HM Government, Power for a purpose : Towards a lasting devolution settlement for Wales, Presented to Parliament by the Secretary of State for Wales by Command of Her Majesty*, February 2015, Cm 9020.

⁴⁷ *Ibid.* p. 7.

Les premières dispositions de ce texte rappellent la situation de l'Écosse à la suite du référendum en insérant dans le *Scotland Act 1998* une disposition portant sur la permanence des Parlement et Gouvernement écossais. Ces deux institutions « constituent un élément permanent des agencements constitutionnels du Royaume-Uni »⁴⁸, ce qui entérine la réponse négative au référendum sur l'indépendance écossaise. La première section de la loi formule, ensuite, un guide d'interprétation en disposant que « l'objectif de cette section est, en tenant dûment compte des autres dispositions de la loi, de faire part de l'engagement du Parlement et du Gouvernement britannique envers le Parlement et le Gouvernement écossais ». Une troisième et dernière sous-section dispose qu'« en vue de cet engagement, les Parlement et Gouvernement écossais ne peuvent être abolis que sur le fondement d'une décision du peuple écossais à la suite d'un référendum ». Ces dispositions réaffirment ainsi la place de l'Écosse au sein de l'organisation constitutionnelle britannique en protégeant deux aspects quels que peu antagonistes de celle-ci : d'une part le maintien du *statu quo* rappelant que le Royaume-Uni reste toujours uni à l'Écosse et, d'autre part, une confirmation du statut particulier de cette entité dévolue qui est caractérisée par une certaine autonomie sur laquelle seul le peuple écossais peut revenir. La loi consacre ainsi le statut existant de l'Écosse après le référendum et n'apporte rien de vraiment nouveau. Cette disposition participe, une fois encore à la codification de l'organisation constitutionnelle britannique. Ce mouvement est conforté par la deuxième section de la loi qui entérine la convention de *Sewel* selon laquelle « il est reconnu que le Parlement britannique ne légifèrera normalement pas dans le champ des questions dévolues sans le consentement du Parlement écossais ».

Des dispositions en matière électorale suivent ces deux premiers articles. Elles confèrent au Parlement et à l'exécutif écossais la possibilité de modifier les dispositions du *Scotland Act 1998* relatives au système électoral. Un tel pouvoir est toutefois conféré à condition de réunir une majorité renforcée. De façon assez surprenante dans le système constitutionnel emblématique de la Constitution souple, la section 11 de la loi prévoit une procédure législative renforcée pour des lois relevant de certains domaines « protégés ». Un projet de loi qui modifie ou confère le pouvoir de modifier le droit de vote aux élections législatives écossaises, le système par lequel les parlementaires écossais sont renvoyés, le nombre de circonscriptions, régions ou tout autre zone électorale équivalente devra être adopté à la majorité des deux tiers des membres du Parlement. La section 11 instaure également une procédure de contrôle juridictionnel qui complète celui qui existe déjà dans le *Scotland Act 1998*. Elle permet à l'Avocat Général, le *Lord Advocate* ou l'*Attorney General* de demander à la Cour suprême si une disposition porte bien sur une matière « protégée »⁴⁹.

La loi a également pour objet de conférer de nouvelles compétences au Parlement et à l'exécutif écossais tout en instaurant en contrepartie de nouvelles attributions fiscales. Ainsi, les questions liées à la gestion des biens de la Couronne, des réseaux routiers, aux limitations de vitesse, à la police des transports, à l'extraction terrestre du pétrole et du gaz, aux conseils aux consommateurs, notamment, relèvent désormais du Parlement écossais alors que les questions relatives, par exemple, à l'agence maritime et des garde-côtes, aux réseaux ferrés, aux obligations des entreprises intervenant dans le champ de l'énergie, aux dispositifs d'incitation à utiliser l'électricité renouvelable relèvent de l'exécutif écossais⁵⁰. Des compétences en matière de gestion de certaines prestations sociales et de revenus, d'allocations d'aide aux personnes handicapées ou aux malades de longue durée, d'allocations

⁴⁸ Section 1 du *Scotland Act 2016*.

⁴⁹ Section 31, 32A, 33 du *Scotland Act 1998*.

⁵⁰ Partie 4 et 5 du *Scotland Act 2016*.

d'aide à l'autonomie des personnes âgées ont également été transférées⁵¹. En contrepartie, la loi confère au Parlement et à l'exécutif écossais des compétences à propos de certaines taxes comme les taxes sur les transports aériens, la possibilité d'établir le niveau d'imposition sur certains revenus et le droit de recevoir la moitié du revenu de la TVA perçue en Ecosse. Ce dispositif fiscal a été particulièrement long à adopter car l'octroi de nouvelles ressources fiscales issues de la TVA et de l'impôt sur le revenu a conduit à réduire la dotation accordée par Westminster à l'Ecosse. En Ecosse comme au Pays-de-Galles le processus de dévolution, bien qu'il n'ait pas suivi un cheminement comparable, conduit à un résultat très proche.

c) Les choses sont bien différentes en Irlande du Nord en raison de l'instabilité politique des années 2015 et 2016, qui explique le retard dans la mise en œuvre de certains projets de réforme. Le Gouvernement a promis une législation qui mette en œuvre certains aspects de l'accord de *Stormont House* du 23 décembre 2014⁵² entre le Gouvernement britannique et nord-irlandais et les principaux partis qui constituent l'exécutif nord-irlandais. Cet accord a pour objet de résoudre les problèmes identitaires de cette région en réformant les finances nord-irlandaises qui menaçaient la « stabilité et la crédibilité des institutions »⁵³. L'accord couvre, pour l'essentiel, le budget de l'exécutif, la mise en œuvre de réformes sociales, une réforme des institutions dévolues avec la mise en place d'une opposition officielle, la réduction du nombre de ministères et des membres de l'Assemblée d'ici 2021 et la mise en place d'institutions chargées d'enquêter sur les troubles passés. Une crise politique a eu lieu à la fin de l'été 2015⁵⁴ à la suite de l'implication suspectée de l'IRA dans des tueries à Belfast, ce qui a conduit à la démission du Premier Ministre Peter Robinson et des ministres membres du *Democratic Unionist Party*. Peter Robinson n'a pas réussi à persuader David Cameron de suspendre l'Assemblée nord-irlandaise. Il s'est retiré de son poste de Premier ministre et de *leader* du Parti démocratique unioniste au profit d'Arlene Foster. Celle qui était jusque-là Ministre des finances et de la fonction publique a assuré l'intérim de Peter Robinson et est devenue la première femme Première ministre d'Irlande du Nord en janvier 2016, après avoir été élue à la tête du *DUP* le 17 décembre 2015. Arlene Foster est resté à ce poste malgré une question de confiance réunissant 39 députés contre 36 en sa faveur, car cette motion n'avait pas réuni la majorité de nationalistes et d'unionistes exigée pour sa validité⁵⁵. Les élections du 5 mai 2016, les cinquièmes depuis la création de l'Assemblée en 1998, ont conduit à la formation d'un nouvel exécutif bicéphale issu de la victoire, traditionnelle, du *DUP* et du *Sinn Fein*, qui se sont vus attribués des postes ministériels proportionnels à leurs résultats. Arlene Foster a remplacé Peter Robinson au poste de Premier ministre et Martin McGuinness a continué à occuper celui de *Deputy first minister*.

