



# Le retour controversé d'un pouvoir de prérogative royale. *Le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* : symptôme d'une transformation de l'ordre constitutionnel britannique.

Dylan Swolarski

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2023/2 (N° 134), PAGES 425 À 447  
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

DOI 10.3917/rfdc.134.0425

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2023-2-page-425.htm>



**CAIRN.INFO**  
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.**

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

*Le retour controversé d'un pouvoir de prérogative royale.  
Le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 :  
symptôme d'une transformation  
de l'ordre constitutionnel britannique.*

---

DYLAN SWOLARSKI

Le Parlement britannique a adopté le 24 mars 2022 une loi portant sur le droit de dissolution qui opère un véritable retour en arrière, en abrogeant le *Fixed-term Parliaments Act 2011*<sup>1</sup> (ci-après FTPA). Ce dernier avait mis fin au pouvoir de prérogative royale de dissolution du Parlement – c'est-à-dire un pouvoir discrétionnaire appartenant à la Couronne, mais effectivement exercé par le Premier ministre. En abrogeant le FTPA, le Parlement a souhaité revenir à la situation précédente en rétablissant ce pouvoir. À tel point qu'il est possible de parler de révolution, au sens d'un retour complet à une situation précédemment établie.

Dès février 2020, une proposition de loi avait été déposée par Lord Mancroft et qui tendait vers le même objectif. Cette dernière ne précisait cependant rien sur le sort qui devait être réservé à la prérogative royale portant sur la dissolution, que le FTPA avait fait disparaître. La proposition de loi n'ayant pas abouti, le gouvernement de Boris Johnson s'est saisi de la question au printemps 2021. Le projet de loi *HC Bill 008 2021-2022* a été présenté à la Chambre des Communes le 12 mai 2021 par Michael Gove<sup>2</sup>, pour la Chambre des Communes, et Lord True<sup>3</sup>, pour la Chambre des Lords, sous le nom officiel *Dissolution*

Dylan Swolarsky, Doctorant en droit constitutionnel – Université Panthéon-Assas, ATER à l'Université de Tours.

1. V. en ce sens A. Le Divellec, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le Fixed-term Parliaments Act 2011 et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 7. Disponible en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Un-tournant-de-la-culture-constitutionnelle-britannique-le-Fixed-Term-Parliaments-Act-2011-et-l-amorce-inedite-de-rationalisation-du-systeme-parlementaire-de-gouvernement-au-Royaume-Uni-530.html>.

2. Il était à l'époque *Chancellor of the Duchy of Lancaster* et, après avoir occupé le poste de *Secretary of State for Housing, Communities and Local Government*, a dû quitter le gouvernement de Boris Johnson le 6 juillet 2022. Il ne fut pas membre du gouvernement suivant de Liz Truss, Première ministre britannique à la suite de Boris Johnson.

3. *Minister of State at the Cabinet Office*, jusqu'au changement de gouvernement le 6 septembre 2022. Il est aujourd'hui *Leader of the House of Lords*.

*and Calling of Parliament Bill*. Après les trois lectures prévues par la procédure parlementaire britannique au sein de la Chambre des Communes qui a donc adopté le projet de loi, ce dernier a été reçu par les Lords le 14 septembre 2021 pour les trois lectures qui s'imposent également dans cette chambre, et a été adopté sans amendement majeur. Le projet a alors reçu l'assentiment royal le 24 mars 2022 pour devenir le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*, avec l'espoir de régler les difficultés théoriques de la proposition de loi de Lord Mancroft – notamment le sort du pouvoir de prérogative royale.

Pour ce faire, cette nouvelle loi dispose premièrement que le FTPA de 2011 est abrogé<sup>4</sup>. Ensuite, souhaitant préciser le devenir du pouvoir de prérogative en question, elle prévoit en sa section 2 que les pouvoirs royaux relatifs à la dissolution du Parlement renaissent, « comme si le *Fixed-term Parliaments Act 2011* n'avait jamais été adopté<sup>5</sup> ». Selon le texte, il y a bien un retour à la prérogative de dissolution pré-FTPA comme si le Parlement n'était jamais intervenu à cet égard. Toutefois, le législateur voulant s'assurer qu'il s'agisse bien d'un pouvoir de prérogative royale aux yeux de tous les acteurs, il a souhaité rajouter une section, plutôt surprenante. En effet, la section 3 prévoit une *ouster clause*<sup>6</sup>, c'est-à-dire une clause d'exclusion de la compétence du juge qui rend l'acte de dissolution, les décisions liées à cet acte, ainsi que l'étendue et les limites de ce pouvoir « injusticiables<sup>7</sup> » (*non-justiciable*). En ce sens, le juge ne pourra pas être saisi d'un litige relatif à ce pouvoir. Si en droit administratif britannique le législateur utilise souvent ces *ouster clauses*, il est surprenant qu'il y ait recours pour un tel pouvoir, au cœur des fondements constitutionnels du Royaume-Uni et qui est généralement considéré comme émanant non pas du Parlement, mais de la *common law* – des juges. Il est alors intéressant d'étudier plus en détail les sections 2 et 3. Elles soulèvent des difficultés tant sur le fait de rétablir une prérogative, notamment par voie législative, que sur une exclusion aussi radicale de l'office du juge dans un domaine généralement pensé comme dépendant de lui.

Comment, dans le cadre traditionnel britannique, doit-on penser la restauration d'un pouvoir de prérogative royale par le Parlement, alors même qu'il était admis que la prérogative dépendait de la *common law* ? Plus encore, à partir du moment où l'on admet que, traditionnellement, il appartenait aux juges de *common law* de déterminer les questions relatives à la prérogative royale, comment faut-il comprendre cette exclusion

4. 2022 c. 11, Section 1 : « *The Fixed-term Parliaments Act 2011 is repealed* ».

5. *Ibidem*, Section 2 : « *as if the Fixed-term Parliaments Act 2011 had never been enacted* ».

6. Nous gardons le vocable en anglais, en raison de la particularité à laquelle il renvoie dans le système juridique britannique.

7. *Ibidem*, Section 3. Voir notre III.

très forte de la compétence des juges pour toutes les questions relatives à la dissolution du Parlement britannique ? Cela signifie que le Parlement est intervenu sur un domaine que l'ensemble de la doctrine considérerait comme relevant des juges de *common law*. Mais, de manière encore plus importante, cela semble montrer qu'il y a depuis quelques années, et surtout depuis le Brexit, une véritable rivalité qui s'est installée entre les deux institutions que sont le Parlement et les juges de *common law*, ainsi que nous le verrons plus loin.

Il est possible d'apercevoir toutes ces problématiques, que l'article tentera de mettre en avant et d'étudier, au travers des différentes dispositions de la loi. Néanmoins, avant de pouvoir pleinement appréhender ces éléments, il est essentiel de comprendre l'origine de cette nouvelle loi (I). Ce n'est qu'après cela qu'il sera possible de noter que la section tendant à rendre à la prérogative royale le pouvoir de dissolution est inédite dans l'histoire constitutionnelle britannique (II), ce qui est révélateur d'un changement dans l'équilibre institutionnel du pays. Plus que cela, ce qui est marquant, et qu'il nous faudra étudier, est la conséquence de cette « résurrection ». En effet, il s'agit de la section 3 excluant l'office du juge en la matière : cette exclusion est l'expression d'une véritable tension entre le Parlement et les juges de *common law* (III). Tension qui est aujourd'hui portée à un tel point que l'on assiste à un bouleversement de l'ordre constitutionnel jadis accepté, avec la juridictionnalisation croissante de nombreux domaines du droit public et une remise en cause de la souveraineté du Parlement.

#### I – LE *FIXED-TERM PARLIAMENTS ACT 2011* OU L'ORIGINE NEGATIVE DU *DISSOLUTION AND CALLING* *OF PARLIAMENT ACT 2022*

Ainsi que son nom le suggère, cette loi tend à régler à nouveau la question de la dissolution ainsi que la convocation du Parlement, auparavant régies par le FTPA qui est *ipso facto* abrogé. Bien que la loi soit encore récente et que l'expérience ne nous permette pas d'en mesurer l'ampleur, il est important de s'intéresser aux conséquences d'un tel changement, notamment concernant les liens qu'entretiennent le Parlement et la *common law*. En effet, les modifications que cette loi apporte au droit britannique sont révélatrices non seulement d'une conception particulière du droit qui ne connaît qu'un maigre équivalent dans les systèmes juridiques continentaux, mais aussi d'un profond changement au sein de l'ordre constitutionnel britannique<sup>8</sup>. C'est parce qu'elle est

8. Voir N. Barber, *The United Kingdom Constitution. An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 57.

l'expression de l'esprit du monde juridique britannique contemporain qu'il est intéressant de l'étudier en détail – toute loi et tout argument juridique sont généralement l'expression de l'esprit, peut-être momentanément, du monde juridique dans lequel ils s'inscrivent. Pour mieux saisir cet esprit, il convient de comprendre la place de la prérogative royale relativement à la dissolution, et surtout l'importance du FTPA et donc de son abrogation, dans le système constitutionnel britannique.

#### A – UN POUVOIR DE PRÉROGATIVE ROYALE ANCIENNEMENT ÉTABLI

Le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* a un but premier : abroger le FTPA. Le FTPA s'inscrit dans un mouvement de « codification » du droit constitutionnel britannique. En effet, depuis les années 1990<sup>9</sup> les parlementaires britanniques ont souhaité entreprendre un ensemble de réformes, ayant vocation à « codifier » la Constitution britannique ; le gouvernement de Tony Blair a beaucoup agi dans le sens d'une « codification », ou du moins d'une écriture, du droit constitutionnel<sup>10</sup>. Si ce sont la deuxième moitié des années 1990 et le début des années 2000 qui ont surtout connu ce mouvement, le FTPA de 2011 en est néanmoins une expression assez vive. Plus que cette volonté de réforme et de codification du droit constitutionnel, le FTPA s'inscrit également dans une manœuvre politique de la part des Libéraux-Démocrates et des Conservateurs arrivés au pouvoir en 2010 du fait d'une coalition, et soucieux de conserver cette majorité difficilement acquise<sup>11</sup>. Afin d'assurer sa pérennité plus qu'incertaine en raison de son mode de formation – la coalition avec les Libéraux-Démocrates –, le gouvernement de David Cameron s'est inséré dans cette lancée réformatrice, tout en rigidifiant le droit de dissolution. Grâce à cette loi, le gouvernement de David Cameron a pu se maintenir en place tout en évitant que la coalition ne cesse prématurément du fait d'une nouvelle élection générale. C'est donc dans ce cadre, que nous présentons volontairement brièvement, que le FTPA est né<sup>12</sup>. Ainsi, en codifiant la procédure de

9. Cf. le manifeste du parti Travailliste de 1996, avant la victoire dudit parti aux élections générales de 1997. Section « We will clean up politics » : <http://www.labour-party.org.uk/manifestos/1997/1997-labour-manifesto.shtml>. Au sein de cette section se trouve la majorité des grandes lois depuis 1997, durant le temps du gouvernement de T. Blair.

10. V. en ce sens A. McHarg, « Reforming the United Kingdom Constitution : Law, Convention, Soft Law », *The Modern Law Review*, 2008, vol. 71, n° 6, p. 853 sq.

11. En effet, en bloquant à ce point le mécanisme de dissolution, ni les Conservateurs, ni les *lib-dems* ne pouvaient se retourner l'un contre l'autre ; c'est une modification qui a permis la stabilité au sein d'un Gouvernement à la majorité instable. Cf. <https://www.politics.co.uk/reference/next-general-election/>.

12. Pour davantage de développements concernant le caractère opportuniste du FTPA, voir C. Saunier, « Les métamorphoses du droit de dissolution au Royaume-Uni : l'abrogation du *Fixed-Term Parliaments Act 2011* », *Observatoire du Brexit*, 5 juillet 2022. Disponible en ligne : <https://brexit.hypotheses.org/6050>.

dissolution, le FTPA la modifie profondément par rapport à ce qui avait cours depuis plusieurs siècles.

Avant cette loi la procédure de dissolution relevait de ce que l'on appelle la prérogative royale ; c'est-à-dire qu'il s'agissait d'un pouvoir discrétionnaire, laissé à la Couronne et qui, du fait des pratiques des acteurs, était effectivement exercé par le gouvernement de Sa Majesté, et plus précisément par le Premier ministre lui-même. C'est cette façon de concevoir la pratique que les auteurs anglo-saxons ont appelé « convention de la Constitution ». Par l'utilisation de cette prérogative royale qui relève officiellement du Monarque, mais qui est utilisée et *demandée*<sup>13</sup> par le Premier ministre, ce dernier pouvait donc enclencher la procédure de dissolution et ainsi faire en sorte que le Monarque convoque un nouveau Parlement, par l'organisation de nouvelles élections générales. C'était donc une procédure qui, bien qu'elle appartînt en droit strict à la Reine, relevait du Premier Ministre : il était admis que le Monarque ne s'oppose pas à la demande du Premier Ministre – déjà en 1887 le comte de Franqueville écrivait que « dans ce cas même où il semble que [la liberté du Monarque] soit absolue, combien de considérations l'entravent en réalité<sup>14</sup>. » Ainsi, le Premier ministre, en proposant à la Reine la dissolution, pouvait, de façon plus ou moins unilatérale, modifier le jeu politique soit parce qu'il rencontrait une opposition au sein de la Chambre des Communes, soit pour avancer la date des élections à un moment favorable pour son parti. De même, le Premier Ministre, du fait des conventions, devait demander la dissolution de la Chambre dès lors que l'opposition avait déposé un vote de confiance (*vote of no confidence*), comme cela est arrivé en 1979 – à un vote près.

#### B – LE FTPA COMME RÉPONSE AU DÉSÉQUILIBRE DE L'ANCIEN DROIT DE DISSOLUTION

Pour nombre de parlementaires, le fait que cette procédure soit globalement au service du Premier ministre conférait un pouvoir excessif à ce dernier, ce qui ne pouvait les satisfaire considérant qu'il était, depuis plusieurs décennies, question d'une Chambre soumise à l'Exécutif<sup>15</sup>. En

13. C'était en effet une requête : J. A. G. Griffith, M. Ryle, *Parliament. Functions, Practice, Procedures*, Sweet & Maxwell, 1989, p. 43 : « The occasion for a dissolution is the request by the Prime Minister to which the Sovereign accedes ».

14. Comte de Franqueville, *Le gouvernement et le parlement britanniques*, T. I. J. Rothschild, 1887, p. 289. C'est une chose qui était bien évidemment admise par les auteurs contemporains, tels que A. V. Dicey, par exemple.

15. Cette soumission à l'exécutif, c'est-à-dire au gouvernement, s'explique par l'accroissement des domaines dans lesquels il est attendu que celui-ci intervienne et le développement du jeu majoritaire à partir de la deuxième moitié de XIX<sup>e</sup> siècle. Pour davantage de dévelop-

effet, le contrôle de la date des élections<sup>16</sup> par le Premier ministre permettait le maintien presque total d'une majorité ; c'est ainsi que les Conservateurs ont pu rester à la tête de l'Exécutif pendant près de dix-huit années à partir de 1979, et les Travailleurs pendant près de quatorze années, à la suite de l'année 1997. C'est en réaction à cela que les Libéraux-Démocrates arrivés au pouvoir, grâce à une coalition dirigée par les Conservateurs, ont voulu modifier la procédure de dissolution. C'est avec le FTPA que cela a pu se faire.