Ce contexte politique délicat a fait obstacle à la mise en œuvre de l'accord de *Stormont House* et a conduit à l'adoption d'un nouvel accord, le « *Fresh Start Agreement* » en novembre 2015. Il prévoit le contrôle des activités paramilitaires qui avaient été à l'origine de la démission de Peter Robinson et reprend des aspects du premier accord, comme des réformes sociales, des transferts de compétences en matière de fiscalité sur les sociétés, la

⁵¹ Section 22 du *Scotland Act 2016*.

⁵² *Stormont House Agreement*, 23 décembre 2014, disponible sur le site: <https://www.gov.uk/government/publications/the-stormont-house-agreement>.

⁵³ Theresa Villiers (*Secretary of State for Northern Ireland*), *Statement in the House of Commons*, col. 296, January 7, 2015.

⁵⁴ S. Priddy et P. Bowers, *Implementation of the Stormont House Agreement*, N° CDP-2017-0008, 5 January 2017, pp. 2-3.

⁵⁵ H. McDonald, « Northern Ireland's Arlene Foster survives confidence vote », *Theguardian.com*, 19 Decembre 2016, disponible sur le site <https://www.theguardian.com/politics/2016/dec/19/northern-ireland-arlene-foster-survives-no-confidence-vote-green-energy-scandal-sinn-fein>.

réduction des membres des circonscription électorales pour l'Assemblée nord-irlandaise et l'extension de la période suivant la réunion de l'Assemblée et la formation de l'exécutif afin de faciliter la mise en place d'un programme de Gouvernement. Ces différentes propositions se sont concrétisées dans plusieurs projets de loi. Le premier, le *Corporation Tax (Northern Ireland) Act 2015* porte sur la dévolution de la taxe sur les entreprises à l'Irlande du Nord. Le second, le *Northern Ireland (Welfare Reform) Act 2015* légifère en matière sociale en Irlande du Nord. Le troisième, plus institutionnel, le *Northern Ireland (Stormont Agreement and Implementation Plan) Act 2016* prévoit l'existence d'une Commission indépendante chargée de mettre fin aux activités paramilitaires, l'extension du délai de désignation de l'exécutif ainsi que l'engagement des membres de l'Assemblée de « soutenir sans équivoque la *Rule of Law* », « de travailler collectivement avec les autres membres de l'Assemblée pour parvenir à une société dépourvue d'activités paramilitaires »⁵⁶. Parallèlement à ces textes, d'autres engagements des accords de *Stormont House* ont été mis en œuvre avec la reconnaissance d'un statut officiel de l'opposition par l'*(Assembly Opposition) Act (Northern Ireland) 2016* entré en vigueur après les élections de mai 2016⁵⁷. Cette opposition est constituée des partis qui ne participent pas à l'exécutif partagé dirigeant l'Irlande du Nord et se voit attribuée de nouvelles prérogatives en matière de temps de parole, des présidences de certaines Commissions, comme la Commission des comptes publics, ainsi qu'une aide financière.

L'Assemblée et l'exécutif issus des élections de mai 2016 n'ont pas été de longue durée en raison du scandale sur la gestion des subvention destinées aux énergies renouvelables impliquant Arlene Foster lorsqu'elle était Ministre des entreprises, du commerce et des investissements. Martin McGuinness a démissionné de son poste de Vice Premier ministre le 9 janvier 2017 en réaction à cette affaire et est décédé peu de temps après. Arlene Foster a dû démissionner, contre son gré, en vertu des accords du Vendredi Saint. Ces deux démissions ont été à l'origine d'une élection anticipée. Une forte instabilité caractérise les institutions nord-irlandaises et l'inquiétude qui concerne cette région est accentuée par la perspective du Brexit.

d) Une autre réforme, celle du vote anglais pour les lois anglaises, autrement appelée *West Lothian question*, portant moins directement sur la dévolution, est entrée en vigueur en 2016. Elle a été appliquée pour la première fois le 12 janvier 2016 à propos de dispositions et amendements concernant la loi sur le logement et l'aménagement après une révision du règlement des Assemblées le 22 octobre 2015. Depuis l'autonomie accordée aux régions écossaise, galloise et nord-irlandaise, les parlementaires anglais contestaient le fait que les parlementaires nord-irlandais, écossais et gallois puissent siéger et voter pour des questions affectant l'Angleterre seule alors que les parlementaires anglais ne pouvaient, quant à eux, pas voter sur les questions dévolues à ces régions. Cette problématique remonte à 1977, date à laquelle le député travailliste de la circonscription écossaise du *West Lothian* a soulevé la question dans les débats relatifs à la dévolution. Alors que des Commissions, comme la Commission McKay, et des rapports ont travaillé sur la question depuis 2011, c'est à la suite des élections de 2015 que cette nouvelle procédure permettant aux seuls députés représentant les circonscriptions anglaises et parfois galloises de voter des lois qui concernent l'Angleterre. De nouvelles étapes s'insèrent dans la procédure législative ordinaire⁵⁸. Après la première lecture, qui n'a qu'une portée formelle, le *speaker* doit certifier, lors de la seconde lecture, que

⁵⁶ Section 1, 6 et 7 du *Northern Ireland (Stormont Agreement and Implementation Plan) Act 2016*.

⁵⁷ Ces élections ont été reportées d'un an. Elles devaient avoir lieu quatre ans après les élections de 2011, mais en raison de la concordance de ce calendrier et des élections générales de 2015, elles ont été reportées. Elles marquent aussi la fin du mandat double interdisant l'élection d'un député britannique à l'Assemblée nord-irlandaise.

⁵⁸ R. Kelly, *English Vote for English Law, Briefing Paper*, N° 7339, 20 June 2017.

le texte de loi rentre dans le champ d'application de cette nouvelle procédure en s'appliquant à l'Angleterre ainsi qu'à l'Angleterre et au Pays-de-Galles. Une Commission composée des parlementaires britanniques doit examiner les dispositions de la loi. Elle est composée d'un nombre de députés anglais représentatifs de chaque circonscription électorale. Après l'étape du *Report stage*, la loi est ensuite examinée par une Grande Commission (*Grand Committee*) composée de parlementaires anglais approuvant les dispositions qui concernent la seule Angleterre. Si la législation porte également sur le Pays de Galles, le *Legislative Grand Committee* est également composé de parlementaires gallois. La troisième lecture peut avoir lieu et le texte peut ensuite être renvoyé à la Chambre des Lords. Une fois la navette réalisée, la Chambre des communes est chargée d'examiner les amendements concernant l'Angleterre et une double majorité de députés anglais et de l'ensemble des députés de toutes les régions britanniques est requise pour que la loi puisse entrer en vigueur⁵⁹. Cette procédure est ainsi présentée comme accordant aux parlementaires anglais (ou anglais et gallois) un pouvoir de veto. Elle a été critiquée comme créant deux classes de parlementaires : les anglais, qui seraient privilégiés et les autres, qui ne pourraient faire obstacle à un projet de loi concernant l'Angleterre. Cette critique ne paraît pas totalement fondée puisque la procédure montre que les lois nécessitent l'approbation de l'ensemble de la Chambre en raison de l'exigence de double majorité. En pratique, l'examen des neuf lois ayant fait l'objet de cette procédure a montré qu'il n'y avait pas d'opposition de principe entre les parlementaires anglais et gallois et les autres parlementaires. Les certifications réalisées par le *Speaker* ont, par ailleurs, montré que la crainte d'une politisation de son poste était pour l'instant infondée dans la mesure où les textes qu'il a soumis à cette procédure n'ont pas été contestés. Si ces critiques trouvent des réponses nuancées dans la pratique, les dénonciations de la complexité de cette nouvelle procédure s'avèrent assez fondées.