Cette loi a tout simplement retiré le pouvoir de prérogative royale de dissolution au Monarque et a, par conséquent, tenté de rendre le Premier ministre incompetent en termes de dissolution de la Chambre basse. En effet, avec le FTPA, le Premier ministre a perdu la possibilité de décider de la date des élections en dissolvant la Chambre des Communes en ce sens que la dissolution ne peut se faire que si la Chambre le décide elle-même aux deux-tiers des membres<sup>17</sup>, ou si la Chambre vote une motion indiquant qu'elle n'a plus confiance en le gouvernement et qu'aucun nouveau gouvernement n'a été formé dans les quatorze jours suivants<sup>18</sup>. Nous rejoignons alors Armel Le Divillec, lorsqu'il écrit que « l'un des instruments ayant permis le développement du *Prime-Minister-System* typique du système de Westminster est ainsi pour le moins ébréché<sup>19</sup>. » En retirant au Premier ministre (formellement au Monarque) la possibilité de dissoudre la Chambre des Communes, le FTPA a fait disparaître l'une des dernières prérogatives royales qui avait une importance certaine dans le jeu institutionnel britannique. C'est pour cela que Dorothee Reignier précise que par le FTPA, « l'une des dernières prérogatives royales disparaît, tandis que le Premier ministre se voit retirer une part déterminante de son pouvoir<sup>20</sup>. » Toutefois, si le FTPA a pu convenir à un gouvernement de coalition en instaurant une majorité aux deux-tiers des députés pour le vote de l'autodissolution de la Chambre, cela n'était qu'en raison de perspectives partisans limitées dans le temps. En ce sens, la loi de 2011 « tenait davantage à des considérations politiques à court terme qu'à une évaluation des principes constitutionnels<sup>21</sup> ». Par

pements sur ce point, voir notamment H. Laski, *Reflections on the Constitution* (1951), New York, Routledge, rééd. 2015, chap. VIII.

16. Dans le cadre de la limite de la durée d'une législature selon les termes du *Parliament Act 1911*.

17. Section 2 ; (1) (a).

18. Section 2 ; (3) (b).

19. A. Le Divillec, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-term Parliaments Act 2011* et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », art. cit.

20. D. Reignier, « Le *Fixed-Term Parliaments Act 2011*. La révolution à l'anglaise », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, n° 3, p. 627.

21. House of Lords, Select Committee on the Constitution, *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, H L Paper 100, 19 novembre 2021. Disponible en ligne : <https://committees.parliament.uk/publications/7900/documents/82004/default/> : « We said that the Bill

ce manque de considération des principes constitutionnels, propres au parlementarisme britannique, le législateur de 2011 a pris le risque d'introduire une « rigidité qui pourrait être préjudiciable en période de crise<sup>22</sup> ».

Seulement, si cette rigidité ne restait que théorique en 2011, la crise constitutionnelle liée au *Brexit* a clairement montré l'ampleur de celle-ci. La difficulté de réunir le vote des deux-tiers des membres a été spectaculairement illustrée lors des premiers mois de Boris Johnson à la tête du gouvernement. Une rigidité telle qu'au bout de plusieurs échecs pour réunir les voix suffisantes, le gouvernement a tout simplement dû contourner le FTPA pour sortir d'un blocage institutionnel. Cela a pu se faire par l'adoption d'une loi autorisant un scrutin le 12 décembre 2019<sup>23</sup> : c'est le *Early Parliamentary General Election Act 2019*<sup>24</sup>, qui a permis la tenue des élections générales. L'avantage d'un tel contournement était, bien entendu, de pouvoir décider l'élection anticipée à une majorité simple, et non plus aux deux-tiers. Dès lors, cette crise est l'un des exemples qui a permis d'identifier les défauts dont souffre le FTPA. En voulant sortir du modèle parlementaire soumis à l'autorité imposante du Premier ministre, la législature de 2010 a en réalité contribué à bloquer le système parlementaire britannique – et, signe de la faiblesse de la loi de 2011, il est possible de noter avec Aurélien Antoine que les réflexes constitutionnels « ont repris le dessus<sup>25</sup> ». Il n'a même pas fallu dix années pour qu'un contournement de cette loi ait lieu. Ainsi, si le FTPA a pu être l'expression de l'esprit du monde juridique de son temps, la crise du *Brexit* a permis d'identifier un retour à l'esprit pré-FTPA. C'est ainsi que la législature actuelle, sous l'impulsion du gouvernement de Boris Johnson, a souhaité retourner à une situation qui privilégiait l'harmonie institutionnelle et, de ce fait, sortir d'une organisation pouvant créer de nouveaux blocages, dangereux dans une période comme celle du *Brexit*. Une première proposition de loi – *private member's bill* – tendant à l'abrogation du FTPA a été déposée par Lord Mancroft<sup>26</sup> le 3 février 2020, soit très peu de temps après le

owed more to short-term political considerations than an assessment of constitutional principles ».

22. D. Reignier, art. préc., p. 629.

23. V. en ce sens : A. Antoine, « 2016-2019 : un cycle de crise politique marquant la résilience du parlementarisme britannique », *JP Blog*, 17 décembre 2019. Disponible en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2019/12/17/2016-2019-un-cycle-de-crise-politique-marquant-la-resilience-du-parlementarisme-britannique-par-aurelien-antoine/>.

24. 2019 c. 29.

25. A. Antoine, art. cit.

26. V. à ce sujet le billet de L. Verdet, « L'abrogation du *Fixed-term Parliaments Act* : rendre à la reine ce qui appartient à la reine », *JP Blog*, 7 octobre 2020. Disponible en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2020/10/07/labrogation-du-fixed-term-parliaments-act-rendre-a-la-reine-ce-qui-appartient-a-la-reine-par-lucas-verdet/>.



début de la nouvelle législature. Toutefois, cette proposition de loi n'a pas dépassé la deuxième lecture au sein de la Chambre des Lords, chambre de dépôt de la proposition. Si cette proposition était attendue, elle n'en restait pas moins audacieuse. Elle souffrait cependant d'une difficulté, soulevée par Lucas Verdet<sup>27</sup>, à savoir ce que devenait la prérogative de dissolution : reverrait-elle *ipso facto* le jour ou le pouvoir de dissolution accordé à la Reine ne serait-il qu'un pouvoir accordé par le législateur ? Le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* entend trancher cette question en affirmant le statut du pouvoir de dissolution.

## II – LA PRÉROGATIVE DE DISSOLUTION : UN « LAZARE » DU DROIT CONSTITUTIONNEL BRITANNIQUE

C'est par la section 2 que le gouvernement entend « ressusciter » la prérogative de dissolution. Cette section dispose que :

(1) Peuvent être exercés à nouveau, comme si le *Fixed-term Parliaments Act 2011* n'avait jamais existé, les pouvoirs relatifs à la dissolution du Parlement ainsi qu'à la convocation d'un nouveau Parlement, qui étaient exerçables en vertu de la prérogative de Sa Majesté immédiatement avant l'entrée en vigueur du [FTPA]<sup>28</sup>.