2) Deux décisions intéressantes ont marqué le contentieux de la dévolution. Dans la première⁶⁰, la Cour suprême a examiné un recours du Conseiller général pour le Pays de Galles contre un projet de texte qui imposait à des sociétés privées d'assurance de rembourser au Service National de Santé les dépenses relatives aux maladies liées à l'amiante. Il soutenait que l'Assemblée galloise était allée au-delà de l'exercice de ses compétences pour deux raisons. La première était fondée sur le fait que ce projet ne concernait pas « l'organisation et le financement du service de santé national ». La seconde raison avançait que ce projet était contraire au droit au respect des biens des sociétés d'assurance sur le fondement de l'article 1^{er} du premier Protocole à la CEDH. La Cour suprême a rendu un jugement à l'unanimité⁶¹ dans lequel elle a jugé que le dispositif prévu par le texte de loi n'avait pas de lien suffisamment direct ou proche avec les services de santé gallois. Lord Mance adopte une interprétation restrictive du premier paragraphe de la première Partie du *Gouvernement of Wales Act 2006 (GOWA)*, qui confère une compétence législative à l'Assemblée galloise dans le champ de « l'organisation et du financement du Service National de Santé ». Il souligne d'abord que les ministres gallois n'ont pas de pouvoir en matière fiscale qui pourrait permettre d'adopter une telle mesure imposant des charges supplémentaires aux compagnies d'assurances⁶². En l'espèce, le projet de loi avait pour objet d'imposer de nouvelles

⁵⁹ D. Gover et M. Kenny, « One year of EVEL : evaluating 'English votes for English laws' in the House of Commons », 7 July 2015, disponible sur le site <https://constitution-unit.com/2015/07/07/english-votes-for-english-laws-a-viable-answer-to-the-english-question/>.

⁶⁰ *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill: Reference by the Counsel General for Wales and The Association of British Insurers* [2015] UKSC 3.

⁶¹ Lord Mance, avec lequel Lord Hodge et Neuberger se sont joints, a rendu la première opinion. Lord Thomas, avec lequel Lady Hale s'est joint, a rendu une opinion concordante.

⁶² *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill: Reference by the Counsel General for Wales and The Association of British Insurers*, *op. cit.*, § 17.

responsabilités à la charge des sociétés d'assurance les obligeant à verser au Service de Santé gallois des sommes identiques à celles qu'il verse aux victimes de maladies liées à l'amiante. Par conséquent, l'unanimité des juges a considéré que le projet exigeait de tiers partis, les assureurs, de nouvelles responsabilités légales délictuelles et manquait de lien suffisamment direct aux patients. « C'est au mieux un lien indirect, vague, sans relation de cause à effet avérée. L'expression « organisation et financement du service de santé national » ne pouvait pas, selon moi, avoir été conçue comme désignant ce qui constitue en réalité une réécriture du droit de la responsabilité délictuelle et des violations des obligations légales imposant à des tiers (les indemnificateurs), qui n'ont pas d'autre lien juridique avec le Service national de santé [...] »⁶³.

Le principal argument qui a sans doute conforté cette déclaration d'illégalité réside dans le fait que le projet de loi imposait de nouvelles responsabilités financières aux compagnies d'assurances pour des faits d'exposition à l'amiante qui précédaient la loi. La Cour a ainsi jugé que les raisons particulières qui doivent justifier le caractère rétroactif d'une loi n'étaient pas présentes en l'espèce. Bien que le projet vise à faire des économies budgétaires, cela ne constitue pas un objectif social et économique suffisant. Lord Mance considère ainsi que la loi impose des « obligations nouvelles, imprévues et imprévisibles aux assureurs qu'ils n'ont pas la possibilité d'évaluer [...] »⁶⁴. Ces éléments l'ont conduit à juger que le projet de loi ne relevait pas de la compétence de l'Assemblée galloise. Lord Tomas et Lady Hale ont raisonné différemment en jugeant que les dispositions du projet relèvent de la compétence de l'Assemblée Galloise et que l'interférence avec l'article premier du Premier protocole était proportionnée à un motif d'intérêt économique et social⁶⁵, mais que le caractère rétroactif de la loi qui va étendre ou modifier des règles existantes de responsabilités est contraire au *GOWA* et à l'article 1er du premier Protocole⁶⁶.

Dans la seconde décision⁶⁷, quatre associations compétentes en matière familiale et trois couples de parents ont contesté la quatrième partie du *Children and Young People (Scotland) Act 2014*. Cette disposition crée un Service de personne nommée (*Named Person Service, NPS*) compétent dans les relations avec les enfants et les jeunes. Leur mission est de se substituer à l'intervention des autorités publiques après que des risques encourus par les jeunes sont identifiés et de mettre l'accent sur la promotion de leur bien-être. Ils sont, par exemple, chargés de conseiller les parents, de les aider à accéder à certains services et de discuter de certaines questions avec eux. Les dispositions contestées dans cette affaire, les sections 23 et 26, étaient relatives au partage d'information entre le *NPS* et les autorités responsables, notamment lorsque le *NPS* considère que certaines informations sont « nécessaires ou opportunes » pour l'exercice de leurs fonctions, mais les pouvoirs exercés en vertu de ces dispositions ne peuvent pas être mis en œuvre lorsque le partage d'information est réalisé en violation d'une interdiction ou d'une restriction prévue par une loi. Les requérants soutenaient que cette disposition ne relevait pas de la compétence du Parlement écossais, car elle concernait une question réservée au Parlement britannique. Ils soutenaient également qu'elle était incompatible avec certains droits de la CEDH et de l'Union européenne. La Cour a rendu un jugement à l'unanimité, rédigé conjointement par Lady Hale, Lord Reed et Lord Hodge, avec lequel Lord Wilson et Lord Hughes ont concouru. Ils ont jugé que le premier moyen soutenant que les dispositions contestées relevaient du domaine réservé du Parlement de Westminster et notamment du *Data Protection Act 1998 (DPA)* et de la *Directive 95/46/CE* sur la protection des données personnelles du 24 octobre 1995, n'était pas

⁶³ *Ibid.*, § 27 et 24.

⁶⁴ *Ibid.*, § 65.

⁶⁵ *Ibid.*, § 83 ; § 96 ; §§ 100-102 et 108 ; § 124 ; § 128.

⁶⁶ *Ibid.*, § 133-138 et § 140.

⁶⁷ *The Christian Institute and others v The Lord Advocate (Scotland)* [2016]UKSC 51.

fondé. En effet, le *DPA*, qui met en œuvre la directive de 1995, permet aux informations d'être divulguées à condition que cela protège un « intérêt vital » des enfants et des jeunes, ce qui constitue un seuil plus élevé que celui de la loi écossaise de 2014, qui permet une divulgation lorsque cela bénéficie au « bien-être » ou « lorsque cela est opportun » pour l'exercice des fonctions du *NPS*. Toutefois les sections 27 et 35 de la loi de 2014 ne permettent pas de divulgation qui serait contraire au *DPA*. Ces dispositions doivent donc être conciliées avec une disposition du *DPA* selon laquelle il peut être fait exception à certaines exigences du *DPA* lorsque cela est imposé par une loi. Les juges ont finalement conclu que la quatrième partie de la loi de 2014 était liée à l'objectif de cette loi qui est la promotion du bien-être des enfants et des jeunes et qu'elle ne nuit pas au régime établi par le *DPA*. Par conséquent, les juges ont mis l'accent sur l'objet de la loi au détriment du régime de protection des données établi par la loi de 2014 pour juger que cette disposition ne « porte pas sur les questions » abordées par le *DPA* et la directive. Ils concluent, par conséquent, que le moyen ne peut aboutir⁶⁸. Les juges donnent, en revanche, raison aux requérants sur le second point en soutenant qu'il est difficile de considérer que les dispositions en cause, qui permettent de désigner un *NPS* sans accord parental et qui permettent un partage d'information assez aisé, sont « prévues par la loi ». Ces dispositions sont difficilement accessibles et leur compréhension résulte de la lecture combinée de la loi de 2014, du *DPA* et de la *Directive*. Le partage d'information opéré par un *NPS*, comme en matière de contraception ou de grossesse par exemple, conduit à une interférence disproportionnée avec l'article 8 CEDH puisqu'elles peuvent être divulguées à des autorités sans accord de l'enfant ou des parents⁶⁹. Par ailleurs, la quatrième partie est à l'origine d'une atteinte disproportionnée car la coopération avec la *NPS* peut sembler forcée et que le seuil permettant de divulguer des informations confidentielles est trop bas pour protéger l'exigence de confidentialité⁷⁰. Les juges estiment qu'il n'y a pas d'autre incompatibilité fondées sur le droit de l'Union. La majorité de la Cour a, en définitive, jugé que les dispositions étaient bien contraires au droit européen et que, de ce fait, les dispositions de la loi de 2014 ne relevaient pas de la compétence législative du Parlement écossais en vertu de la section 29 (2) (d) du *Scotland Act 1998*.

B - Les évolutions institutionnelles au niveau européen

Les années 2015 et 2016 ont été décisives quant à la question de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne puisque la promesse électorale du référendum sur le Brexit s'est concrétisée à la suite de la victoire des conservateurs aux élections législatives de 2015. Pour mettre en œuvre cette promesse référendaire au pays de la souveraineté du Parlement, une loi était nécessaire afin d'autoriser le recours à ce processus très rare au Royaume-Uni. Ce fut chose faite avec le *European Union Referendum Act 2015*. Cette loi dispose, dans sa première section, qu'un référendum « doit être tenu afin de répondre à la question de savoir si le Royaume-Uni devrait rester un membre de l'Union européenne ». Elle précise que le Ministre de l'intérieur doit décider du jour où le référendum doit être tenu et que la question posée sur les bulletins doit être « Le Royaume-Uni devrait-il rester un membre de l'Union européenne ou quitter l'Union européenne ? ». Les électeurs sont ceux qui sont autorisés à voter au cours des élections législatives. La Cour d'appel a précisé, dans l'affaire *Schindler*⁷¹, que l'exclusion du droit de vote des citoyens britanniques résidant à l'étranger et n'étant pas présents sur les registres des élections législatives depuis plus de 15 ans n'était pas une

⁶⁸ *Ibid.*, §§ 51-58; § 66.

⁶⁹ *Ibid.*, §§ 79-85.

⁷⁰ *Ibid.*, §§ 91-101.

⁷¹ *Schindler & another v Chancellor of the Duchy of Lancaster & another* [2016] EWCA Civ 469.

restriction illégale de la liberté de mouvement, car la loi de 2015 ne tombe pas dans le champ d'application du droit de l'Union. La loi impose aussi un devoir à la charge du Ministre de l'intérieur de publier un rapport contenant des informations à propos des droits et obligations résultant de l'appartenance à l'Union européenne et indique qu'il doit être publié au moins dix semaines avant le référendum. David Cameron, qui avait lancé cette idée en 2013, a parallèlement conduit des négociations avec les autorités européennes et obtenu le 19 février 2016 un accord « anti-Brexit » afin de pouvoir ensuite rendre publique sa position quant à la question de la sortie du Royaume-Uni de l'Union. Ces négociations stratégiques ont porté sur la Gouvernance économique, la compétitivité, la souveraineté et les prestations sociales. Ces négociations européennes ont pour objet de maintenir le statut spécial des Britanniques au sein de l'Union avec une limitation des aides sociales accordées aux ressortissants de l'Union durant une période de sept ans et d'exclure le Royaume-Uni de l'application de réformes à venir sur le fonctionnement de l'Union. Elles ont également eu pour effet d'exempter le Royaume-Uni de la clause selon laquelle les Etats doivent parvenir à une Union de plus en plus étroite ainsi que de la clause de renflouement de la zone euro. Au regard de cet accord, David Cameron s'est engagé pour le maintien du Royaume-Uni au sein de l'Union alors que Jeremy Corbyn, le leader travailliste, a également soutenu le *Remain*. Le 23 juin 2016, les électeurs ont voté à une majorité de 51,9% en faveur du Brexit avec une participation de 72,2%. Ce résultat a été caractérisé par des différences importantes selon les régions britanniques⁷². David Cameron a démissionné à la suite de ce résultat et Theresa May, qui s'était elle aussi pourtant engagée en faveur du *Remain*, après avoir été désignée *leader* du Parti conservateur, est devenue Première Ministre en dehors de toute élection législative, s'engageant à mettre en œuvre le Brexit, décidé par la majorité des citoyens britanniques. Le problème juridique entourant cet engagement était de savoir si le déclenchement de la procédure pouvait être réalisé par le Gouvernement utilisant la prérogative royale ou par la voie parlementaire. La Haute Cour a opté pour la seconde branche de cette alternative dans la décision *Miller*, qui sera ensuite confirmée par l'arrêt de la Cour suprême sur lesquels nous reviendrons lors de la prochaine chronique⁷³.

II. La protection des droits et libertés

A- Les déclarations d'incompatibilités

1) La première déclaration d'incompatibilité, qui concerne la délicate question de l'avortement en Irlande du Nord, a été prononcée le 31 novembre 2015 par la Haute Cour nord-irlandaise à propos des sections 58 et 59 de l'*Offences against the Person Act 1861* et la section 25 du *Criminal Justice Act (Northern Ireland) 1945*⁷⁴. Ces dispositions établissent un certain nombre de délits en matière d'avortement et n'apportent aucune exception à l'interdiction d'avorter y compris dans des cas d'anormalité fœtale mortelle ou encore lorsque la grossesse est due à un viol. Le recours a été intenté par la Commission nord irlandaise pour les droits de l'Homme, qui contestait ces dispositions en demandant d'abord à ce qu'elles soient lues de façon compatible avec le droit conventionnel ou, à défaut, à ce que les poursuites sur le fondement de ces dispositions soient considérées comme abusives. La Cour a déclaré le recours recevable alors même que l'intérêt à agir de la Commission n'était pas

⁷² En Ecosse : 38% pour contre 62 contre ; en Irlande du Nord 44 pour et 56 contre, en Angleterre 53 pour, 47 contre, au Pays-de Galles, 52.5 pour, 47, 5 contre et à Londres 24 pour 74 contre.

⁷³ *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin); *R (Miller & Another) v Secretary of State for Exiting the European Union & Others* [2017] UKSC 5.