Ce (1) est édifiant tant il est novateur. Jamais auparavant le législateur britannique n'avait entrepris de faire renaître un pouvoir de prérogative royale ; bien au contraire il était plusieurs fois intervenu pour réduire ces pouvoirs : c'était d'ailleurs l'intervention la plus courante de celui-ci concernant la prérogative royale<sup>29</sup>. Cet aspect novateur a été relevé par les parlementaires eux-mêmes. En effet, le rapport du *Select Committee on the Constitution* de la Chambre des Lords précise en son paragraphe 8 que « faire renaître des pouvoirs de prérogative par un *statute* est une innovation et est, par conséquent, d'une importance constitutionnelle considérable<sup>30</sup>. » C'est bien cette importance constitu-

27. *Idem*.

28. « (1) The powers relating to the dissolution of Parliament and the calling of a new Parliament that were exercisable by virtue of Her Majesty's prerogative immediately before the commencement of the Fixed-term Parliaments Act 2011 are exercisable again, as if the Fixed-term Parliaments Act 2011 had never been enacted ».

29. Cf. A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 88.

30. HL Select Committee on the Constitution, *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, 19 novembre 2021, § 8 : « Reviving prerogative powers by statute is an innovation and is therefore of considerable constitutional significance ». Voir également *Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act*, Report, Session 2019-21, § 104 : « This is a novel approach. While governments have frequently legislated to supersede prerogative powers in the past, this is the first statute intended to revive prerogative powers ».

tionnelle qui mérite notre attention, car s'il y a des interrogations quant à la nature de la prérogative de dissolution rétablie, il faut aussi s'interroger sur le recours au législateur pour ce faire. Ce sont effectivement ces deux questions qui doivent être dans notre esprit face à cette nouvelle loi : comment appréhender une telle intervention, d'une part, et, d'autre part, quelle en est la portée et quelle sera la nature de cette prérogative ?

#### A – UNE INTERVENTION NOVATRICE DU PARLEMENT

Tout d'abord, le Parlement n'avait jamais décidé de faire revivre un pouvoir de prérogative royale, tel qu'il existait avant qu'une loi ne le supprimât. L'action habituelle du Parlement en la matière était donc la réduction desdits pouvoirs. Ainsi, la loi de 2011 est un exemple typique du cadre de l'intervention du législateur vis-à-vis de la prérogative royale. Ici, toutefois, le Parlement se trouve dans le rôle exactement inverse : il réinstaura le pouvoir de prérogative. La question soulevée par une telle intervention de la législature est directement liée à la question suivante portant sur la nature de la prérogative ainsi rétablie.

Les prérogatives royales ont toujours été, et sont encore considérées, comme étant des créations de la *common law* ; une telle définition exclut une quelconque création par le Parlement. Le système juridique britannique distingue bien la *common law*, que l'on associe au juge, du *statute law*, qui est de création parlementaire – c'est-à-dire la loi. La prérogative royale est alors reconnue comme émanant de la *common law*. Keir et Lawson précisent ainsi que :

les pouvoirs ici mentionnés [la prérogative royale] sont ceux dont jouit le Roi en vertu de la *common law*, et qui ne lui sont pas attribués par *statute*. La reconnaissance de tels « droits et capacités » par la *common law* implique que la *common law* définit également leur nature ainsi que leur étendue<sup>31</sup>.

En rétablissant la prérogative de dissolution, le Parlement dérange quelque peu cet ordonnancement classique des choses. Cela est à tel point reconnu dans le droit constitutionnel britannique que, voici un siècle, dans la décision *A.-G. vs De Keyser's Royal Hotel*, Lord Moulton laissa clairement comprendre que dès lors qu'un *statute* étend les pouvoirs de la prérogative royale – ici en temps de guerre – ces pouvoirs ne sont plus véritablement apparentés à la prérogative :

31. D. L. Keir, F. H. Lawson, *Cases in Constitutional Law*, Oxford, Clarendon Press, 5<sup>e</sup> éd., 1967, p. 72 : « the powers here in question are those enjoyed by the King at common law, and not conferred on him by statute. The recognition of such extraordinary 'rights and capacities' by the common law implies that the common law also defines their nature and extent ».

cela [le *statute*] a donné à la Couronne des pouvoirs fondés sur la loi [*statutory powers*] qui rendent l'exercice de cette prérogative non nécessaire, pour cette raison que les pouvoirs conférés à la Couronne par la loi [*statutory powers*] sont plus importants et plus complets que ceux de la prérogative même<sup>32</sup>.

Ainsi, non seulement le pouvoir de prérogative est considéré comme n'existant qu'en vertu de la *common law*, mais également dès que le Parlement intervient pour élargir ce pouvoir, il n'est plus considéré comme étant un pouvoir de prérogative.

Le rôle du Parlement à l'égard de la prérogative royale est alors un rôle proprement négatif : il ne peut que la réduire ou, en l'élargissant, la dénaturer et lui donner une nature législative. C'est une position confirmée par la décision *R (Miller) vs Secretary of State for Exiting the European Union*, au paragraphe 48 : « Dès lors, et en cohérence avec la souveraineté parlementaire, un pouvoir de prérogative, tout aussi bien établi soit-il, peut être limité ou supprimé par un *statute*<sup>33</sup>. » L'intervention du Parlement de 2019 pour faire renaître un pouvoir de prérogative abrogé en 2011 est donc des plus étranges au regard de l'histoire constitutionnelle britannique. Néanmoins, la section 2 de la loi ici étudiée tend ni plus ni moins à faire revivre le pouvoir de prérogative par le mode parlementaire.

Toutefois, il y a une particularité ici dans l'intervention du Parlement qui guidera les développements subséquents. Dans la jurisprudence *Keyser's Royal Hotel* ou dans les propos de Keir et Lawson, il était question soit de l'élargissement d'un pouvoir déjà admis – élargissant le fondement juridique de l'action royale –, soit d'une création pure par une loi parlementaire. Ici le cas est tout à fait différent : il n'est ni question d'élargissement d'un pouvoir ni même d'une pure création. Le Parlement tend simplement à corriger sa propre action, c'est-à-dire la suppression des pouvoirs royaux par le FTPA, en abrogeant ce dernier (section 1). La section 2 prévoyant le retour de la prérogative de dissolution ne prétend donc pas être créatrice mais simplement *confirmer* le retour à la situation avant l'entrée en vigueur du FTPA. C'est ce qu'indique Lord Norton of Louth<sup>34</sup> dans un débat au sein de la Chambre des Lords : « la section 2

32. House of Lords, *A.-G. vs De Keyser's Royal Hotel*, 1920 A.C. 508 : « it has given the Crown statutory powers which render the exercise of that prerogative unnecessary, because the statutory powers that have been conferred upon it are wider and more comprehensive than those of the prerogative itself ». Voir D. L. Keir, F. H. Lawson, *op. cit.*, p.125.

33. *R (Miller) vs Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, § 48 : « Thus, consistently with Parliamentary sovereignty, a prerogative power however well-established may be curtailed or abrogated by statute ».

34. Lord Norton of Louth est un professeur de science politique, qui a largement écrit sur la Constitution britannique et sur le droit parlementaire britannique. Il a notamment écrit un article portant sur le FTPA, dans la revue *Pouvoirs*. Voir P. Norton, I. Richet, « Une innovation constitutionnelle : des législatures à durée déterminée au Royaume-Uni », *Pouvoirs*, n° 141, p. 145-155.

visé à lever tout doute concernant son [la prérogative royale] existence<sup>35</sup>. » La section 2 ne serait donc là que pour confirmer une situation souhaitée, c'est-à-dire confirmer que par l'abrogation du FTPA la prérogative royale relative à la dissolution renaît. Toutefois, et la suite des propos de Lord Norton of Louth semble suggérer la même chose, en précisant le retour effectif de la prérogative royale de dissolution la loi rend ambigu son statut. Si donc l'intervention du Parlement à cet égard est plus ou moins admise par les acteurs institutionnels, quoiqu'elle soit une nouveauté historique, elle rend la nature de la prérogative royale en question assez floue.