⁷⁴ *In the matter of an application for judicial review by the Northern Ireland Human Rights Commission* [2015] NIQB 96.

évident⁷⁵. En effet, la section 71(2B) du *Northern Ireland Act 1998* reconnaît à la Commission le droit d'effectuer un recours mais à condition « qu'il y ait ou qu'il puisse y avoir une ou plusieurs victimes de l'acte illégal ». Le recours a été déclaré recevable en l'absence même de telles victimes parties à l'instance. La Cour, qui a souligné l'existence d'un consensus en Europe en faveur du droit à l'avortement⁷⁶, a toutefois rappelé l'existence d'une marge d'appréciation ainsi que la déférence dont les juges doivent faire preuve en ce domaine⁷⁷. Elle a ainsi jugé que s'il n'était pas possible d'interpréter les dispositions de la loi de 1861 de façon compatible avec la Convention ou de considérer le recours abusif, il était approprié de prononcer une déclaration d'incompatibilité sur le fondement de la section 4 du *HRA*. Elle a considéré qu'il n'y avait pas de preuve concernant « le point de vue moral profond du peuple nord-irlandais quant à la nature de la vie »⁷⁸, que le droit nord-irlandais ne reconnaissait pas, contrairement à celui de la République d'Irlande, le droit à la vie dès le moment de la conception et que ne pas prononcer de déclaration d'incompatibilité dans cette affaire conduirait à « un abandon dans un futur immédiat »⁷⁹ de femmes dans des situations particulièrement délicates. Rappelant qu'il n'existe pas de droit à l'avortement en Irlande du Nord sur le fondement de la *common law* ou d'un texte de loi, la Cour a jugé que l'absence d'exception à l'interdiction d'avorter dans le cas d'une malformation sérieuse du fœtus, d'une malformation fœtale mortelle et de grossesses liées à un viol ou à un inceste ne méconnaissait par l'article 3 CEDH, car elle n'atteignait pas le degré de sévérité exigé par cette disposition⁸⁰. Cette décision reconnaît, en revanche, que l'absence d'exception fondée sur des malformations fœtales mortelles et sur une grossesse résultant d'un crime sexuel méconnaît le droit au respect de la vie privée.

2) Les deux autres décisions ont concerné les pouvoirs d'arrestation et de fouille (*stop and search*) ou d'arrestation et d'interrogatoire (*stop and question*). La Cour suprême a rendu, le 17 décembre 2015, une décision mettant en cause les pouvoirs de *stop and search* prévus par la section 60 du *Criminal Justice and Public Order Act 1994*. C'est la première affaire dans laquelle de tels pouvoirs sont contrôlés, puisque la Chambre des Lords avait examiné la mise en œuvre de tels pouvoirs, mais en matière de lutte contre le terrorisme dans les décisions *Gillan* et *Beghal*⁸¹. Le requérant, M. Roberts, avait fait l'objet d'une telle procédure, qui permet aux autorités de police d'arrêter et de fouiller des personnes, sans avancer de suspicion raisonnable, pour rechercher des armes d'attaque ou un instrument dangereux à condition qu'une autorisation d'un inspecteur de police ait été accordée. Il demandait à ce que cette disposition soit déclarée incompatible avec l'article 8 CEDH alors qu'elle lui avait été appliquée lorsqu'il était dans un bus au nord de Londres au moment où des violences entre gangs avaient donné lieu à une autorisation d'avoir recours à ces pouvoirs pendant 30 heures. Le moyen avancé était fondé sur le fait que ces pouvoirs n'étaient pas « prévus par la loi », ce qui les rendait insuffisamment accessibles et prévisibles et conduisait à un risque d'arbitraire. Pour rejeter la demande du requérant, dans leur opinion conjointe avec laquelle les autres juges ont concouru, Lady Hale et Lord Reed ont expliqué que les pouvoirs de *stop and search* sans fondement raisonnable ont été autorisés par le Parlement pour lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée. Ces pouvoirs sont une restriction à l'article 8 CEDH, mais la question était ici de savoir s'ils étaient « prévus par la loi ». La section 60 autorise le recours à

⁷⁵ *Ibid.*, §72.

⁷⁶ *Ibid.*, § 35-58.

⁷⁷ *Ibid.*, §94.

⁷⁸ *Ibid.*, § 141.

⁷⁹ *Ibid.*, § 182.

⁸⁰ *Ibid.*, § 110-121.

⁸¹ *R (on the application of Gillan (FC) and another (FC)) v. Commissioner of Police for the Metropolis and another* [2006] UKHL 12 ; *Beghal v Director of Public Prosecutions* [2015] UKSC 49.

de tels pouvoirs dans une aire géographique dans laquelle l'inspecteur de police croît raisonnablement que des actes de violence grave peuvent avoir lieu. Cette autorisation est limitée à 24 heures et encadrée par les directives que doivent respecter les autorités de police⁸². Ils rappellent que ces dernières sont tenues d'agir conformément aux droits conventionnels sur le fondement de la section 6 du *HRA* et à l'interdiction des discriminations raciales prévues par l'*Equality Act 2010*⁸³ et se fondent sur l'importance des garanties entourant ces pouvoirs⁸⁴ pour juger leur application justifiée en l'espèce. En effet, la section 60 exige que des motifs soient avancés pour autoriser l'exercice de ces pouvoirs et pour mettre en œuvre les pouvoirs d'arrestation et de fouille. L'autorisation doit être justifiée par l'agent qui doit « penser raisonnablement qu'il y a des fondements pour autoriser le recours à de tels pouvoirs ». Ces éléments rendent la disposition « nécessaire dans une société démocratique ... à la prévention des atteintes à l'ordre public et à la criminalité »⁸⁵. Elle n'est donc pas contraire aux droits conventionnels et ne justifie pas une déclaration d'incompatibilité.

Dans la décision *Miranda*, du 19 janvier 2016, la Cour d'appel, composée du *Master of the Rolls*, Lord Dyson, du juge Richard, et du juge Floyd a rendu une décision contrastée à propos de l'arrestation, de la détention et de la saisie de documents qu'Edward Snowden avait volés à la NSA et que David Miranda, le conjoint d'un journaliste du *Guardian*, transportait pour l'aider. Son arrestation a été fondée sur l'annexe 7 du *Terrorism Act 2000* qui prévoit une procédure d'arrestation et d'interrogatoire (*stop and question*). La Cour a, d'abord, rejeté l'appel de David Miranda contre son arrestation. Le juge Dyson, avec lequel les deux autres juges ont concouru, est parvenu à cette conclusion en tenant compte de la « déférence considérable » dont la Cour doit faire preuve à propos d'une décision d'arrestation et d'interrogatoire dans le domaine de la lutte contre le terrorisme. Il a rejeté l'interprétation stricte de la *High Court* et interprété la notion de terrorisme comme devant impliquer un élément moral. Une telle interprétation lui permet de ne pas appliquer la loi à des publications de documents pouvant mettre en danger la vie et crée un risque pour la santé et la sécurité alors même cet élément moral fait défaut⁸⁶. En revanche, la publication de tels documents est constitutive d'un acte de terrorisme lorsqu'ils mettent en danger la vie des personnes ou constituent un risque pour la santé ou la sécurité du public. Si la personne qui publie le document a une telle intention, l'acte de terrorisme se trouve constitué. Son approche a pour effet de priver la notion de terrorisme prévue par le texte de loi de certaines conséquences absurdes conduisant à l'appliquer à des activités politiques, religieuses ou journalistiques, car cela n'était pas dans l'intention du Parlement⁸⁷. Il a toutefois considéré, qu'en l'espèce, les autorités pouvaient considérer que les circonstances dans lesquelles les documents pouvaient être publiés tombaient dans la définition du terrorisme. Il a par conséquent jugé que les pouvoirs de *stop and question* étaient une interférence justifiée et proportionnée à sa liberté d'expression. L'intérêt public « irrésistible » fondé sur la sécurité nationale a prévalu sur la liberté d'expression de David Miranda⁸⁸. Le juge Dyson a, ensuite, prononcé une déclaration d'incompatibilité justifiée par le fait que de tels pouvoirs peuvent « être exercés pour des données et informations journalistiques »⁸⁹. Il estime, en effet, que ces pouvoirs ne seraient pas « prévus par la loi » comme l'exige l'article 10 (2) CEDH. Ils ne sont, en effet, « pas entourés par des garanties juridiques suffisantes pour éviter le risque que ce pouvoir soit

⁸² *Ibid.*, § 36-37.

⁸³ *Ibid.*, § 42.

⁸⁴ *Ibid.*, § 28-37.

⁸⁵ *Ibid.*, 43-47.

⁸⁶ *Ibid.*, § 57.

⁸⁷ §§ 38-56.

⁸⁸ *Ibid.*, § 79-84; § 84.

⁸⁹ *Ibid.*, § 94.

exercé de façon arbitraire et qu'une interférence injustifiée avec un droit fondamental survienne »⁹⁰. De telles garanties peuvent consister en un contrôle judiciaire ou un contrôle indépendant et impartial permettant de protéger correctement les données journalistiques, pour empêcher l'exercice d'un pouvoir arbitraire⁹¹.

3) Dans une dernière décision, l'affaire *Johnson*⁹², la Cour suprême a décidé de prononcer une déclaration d'incompatibilité pour des raisons assez novatrices. Le requérant était né en Jamaïque d'une mère jamaïcaine et d'un père britannique. Ayant vécu au Royaume-Uni avec son père depuis l'âge de quatre ans, il a gardé la nationalité jamaïcaine et n'a pas acquis la nationalité britannique car ses parents n'étaient pas mariés. Il aurait également pu avoir cette nationalité si son père ou lui-même l'avaient demandé durant son enfance et, après ses seize ans, s'il était de bonne moralité (*good character*). Après avoir été condamné pour plusieurs délits et crimes, dont celui d'homicide, le Ministre de l'intérieur a pris une décision d'expulsion contre le requérant au motif qu'il était un « criminel étranger » sur le fondement du *UK Borders Act 2007*. Le requérant a contesté cette décision sur le fondement de son droit au respect de la vie familiale combiné avec l'interdiction de toute discrimination prévue par l'article 14 CEDH en soutenant que si ses parents avaient été mariés, il n'aurait pas été susceptible d'être expulsé. Alors que la Haute Cour a annulé le certificat d'expulsion, la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait aucune violation des droits conventionnels du requérant car sa naissance était antérieure au *HRA*. La Cour suprême, dans une décision rédigée par Lady Hale, en accord avec les juges Kerr, Reed, Hughes et Toulson, a accordé l'appel. Se fondant notamment sur l'affaire *Marckx et Fabris*⁹³, ils ont jugé que l'expulsion était discriminatoire car elle se justifiait par la naissance hors mariage du requérant. Les juges ont insisté sur le fait qu'en l'espèce, il ne s'agissait pas tant d'une distinction entre des citoyens et des non-citoyens, mais en une distinction fondée sur la situation maritale des parents du requérant⁹⁴. Lady Hale s'interroge ensuite sur la nécessité d'une déclaration d'incompatibilité, car accorder l'appel du requérant en l'espèce ne corrigera pas la situation des autres personnes dans sa situation. Elle estime que « toutes sortes de conséquences peuvent découler de leur situation » en citant, par exemple, « le droit de vote qui est un aspect de la citoyenneté » et un droit conventionnel. L'imposition d'un test supplémentaire de « bonne moralité » exigé pour les personnes dont les parents n'étaient pas mariés, qui est uniquement justifié par un statut lié à la naissance, n'est pas « raisonnable » car cela « produit des résultats discriminatoires puisqu'une personne sera privée de citoyenneté à cause d'un accident lié à sa naissance qui n'est pas de sa faute »⁹⁵. Par conséquent, Lady Hale a décidé, qu'au-delà du requérant, les dispositions qui imposent une telle exigence sont déclarées incompatibles avec les articles 8 et 14 CEDH. Une telle déclaration est ainsi prononcée par la Cour « alors même qu'elle n'est pas nécessaire pour résoudre l'affaire »⁹⁶. Ce faisant, la Cour adopte une approche intéressante du cas qui lui est soumis en décidant de prononcer une déclaration d'incompatibilité ayant un effet non plus *inter partes* comme cela est normalement le cas, mais *erga omnes* et en ayant une portée non plus subjective, mais objective.

B – La protection des droits fondamentaux et les pouvoirs de l'héritier de la Couronne

⁹⁰ *Ibid.*, §§ 94-100 ; § 113; notamment § 94.

⁹¹ *Ibid.*, §§ 64-67 et § 119.

⁹² *R (on the application of Johnson) v Secretary of State for the Home Department* [2016] UKSC 56.

⁹³ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Req. n° 6833/74 ; CEDH, GC, 7 février 2013, *Fabris c. France*, Req. n° 16574/08, *Ibid.*, § 29 et 31.

⁹⁴ *R (on the application of Johnson) v Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 34.

⁹⁵ *Ibid.*, § 38.

⁹⁶ *Ibid.*; § 39.

La décision *Evans*⁹⁷, qui portait sur la question de la publication de lettres que le Prince Charles avait écrites à certains ministères, présente une portée constitutionnelle importante. Le requérant, M. Evans, a demandé à ces différents ministères la communication de ces lettres sur le fondement de la section 53(2) du *Freedom of Information Act 2000 (FOIA)* et de l'article 18(6) du règlement de 2004 sur l'information dans le domaine de l'environnement. Les ministères ont refusé de transmettre ces lettres se fondant sur le fait qu'elles faisaient l'objet d'une exception prévue par ces textes. Après que M. Evans ait obtenu gain de cause devant l'*Upper Tribunal*, l'*Attorney General* décida d'adopter un certificat sur le fondement du *FOIA* pour empêcher la publication de ces lettres, mentionnant qu'il avait des « motifs raisonnables » de penser que les différents ministères étaient fondés à refuser la publication de ces lettres et avançant les raisons motivant sa décision. Le requérant forma un recours contre cette décision en contestant, d'une part, la motivation de l'*Attorney General* et en soutenant, d'autre part, que ces lettres devaient être publiées en vertu de la directive de 2003/4/EC et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, car elles concernent des questions environnementales. La Haute cour a, d'abord, rejeté ce recours, qui a ensuite été reçu par la Cour d'appel sur les deux fondements. La Cour suprême a rendu une décision à une majorité de cinq contre deux sur la question de la légalité du certificat de l'*Attorney General* et à une majorité de six contre un sur la question de la validité du certificat au regard de la directive de 2003, avec une opinion partiellement dissidente⁹⁸. La Cour suprême, comme le rappelle Lord Neuberger avec lequel Lord Kerr et Lord Reed ont concouru, a dû se prononcer sur un point de droit : celui de savoir, sans avoir lu ces lettres, si elles peuvent être légalement publiées⁹⁹.