#### B – UN POUVOIR À LA NATURE AMBIGUË

Il s'agit ici de la question principale soulevée par la section 2, et qui, une fois mise en lien avec la section 3, pose un certain nombre de problèmes d'un point de vue aussi bien théorique que pratique. Il y a en effet une difficulté théorique dans le fait de prévoir, par *statute*, le retour d'un pouvoir de prérogative royale : nous avons vu que dès que le Parlement intervient pour élargir un tel pouvoir, celui-ci change de nature, il quitte le domaine de la simple prérogative pour arriver dans le domaine législatif. Toutefois, le gouvernement a, par cette section, simplement voulu confirmer le retour du pouvoir de prérogative par l'abrogation du FTPA. Tout en prétendant ne faire qu'affirmer ce qui est évident<sup>36</sup>, le gouvernement a néanmoins offert un fondement législatif à la nouvelle prérogative : celle-ci ne retrouverait son existence qu'en raison de cette section. C'est ici que deux interprétations de cette situation naissent : la première prétend que, parce qu'il s'agit d'un pouvoir qui ne retrouve son existence qu'en raison d'un *statute*, le pouvoir de prérogative n'en est pas réellement un, mais plutôt est un pouvoir qui a un fondement législatif ; la seconde interprétation prétend au contraire que la section 2 ne fait que préciser le retour à la situation qui existait avant le FTPA et que, dès lors, le pouvoir de prérogative en est bien un. La seconde interprétation se justifierait par le fait que le Parlement n'a en réalité qu'abrogé le FTPA et souhaite un retour à la situation précédente : c'est donc une simple annulation de l'action du Parlement de 2010. Il convient d'étudier plus attentivement ces deux interprétations.

Pour ceux qui s'opposent à ce que la loi en question entend faire, il paraît évident que la prérogative royale de dissolution, qui a été supprimée, ne peut pas renaître, et cela encore moins par voie législative. La Commission d'administration publique et des affaires constitutionnelles,

35. HL Hansard, vol. 816, col. 1307 : « Clause 2 seeks to remove doubt as to its existence ».

36. *Ibidem*, Lord True, col. 1334 et 1335.

dans une lettre adressée à la ministre alors en charge du projet, Chloe Smith<sup>37</sup>, note que la source du pouvoir de dissolution est peu claire. Cette même commission cite notamment Daniel Greenberg<sup>38</sup>, qui est assez clair quant à la nature de ce pouvoir. Selon lui, le pouvoir tel que prévu par le projet de loi (au moment où il s'exprimait) ne repose plus sur la prérogative royale, pour cette simple raison que sa seule existence provient d'un *statute* et non plus de la *common law*, moyen d'existence traditionnel de la prérogative royale. En effet, il précise que :

la réalité est que les pouvoirs de prérogative de dissolution du Parlement devront désormais leur existence continue à un *statute*, précisément la section 2(1) de l'avant-projet de loi. Ce projet de loi, si jamais il est voté, incitera les cours à se comporter comme si le pouvoir de prérogative n'était pas converti en un pouvoir fondé sur la loi, et n'avait jamais été réduit. Mais en raison d'un fait historique que l'on ne peut modifier, le pouvoir de dissolution accordé à la Couronne *devra* désormais son existence à la loi, pour cette simple raison que ce pouvoir était réduit, et ensuite rétabli, par un *statute*<sup>39</sup>.

Dès lors, on aperçoit la première position concernant la section 2 : la prérogative en la matière, parce qu'elle a été réduite (voire supprimée) par le FTPA, ne peut pas renaître en tant que prérogative par une loi. Si tel est le cas, il ne s'agira plus d'une prérogative royale au sens décrit par Keir et Lawson, mais ce ne sera qu'un pouvoir accordé à la Couronne, en vertu d'une loi. C'est cette même position qu'a défendue Anne Twomey<sup>40</sup> devant la commission mixte sur le FTPA. En effet, cette dernière précise que le :

Parlement peut, en votant une loi, abolir la prérogative. Si tel est le cas, il ne peut pas créer une nouvelle prérogative, ni même la faire renaître en tant que prérogative, pour cette raison que par définition une prérogative est un pouvoir non-législatif de l'exécutif. Mais si la source de ce pouvoir est désormais

37. Disponible en ligne : <https://committees.parliament.uk/publications/6905/documents/72577/default>. Chloe Smith était *Minister for the Constitution and Devolution* jusqu'au 15 septembre 2021. Elle a été remplacée à ce poste par Nigel Adams, *Minister of State without Portfolio*, rattaché au *Cabinet Office*.

38. D. Greenberg est un avocat britannique. Il est également *Counsel for Domestic Legislation* auprès de la Chambre des Communes.

39. D. Greenberg, FTP0010 : « The reality is that the restored prerogative powers of dissolution of Parliament will now owe their continued life to a statute, namely section 2(1) of the Draft Bill. That Bill if enacted will direct the courts to behave as if the prerogative power were not converted into a statutory one but had never been diminished. But as a matter of incontrovertible historical fact the continued power of dissolution vested in the Crown will now be owed to statute, simply because it was previously diminished, and then restored, by statute ». Disponible en ligne : <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/21354/html/>.

40. A. Twomey est une professeure de droit constitutionnel à l'Université de Sydney, en Australie.

une loi – si c'est une loi [qui fait renaître la prérogative] – alors, c'est, de nature, un pouvoir législatif<sup>41</sup>.

Ainsi, selon cette position la loi en sa section 2 ne ferait pas véritablement renaître la prérogative royale, mais créerait un pouvoir royal qui a pour fondement une loi. Le gouvernement était toutefois confronté à deux possibilités ; il aurait pu simplement abroger le FTPA sans ajouter cette deuxième section. En suivant une telle voie, il se serait rangé derrière l'hypothèse présentée dans *R (Miller) vs Secretary of State for Exiting the European Union*, selon laquelle l'abrogation d'une loi abrogeant une prérogative pourrait *peut-être* faire renaître la prérogative en question<sup>42</sup>. Toutefois, cette hypothèse présentait trop de risques et d'incertitude aux yeux du gouvernement, qui a voulu préciser le devenir du pouvoir de prérogative. C'est en faisant cela que la nature du pouvoir prévu à la section 2 est devenue ambiguë. Ne rien préciser aurait créé un flou juridique<sup>43</sup> ; le préciser crée un débat quant à la nature dudit pouvoir. Cependant, le gouvernement reste attaché à la deuxième interprétation du problème : il s'agit bien de faire renaître le pouvoir de prérogative intact.

« Le gouvernement, aux dires de Lord True, est convaincu que les pouvoirs de prérogative peuvent être rétablis », et c'est afin de rendre cela évident que la section 2 a vu le jour<sup>44</sup>. C'est par l'hypothèse présentée dans la décision *Miller I* que le gouvernement justifie sa position. À la seule différence que pour se débarrasser d'un quelconque flou juridique,

41. H. C, Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act, *Oral evidence*, 21 janvier 2021, Q 195 : « Parliament may, by enacting a statute, abolish the prerogative. If it does so, it cannot create a new prerogative, or revive it as prerogative, because by definition a prerogative is a non-statutory Executive power. But if the source of this power is now statute –if it is statute that does the kiss, the revival– then it is, of its nature, a statutory power ». Disponible en ligne : <https://committees.parliament.uk/oralevidence/1549/html/>.

42. *R (Miller) vs Secretary of State for Exiting the European Union*, § 115 : « if prerogative powers are curtailed by legislation, they may sometimes be reinstated by the repeal of that legislation, depending on the construction of the statutes in question ».