Pour justifier la non-publication de ces lettres le Commissaire avait, dans un premier temps, avancé qu'il existait une exception, prévue dans la section 37 du *FOIA*, justifiée par un intérêt public relatif aux conventions constitutionnelles entourant la pratique institutionnelle du monarque. Il s'agit de quatre conventions : la « convention tripartite », protégeant l'aptitude du Souverain à exercer son droit de consulter, d'encourager et d'alerter son Gouvernement ; la « convention d'éducation » selon laquelle l'héritier du trône doit être informé de la conduite du travail gouvernemental pour sa préparation au trône ; la préservation de la neutralité politique de la famille royale et la protection de la vie privée et de la dignité de la famille royale¹⁰⁰. Le Commissaire a jugé que la convention d'éducation s'appliquait et qu'il existait un intérêt public « très fort » pour maintenir cette exception, y compris pour des informations qui ne relèvent pas de la convention d'éducation¹⁰¹. L'*Upper Tribunal* a, quant à lui jugé que les correspondances devaient être publiées en se fondant sur une raison essentielle qui est « l'intérêt public général en faveur de la transparence quant à la manière et le moment où le Prince Charles cherche à influencer le Gouvernement ». L'*Upper Tribunal* a toutefois précisé les limites de sa décision en indiquant que la publicité ne concernait pas les correspondances « sociales ou personnelles entre le Prince Charles et les Ministres. Elle ne permet pas à M. Evans d'obtenir une correspondance tombant dans la convention constitutionnelle selon laquelle l'héritier du trône doit être informé du travail gouvernemental »¹⁰². Les facteurs sur lesquels il s'est notamment fondé sont le principe de

⁹⁷ *R (on the application of Evans) and another v Attorney General* [2015] UKSC 21. A propos de cette affaire, cf. M. Elliott, « A tangled constitutional web: the black-spider memos and the British constitution's relational architecture », *PL*, 2015, pp. 539-550.

⁹⁸ Outre l'opinion conjointe rédigée par Lord Neuberger avec laquelle Lord Kerr et Lord Reed ont concouru ; l'opinion de Lord Mance avec laquelle Lady Hale a concouru est elle aussi favorable à la publication des lettres. Lord Hughes a rendu une opinion partiellement dissidente et Lord Hughes une opinion dissidente.

⁹⁹ *R (on the application of Evans) and another v Attorney General*, *op. cit.*, §7.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 32.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 33.

¹⁰² *Ibid.*, § 35.

« responsabilité et de transparence », « la compréhension croissante des rapports entre le Gouvernement et la Monarchie », « la compréhension par le public de l'influence, si elle existe, du Prince sur les questions de politiques publiques » ; « la signification particulière à la lumière des histoires médiatiques ciblant l'interférence et le lobbying présumé inapproprié du Prince Charles » ; « l'approfondissement du débat public à l'égard du rôle constitutionnel de la monarchie, et en particulier de l'héritier du trône » et « l'information relative à un débat plus large entourant la réforme constitutionnelle ». Parmi les facteurs s'opposant à la publication on trouve des éléments liés à la convention d'éducation, « un intérêt public plus important inhérent au maintien du secret » ; « l'atteinte potentielle à la neutralité politique perçue du Prince Charles » ; « l'interférence avec le droit au respect de la vie privée du Prince Charles sur le fondement de l'article 8 » et « un effet dissuasif sur la franchise des communications entre le Prince Charles et les Ministres du Gouvernement »¹⁰³. La pesée de ces différents facteurs a conduit l'*Upper Tribunal* à estimer que l'intérêt public résidant dans la publication prévalait sur les arguments fondés sur la non divulgation.

Par la suite, l'*Attorney General* a jugé que les ministères avaient pu refuser la divulgation pour des « motifs raisonnables » en se fondant notamment sur les trois conventions constitutionnelles et le contexte des lettres et en expliquant qu'il « était important que le Prince de Galles puisse engager une correspondance et un dialogue avec les ministres sur des questions relevant du champ de leur département » et qu'« une telle correspondance et un tel dialogue vont l'aider à exercer ses devoirs relevant de la convention tripartite lorsqu'il sera Roi ». De telles discussions tombent dans le champ du « conseil » et de « l'avertissement » à propos des actions gouvernementales et que si « de telles correspondances doivent avoir lieu, cela doit être dans des conditions de confidentialité »¹⁰⁴. Les arguments en faveur de la divulgation avancés par l'*Upper Tribunal* ne peuvent prévaloir sur « l'intérêt public fort reposant sur les arguments contre la publication ». L'intérêt public résidant dans la non divulgation, dit-il « dépasse substantiellement l'intérêt public dans la divulgation »¹⁰⁵.

Pour juger la décision de l'*Attorney General* illégale Lord Neuberger va axer son opinion sur des « questions constitutionnelles fondamentales »¹⁰⁶ et sur des principes d'interprétation législative. Il rejoint, pour l'essentiel, le jugement de Lord Dyson devant la Cour d'appel¹⁰⁷. Il va d'abord critiquer le fait que le *FOIA* permet à un membre de l'exécutif de passer outre une décision du pouvoir judiciaire¹⁰⁸. Il estime qu'il existe un « principe fondamental » selon lequel « une décision d'une Cour s'impose aux parties et ne peut pas être ignorée ou écartée par quiconque y compris (en effet, on pourrait même dire plus justement, et surtout) par l'exécutif ». Il est aussi « intrinsèque au principe de *Rule of Law* que les décisions et les actions de l'exécutif sont, sauf pour certaines exceptions nécessaires bien établies (comme les déclarations de guerre) et des exceptions législatives jalousement examinées, contrôlées par les Cours à la demande d'un citoyen concerné. La section 53 telle qu'elle est interprétée par les arguments de l'*Attorney General* dans cette affaire, bafoue le premier principe et inverse le second principe. Il implique qu'une décision définitive d'une Cour peut être écartée par l'exécutif car il n'est pas d'accord avec elle. Le fait qu'un membre de l'exécutif puisse mettre en avant des raisons convaincantes et/ou persuasives pour être en désaccord avec la Cour, dans un tel contexte, ne change rien : plusieurs décisions juridictionnelles sont des questions controversées où les opinions (même les opinions

¹⁰³ *Ibid.*, § 37.

¹⁰⁴ *Ibid.*, § 40-48.

¹⁰⁵ *Ibid.*, §§ 42-45.

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 90.