43. En effet, il serait survenu le même problème que celui qu'avait soulevé L. Verdet dans l'article que nous avons mentionné plus haut. Les articles 15 et 16 du *Interpretation Act 1978* prévoient que l'abrogation d'une abrogation ne fait pas renaître la situation juridique initiale, sauf si cela est mentionné expressément. Toutefois, dans *Miller I*, § 115, le cas de la prérogative royale semblait se distinguer de l'application simple du *Interpretation Act 1978*. Ainsi, en mentionnant le rétablissement de la prérogative de dissolution, le Gouvernement sort du cadre du *Interpretation Act 1978* et le flou juridique de la proposition de loi de Lord Mancroft est, *a priori*, dépassé, et l'hypothèse de *Miller I* réglée. De plus, cela aurait soumis le législateur à une incertitude que seuls les juges auraient été en mesure de régler. Or, comme nous le verrons, le législateur a tout mis en place afin que les juges ne puissent pas intervenir en la matière.

44. H. L Hansard, préc., col. 1334 : « The Government are confident that the prerogative powers can be revived but, as was said by a number of noble Lords, to make express provision to do so is the intent and effect of Clause 2 ».

l'exécutif a pensé bon de l'affirmer dans le texte de la loi. Ainsi, le gouvernement ne perçoit pas la section 2 comme étant une disposition donnant un fondement législatif aux futurs pouvoirs de la Couronne. Tout au contraire cette disposition ne fait que dire *ce qui est* et *sera*. Pour le faire le plus clairement possible, le législateur a donc souhaité préciser qu'il faudra que le FTPA soit considéré comme n'ayant jamais existé. En rajoutant cela, l'intention est bien de contourner toute controverse concernant la nature même du pouvoir : si la loi précise qu'il faut agir comme si le FTPA n'avait jamais existé, alors la question ne devrait pas se poser. C'est pour cela que Sir Stephen Laws<sup>45</sup> note que « il ne sera pas possible de distinguer le droit de ce qu'il était avant [le FTPA]<sup>46</sup>. » La position du législateur est donc assez simple en substance : la prérogative peut être rétablie par l'abrogation du FTPA, mais, pour rendre les choses claires, il a pensé bon de préciser que l'on revenait à la situation pré-FTPA, comme si celui-ci n'avait pas existé. Toutefois, cette position, si simple ainsi expliquée, soulève un problème majeur : le législateur peut-il tout simplement rétablir n'importe quelle prérogative de la même manière qu'il le fait ici ?

En effet, par sa simplicité la solution du législateur a de quoi faire peur. Les pouvoirs de prérogative royale, créations de la *common law*, peuvent être limités ou supprimés par une loi. Cependant, si l'on suit le mécanisme ici employé, le gouvernement et donc, plus exactement, le Parlement, peut revenir sur toute loi abrogeant un pouvoir de prérogative royale en précisant qu'il faut se comporter comme si la loi en question n'avait jamais existé. Quand bien même le législateur souhaite que l'on considère cela comme un simple retour en arrière, il n'empêche que les pouvoirs de prérogative royale ainsi rétablis ne semblent plus véritablement trouver leur fondement dans la *common law*. Théoriquement, une telle position – quoique risquée – peut être maintenue si l'on revient à une vision orthodoxe de la souveraineté parlementaire. En effet, si le Parlement est souverain alors il peut rétablir un pouvoir de prérogative royale qu'il avait alors abrogé : il faudra donc considérer le Parlement comme étant simplement revenu sur son action précédente – la suppression du pouvoir en question. Il faut alors attendre et voir si une telle manœuvre reste isolée dans le temps ou si elle devient une manière récurrente de faire renaître des pouvoirs de prérogative royale depuis longtemps supprimés. On aperçoit ici un conflit qui existe déjà depuis quelques décennies dans la pensée juridique britannique : il s'agit d'une opposition entre la *common law* et le Parlement. Un conflit dont la source

45. S. Laws, qui écrit aujourd'hui des articles sur le droit constitutionnel et parlementaire britanniques, était *First Parliamentary Counsel*, de 2006 à 2012.

46. H. C., Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act, *Oral evidence*, 21 janvier 2021, Q 1 : « the law will then be indistinguishable from what it was before ».

est le fait de savoir laquelle de ces deux institutions doit prendre le pas sur l'autre – tension que l'on retrouve dans les deux écoles doctrinales majoritaires aujourd'hui : le *common law constitutionalism* et le *political constitutionalism*. Pour la première toute difficulté constitutionnelle peut, et doit être réglée *juridiquement*, c'est-à-dire par le juge (la *common law*) ; pour la seconde, nombre des difficultés constitutionnelles sont politiques, et doivent donc être réglées au sein du Parlement. Si ces deux écoles s'opposent non pas sur la nature des pouvoirs de prérogative royale, mais sur la façon de penser le droit constitutionnel, on retrouve néanmoins cette querelle entre la *common law* et le Parlement. Cela deviendra encore davantage apparent à l'étude de la section 3 du *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*.

Pour les membres du gouvernement en charge du projet, cependant, ces considérations théoriques ne sont d'aucune utilité pratique. La seule chose qu'il faut savoir est que la situation juridique est, à leurs yeux, celle qui avait cours avant le FTPA – nonobstant la nature du pouvoir accordé à la Couronne<sup>47</sup>. Il n'est pas possible, à notre sens, de rejoindre une telle interprétation de la situation. En effet, la nature du pouvoir rétabli a de quoi modifier grandement la façon des juges d'interpréter la troisième section de la loi, qu'il convient d'étudier ici.

### III – UNE *OUSTER CLAUSE* PROBLÉMATIQUE OU LE TRAUMATISME DE *MILLER II*

La section 3 de la loi ici en question exclut tout simplement de l'office du juge tout litige *en lien* de près ou de loin avec la dissolution. La troisième section prévoit que :

3. Une juridiction<sup>48</sup> [court or tribunal] ne peut connaître des litiges relatifs (a) à l'exercice ou l'exercice présumé [purported]<sup>49</sup> des pouvoirs dont il est fait référence à la section 2,

47. House of Lords, Select Committee on the Constitution, préc., § 11 : « The Government believes that there is no legal uncertainty. Regardless of whether the power to dissolve Parliament is founded on a revived prerogative power or in statute, clause 2, in its view, clearly instructs the courts to treat the power as if it is a prerogative power. In addition, the Government argues that any lack of certainty as to the nature of the power of dissolution has no practical importance ».

48. Le terme *tribunal* que nous trouvons dans la loi en question n'étant que très difficilement traduisible en français, nous avons fait le choix de traduire « *court or tribunal* » par le terme « juridiction » regroupant les deux sans pour autant commettre une imprécision dans la traduction concernant le second terme.

49. Par l'expression « *purported* », que nous traduisons par présumé, il faut comprendre : les décisions ou l'exercice des pouvoirs en question qui seraient considérés comme étant invalides ou nuls, pour cette raison qu'ils ont pour fondement une erreur de droit ; Lord



- (b) à une décision ou une décision présumée [*purported*] en lien avec lesdits pouvoirs, ou  
 (c) aux limites ou l'étendue des pouvoirs susvisés<sup>50</sup>.

C'est ce qui est appelé en droit britannique une *ouster clause*, c'est-à-dire une clause qui exclut la compétence du juge dans une matière donnée. L'*ouster clause* qui est prévue par cette loi est cependant surprenante tant sa portée est large<sup>51</sup>. En effet, le législateur ne fait pas simplement qu'écarte les litiges immédiatement relatifs à la dissolution, mais bien tout litige portant sur une décision effectivement, ou présumée [*purported*], en lien avec l'exercice effectif, ou présumé [*purported*], du pouvoir de dissolution. Le législateur empêche même le juge de déterminer les limites ou l'étendue des pouvoirs en question. Les points (a) et (b) limitent grandement le rôle des juridictions, mais ressemblent à des *ouster clauses* classiques, bien que la matière en question soit particulière par son importance constitutionnelle<sup>52</sup>. La dernière disposition de la section 3 est celle qui retiendra le plus notre attention. En effet, le (c) de cette section n'est pas sans poser un problème dès lors que l'on revient sur nos propos précédents. En précisant que les pouvoirs de prérogative sont des reconnaissances de la *common law*, Keir et Lawson ajoutent que cela « implique que la *common law* définit également leur nature ainsi que leur étendue<sup>53</sup> ». S'immisce alors ici une difficulté : le législateur tend à rétablir le pouvoir de prérogative royale relatif à la dissolution du Parlement, qui est un pouvoir dont la nature et l'étendue peuvent, au regard de l'histoire, être définies par le juge de *common law*, au sens de

True précise cela : « purported exercises of power or decisions refer to things that would be considered by a court to be invalid or a nullity and therefore not a real exercise of power or decision because they have been done on the basis of an error of law. The courts have noted that this could arise where, for example, a decision is made outside the limits of relevant power or without taking into account a relevant consideration ». Voir H. L. Hansard, préc., col. 1280.

50. « A court or tribunal may not question  
 (a) the exercise or purported exercise of the powers referred to in section 2,  
 (b) any decision or purported decision relating to those powers, or  
 (c) the limits or extent of those powers ».

51. L'exclusion du juge par le Parlement n'est pas une nouveauté ici en tant que telle. L'exemple phare qu'il est possible de citer est le *Bill of Rights 1689* qui, dans son article 9 prévoit « que la liberté de parole, des débats et des procédures dans le sein du Parlement, ne peut être entravée ou mise en discussion en aucune Cour ou lieu quelconque en dehors du Parlement lui-même » (trad. Digithèque MJP). Toutefois, la particularité de l'*Act* ici étudié est qu'il exclut le juge pour quelque chose qui ressort de son office. Voir les propos précédents sur Keir et Lawson.

52. Pour des réflexions intéressantes sur ces deux dispositions, voir Law Society of Scotland, *The Dissolution and Calling of Parliament Bill*, mai 2021. Disponible en ligne : <https://www.lawscot.org.uk/media/371101/03062021-second-reading-briefing-on-the-dissolution-and-calling-of-parliament-bill.pdf>.

53. V. note 25. Nos italiques. V. également *Proclamation's Case* (1611) 12 Co Rep 74, 76.

la définition de Keir et Lawson. Toutefois, le législateur exclut même ce type de recours par l'*ouster clause* prévue dans la section 3 de la loi.

Par cette dernière le Parlement a entendu exclure tout type de *judicial review* (contrôle juridictionnel)<sup>54</sup> relatif à la dissolution, le (c) est l'élément qui prétend empêcher presque totalement toute action du juge. Ainsi que le précise le *Select Committee*,

la [section] 3(c) est formulée d'une façon tellement claire qu'il est difficile, si ce n'est impossible, de voir comment elle peut être interprétée d'une telle manière qui préserve le *judicial review*, même dans les circonstances les plus extraordinaires<sup>55</sup>.

Face à une telle restriction, les membres du gouvernement en charge du projet de loi justifient ce choix en précisant que cette *ouster clause* n'est présente que pour rappeler « la position reconnue de longue date selon laquelle les pouvoirs de prérogative de dissoudre et convoquer le Parlement sont injusticiables<sup>56</sup>. » Cela soulève plusieurs points qu'il convient d'étudier.

#### A – UNE OUSTER CLAUSE PROBLÉMATIQUE COMME RÉPONSE AU TRAUMATISME DE MILLER II

Tout d'abord, si c'est une position qui est connue de tous les acteurs britanniques, il est étrange que le législateur ait pensé bon de rajouter cette *clause*, notamment si ce dernier a cherché à rendre la situation claire par la section 2 de la loi. C'est par la lecture de la section 3 que l'on aperçoit que la position des membres du gouvernement qui avaient la charge du projet de loi sur la nature des pouvoirs rétablis est plus que fragile. Si la situation avait été totalement claire, la *clause* empêchant toute forme de *judicial review* n'aurait pas été nécessaire – notamment lorsque l'on sait comme les juges traitent ces *clauses*, ainsi que nous le verrons plus loin. Toutefois, il est aisé ici d'apercevoir chez le législateur une forme de traumatisme causé par la décision *Miller II*<sup>57</sup>, qui portait

54. Par le *judicial review* est entendu le contrôle exercé par un juge sur la légalité d'un acte ou d'une décision. Nous faisons le choix de laisser le terme dans sa langue d'origine afin d'éviter toute confusion avec le contrôle juridictionnel tel qu'il est compris en France.

55. H. L. *Select Committee on the Constitution*, préc., § 18 : « Clause 3(c) is so clearly worded that it is difficult, if not impossible, to see how it could be interpreted to preserve judicial review, even in the most extraordinary circumstances ».

56. HL Hansard, Lord True, préc., col. 1279 : « Clause 3 restates the long-standing position that the prerogative powers to dissolve and call Parliament are non-justiciable ».

57. *R (on the application of Miller) vs The Prime Minister* [2019] UKSC 41. Voir la traduction de cette décision : C. Lageot, C. Castello, « Cour suprême du Royaume-Uni, 24 septembre 2019. *Miller versus Prime Minister*. Traduction intégrale », *Revue française de droit constitutionnel*, 2021, n° 125, p. 97-126 ; A. Duffy-Meunier, « L'affaire de la prorogation : *Miller* (N°2). L'annulation de la suspension du Parlement par la Cour suprême britannique », *Revue française de droit constitutionnel*, 2021, n° 125, p. 127-159.

sur l'utilisation du pouvoir de prérogative royale de « proroger » le Parlement britannique en septembre 2019. En effet, la décision *Miller II* a permis à la Cour suprême d'exercer un contrôle sur les limites et l'étendue du pouvoir de prérogative royale de proroger le Parlement. La Cour n'a pas cherché à savoir s'il y avait un *ultra vires*, mais simplement si, dans l'usage régulièrement fondé du pouvoir, il n'y avait pas eu un dépassement de l'étendue de ce dernier. C'est un développement de la jurisprudence britannique qui a été initié par la décision *GCHQ* – rendant justiciables certains actes relevant de la prérogative royale<sup>58</sup>.

C'est bien ce type de situation que le (c) vise à éviter. Lord True ne cache pas cette volonté d'éviter à tout prix une nouvelle décision semblable à *Miller II*. En effet, le Lord précise que

le Gouvernement a rédigé la [section] 3 en considération des différentes jurisprudences, y compris *Miller II*. C'est une réponse proportionnée qui cherche à lever absolument tout doute sur le fait que la Dissolution ne concerne pas les tribunaux<sup>59</sup>.