¹⁰⁷ *Ibid.*, § 114.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 51 et s.

judiciaires individuelles) peuvent raisonnablement différer, mais cela n'affecte pas l'applicabilité de ces principes »¹⁰⁹. Il se fonde principalement sur le principe du recours en *judicial review*, qui permet à des décisions de l'exécutif d'être contrôlées par les juges¹¹⁰ et rappelle « l'importance constitutionnelle du principe selon lequel une décision de l'exécutif doit être contrôlée par le pouvoir judiciaire, [qui] transparait derrière le jugement de la majorité dans la célèbre affaire *Anisminic* ». Il constate le caractère primordial du « droit des citoyens au recours pour excès de pouvoir des actions et décisions de l'exécutif et ses conséquences sur l'interprétation des lois » rappelé par des décisions symboliques comme l'affaire *Jackson* ou *Simms*¹¹¹, selon lesquelles une loi qui souhaite aller à l'encontre des droits fondamentaux ou du principe de *Rule of Law* doit le faire de façon explicite¹¹². Lord Neuberger juge finalement que la section 53 du *FOIA* n'est pas suffisamment explicite pour permettre à un membre de l'exécutif de prendre une décision simplement parce qu'il est d'un avis contraire à une décision juridictionnelle¹¹³. Lord Neuberger insiste, plus que ne le font Lord Wilson, Lord Hughes et Lord Mance, sur le principe constitutionnel de *Rule of Law* dont découle le principe selon lequel l'exécutif ne peut revenir sur une décision juridictionnelle¹¹⁴. Il juge, contrairement à Lord Wilson et à l'instar de Lord Mance¹¹⁵, que les motivations de l'*Attorney General* ne sont pas « raisonnables » car elles impliquent seulement un désaccord avec une décision juridictionnelle. En effet, comme Lord Dyson devant la Cour d'appel, il estime qu'il « n'est pas raisonnable pour une personne responsable d'adopter un certificat fondé sur la section 53 seulement parce que pour les mêmes faits et, certes raisonnablement, il a un point de vue différent de celui qui est adopté par une « *Court of Record* »¹¹⁶ après une audience publique et orale »¹¹⁷. Lord Neuberger insiste bien sur le fait que les Cours doivent interpréter les lois « en ayant à l'esprit des principes constitutionnels établis ». C'est la raison pour laquelle il estime que le recours de M. Evans est fondé¹¹⁸. L'opinion de Lord Neuberger diffère, malgré une conclusion similaire à celle de Lord Mance, puisqu'il distingue, contrairement à lui, une question de fait, qui peut relever d'une autorité publique et une question de droit, qui relève des seules juridictions¹¹⁹ et estime qu'on ne peut pas imposer les mêmes exigences de justification à ces différentes autorités¹²⁰. Il n'est, selon lui, pas « approprié de traiter la personne responsable [*Attorney General*] comme une Cour d'appel », car il « n'exerce pas de fonction judiciaire ou d'appel ». Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner le second moyen fondé sur la directive de 2003, Lord Neuberger indique que le fait que l'exécutif puisse passer outre une décision juridictionnelle est contraire à l'article 6 de la directive et rejoint également les arguments avancés par Lord Mance sur ce point pour conclure à l'invalidité du certificat¹²¹. Il est plus nuancé sur le second point en indiquant que le *FOIA* « permet explicitement à l'exécutif de passer outre une décision judiciaire, mais seulement pour des « motifs raisonnables », et la *common law* s'assure que

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 52.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 53-54.

¹¹¹ *Jackson and others v. Attorney General* [2005] UKHL 56; *Regina v Secretary of State for The Home Department Ex Parte Simms* [1999] UKHL 33

¹¹² *Ibid.*, § 56-57.

¹¹³ *Ibid.*, § 58-59.

¹¹⁴ *Ibid.*, § 90 et discussion des principes constitutionnels § 51-59.

¹¹⁵ Ce dernier juge qu'un « fondement raisonnable » en vertu de la section 53(2) est « un obstacle plus élevé qu'une simple rationalité » § 91.

¹¹⁶ Il s'agit d'une Cour dont les procédures sont enregistrées et publiées.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 88.

¹¹⁸ *Ibid.*, § 92.

¹¹⁹ *Ibid.*, § 93-97.

¹²⁰ *Ibid.*, § 95.-97.

¹²¹ *Ibid.*, § 147-149.

ces fondements sont limités afin de ne pas porter atteinte à ce principe fondamental, ou au moins à minimiser tout empiètement sur ce principe »¹²².

Lord Mance, avec lequel Lady Hale s'est joint, a axé sa motivation non pas sur l'aptitude de l'*Attorney General* à prendre un tel certificat, mais sur son raisonnement pour prendre une décision allant à l'encontre de l'*Upper Tribunal*. « Un désaccord sur des questions de circonstances ou des questions de droit établies par le tribunal dans une décision pleinement motivée est une chose. Il devrait exiger, selon moi, la justification la plus claire possible » alors qu'un désaccord concernant le poids à accorder à des intérêts publics concurrents est une question différente et [...] peut être résolue grâce à des raisons solides correctement expliquées »¹²³. Lord Mance, examine la motivation du certificat de l'*Attorney General* pour conclure qu'il ne réalise pas une « analyse correctement motivée »¹²⁴, contrairement à celle de l'*Upper Tribunal*. Le certificat est fondé sur des arguments qui diffèrent de ceux de l'*Upper Tribunal* « sans explication véritable ou adéquate ». Cela ne satisfait pas au test que Lord Mance a établi pour prendre un certificat. Ce test implique un niveau plus élevé qu'une motivation fondée sur la rationalité¹²⁵. Le certificat n'a donc pas été justifié par des fondements raisonnables et le recours devrait donc être rejeté. Lord Hughes a préféré se fonder sur le caractère explicite de l'intention du Parlement pour accorder à l'*Attorney General* le pouvoir de passer outre une décision d'une Cour. Il a par ailleurs articulé son raisonnement sur la différence de point de vue quant à l'intérêt public et n'a pas jugé sa décision irrationnelle¹²⁶. Il a rendu une opinion partiellement conjointe à celle de Lord Neuberger sur le second argument. Lord Wilson, adoptant une interprétation textuelle du *FOIA*, a jugé que la Cour d'appel n'a pas interprété mais réécrit la loi et que parmi les principes constitutionnels invoqués, « le plus précieux est celui de la souveraineté du Parlement, emblématique de notre démocratie »¹²⁷. Il se fonde sur le fait que la question n'est pas une question de droit, pour laquelle le pouvoir de l'*Attorney General* aurait été une atteinte au principe de séparation des pouvoirs, mais qu'elle est relative à « l'évaluation de l'intérêt public », ce qui est, selon lui, entièrement différent¹²⁸. Il diffère alors sur ce point des observations de Lord Neuberger selon lequel il est difficile de distinguer le fait du droit sur ces questions¹²⁹. L'évaluation de l'intérêt public n'est pas un monopole des juridictions, mais revient « aux organes élus et aux personnes responsables devant eux », rappelle-t-il en citant la décision *Alconbury*¹³⁰. Ainsi, il juge, sans pour autant être d'accord avec la position de l'*Attorney General*, qu'il y avait des « fondements raisonnables » pour qu'il prenne ce certificat. Adoptant la seule opinion dissidente sur la question du droit de l'Union européenne, il juge qu'il n'y a pas de violation de l'article 6§2 de la directive, relatif à l'accès au juge, dans la mesure où le certificat de l'*Attorney General* peut faire l'objet d'un recours en *judicial review*. La motivation des juges de la majorité à propos d'une question ayant des implications politiques a ainsi rappelé de grands principes constitutionnels tels que la *Rule of Law*, de façon moins explicite, la séparation des pouvoirs ou encore la transparence et la responsabilité des autorités publiques.

¹²² *Ibid.*, § 115.

¹²³ *Ibid.*, § 130-131.

¹²⁴ *Ibid.*, § 142.

¹²⁵ *Ibid.*, § 145.

¹²⁶ *Ibid.*, § 165.

¹²⁷ *Ibid.*, § 168.

¹²⁸ *Ibid.*, § 171.

¹²⁹ *Ibid.*, § 96.

¹³⁰ *R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment* [2001] 2 WLR 1389.