Toutefois, le législateur entend revenir au droit, tel qu'il était avant 2011. Une question à la fois pratique et théorique se dresse ici : la question de l'étendue de l'utilisation d'un pouvoir de prérogative n'avait jamais été aussi clairement posée avant la décision *Miller II*. Or, le cas de la prérogative royale de prorogation du Parlement a illustré la capacité des juges à contrôler l'étendue de l'utilisation d'un pouvoir de prérogative. La question n'était pas réglée en 2011 ; le cas *Miller II* laisse comprendre que la même solution pourrait s'appliquer au cas de la décision de dissolution. Le gouvernement ne tend donc pas seulement à revenir à l'état du droit de 2011 (et éclairé par la décision de 2019) : il cherche à éviter que la décision de la Cour suprême puisse être étendue à la dissolution du Parlement. C'est en ce sens que Lady Hale<sup>60</sup> précise que :

dans la décision *Miller/Cherry* [*Miller II*] il était question de l'étendue du pouvoir de prorogation. Si cette distinction s'appliquait également au pouvoir de dissolution en 2011, à propos de quoi je n'exprime aucune opinion, alors la [section] 3(c) supprime cette possibilité ; ce serait donc un changement<sup>61</sup>.

58. *CCSU v Minister for the Civil Service (GCHQ case)* [1984] UKHL 9. Pour le lien entre cette jurisprudence et la loi étudiée, v. également C. Saunier, art. cit.

59. *Ibidem*, col. 1336 : « The Government have drafted Clause 3 with regard to case law, including *Miller II*. It is a proportionate response that seeks to put beyond doubt that Dissolution is not a matter for the courts ».

60. Lady Hale, désormais *Lord Temporal*, était présidente de la Cour suprême britannique de 2017 à 2020.

61. H. C, Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act, *Oral evidence*, 21 janvier 2021, Q 111 : « We were talking about the extent of the prorogation power in the *Miller/Cherry* case. If that distinction applied in 2011, also to the Dissolution power,

Une telle *ouster clause* se justifie, aux yeux du législateur, par le fait que le pouvoir de dissolution est un pouvoir dont les litiges qui lui sont relatifs se règlent *politiquement*.

L'exclusion du juge équivaut donc au fait de faire de la dissolution une procédure purement politique : une procédure-hors-droit. L'esprit constitutionnel britannique, plus que tout autre peut-être, est ancré dans cette distinction parfois très stricte entre le monde juridique et la sphère politique. Cette *ouster clause* en est une expression particulièrement marquante : elle révèle, plus fondamentalement, les difficultés qu'il y a dans le fait d'ériger le juge en tant que critère de juridicité<sup>62</sup>. Dès lors que c'est au juge qu'est reconnue cette capacité, il devient difficile pour les autres institutions de maîtriser et appréhender son intervention. Ainsi, en réponse à cette difficulté la loi prétend exclure tout simplement de l'office du juge les questions relatives à la dissolution. Cette solution est une conséquence des difficultés théoriques omniprésentes dans la pensée britannique concernant la définition du droit, et a de quoi déplaire à certaines personnes. En effet, Lord Hope of Craighead précise que, ce « que cette disposition [s. 3(c)] cherche à faire est de retirer complètement cette protection [de la souveraineté parlementaire]. C'est pour cette raison que cela est non seulement imprudent, mais également dangereux<sup>63</sup>. » Dès lors, cette exclusion du juge est hautement problématique : tout d'abord elle entre en contradiction avec les pouvoirs historiquement reconnus au juge en termes de prérogative royale ; ensuite, l'inclusion du (c) semble rendre floue la position du législateur quant à la nature du pouvoir de dissolution rétabli ; enfin, et en lien avec l'idée précédente, si pour le gouvernement la nature du pouvoir rétabli n'a que peu de conséquences pratiques, cela peut bien évidemment changer l'attitude future des juges face à l'*ouster clause*.

Il a déjà été dit plus haut que l'affirmation du gouvernement selon laquelle la nature du pouvoir de dissolution n'emportait pas de conséquences pratiques ne saurait être totalement admise. Avant d'aller plus loin, il faut préciser que les juges britanniques n'ont jamais apprécié les *ouster clauses* imposées par le législateur. En effet, Paul Craig écrit que

l'attitude des juridictions à l'égard des *ouster clauses* s'est [...] durcie au cours de ces dernières années. Ainsi, la tentative du gouvernement

as to which I am not expressing an opinion, then clause 3(c) takes that away, so that would be a change ».

62. Voir la perspective du juriste de J. Raz in J. Raz, « The Problem About the Nature of Law », in G. Fløistad (dir.), *Contemporary philosophy. A new survey*, vol. 3, Dordrecht, Springer, 1982, p. 111-112 : « The law has to do with those considerations which it is appropriate for courts to rely upon in justifying their decisions ».

63. H. L. Hansard, Lord Hope of Craighead, préc., col. 1304 : « What this provision seeks to do is remove that protection altogether. That is why it is not only unwise but dangerous ».

d'inclure une *ouster* [clause] au sein d'une législation portant sur l'asile a provoqué une vague de protestation de la part des juges, ce qui au bout du compte a poussé le gouvernement à modifier la législation<sup>64</sup>.

C'est pour cette raison que le même auteur précise que la possibilité ou non d'une *ouster clause* excluant complètement le juge ne dépend pas de la possibilité en tant que telle, mais plutôt de l'attitude du juge face à une telle clause. En effet, notre auteur poursuit en écrivant : « [qu'il] soit possible ou non de concevoir une *ouster clause* qui exclurait le contrôle du juge est moins un problème sémantique qu'une question relevant de l'attitude des juges ainsi que la réponse législative »<sup>65</sup>. Il apparaît donc déjà que les juges britanniques ne sont que très peu favorables à ce type de clause. Dans une décision de 2019, Lord Carnwath a, par un *obiter dictum*<sup>66</sup>, expliqué la position qui pourrait être celle de la Cour suprême face à une clause tendant à réduire sa compétence. Le Lord Justice écrit au paragraphe 144 que

dans tous les cas, et nonobstant les mots employés, il devrait rester en définitive du ressort de la cour que de déterminer dans quelle mesure une telle clause doit être appliquée, compte tenu de sa finalité, du contexte de la législation, ainsi que la nature et l'importance du problème de droit en jeu, et de déterminer l'étendue du contrôle requis par la *rule of law*<sup>67</sup>.

De cet *obiter* il ressort que le juge pourrait en tout état de cause déterminer la portée qu'il faut accorder à une *ouster clause* : les simples mots employés par le législateur ne sauraient limiter pleinement l'intervention du juge. Lui seul est en mesure de déterminer la portée de l'*ouster clause* le visant. Lord Carnwath précise toutefois qu'une écriture claire de la clause peut rendre les juges plus coopératifs<sup>68</sup>.

Cela étant dit, il convient de noter que les juges étant potentiellement maîtres de l'interprétation des *ouster clauses*, leur attitude envers

64. P. Craig, *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2016, 8<sup>e</sup> éd., p. 880 : « The judicial attitude towards ouster clauses has however hardened over the years. Thus, the government's attempt to include an ouster in legislation relating to asylum provoked a storm of protest from the senior judiciary, which ultimately caused the government to amend the legislation ».

65. *Ibidem*, p. 799 : « Whether it would be possible to devise an ouster clause that excluded review is less a matter of semantics than of judicial attitude and legislative response ».

66. Cela n'est donc pas un précédent *stricto sensu*.

67. *R (on the application of Privacy International) vs Investigatory Powers Tribunal and others* [2019] UKSC 22, § 144 : « In all cases, regardless of the words used, it should remain ultimately a matter for the court to determine the extent to which such a clause should be upheld, having regard to its purpose and statutory context, and the nature and importance of the legal issue in question; and to determine the level of scrutiny required by the rule of law ».

68. *Ibidem*, § 111 : « Judicial review can only be excluded by "the most clear and explicit words" (Cart, para 31). If Parliament has failed to make its intention sufficiently clear, it is not for us to stretch the words used beyond their natural meaning ».

celle de la section 3 peut varier en ampleur dépendant de l'accord qu'il y a sur la nature des pouvoirs prévus par la section 2. En effet, c'est ici que nous trouvons l'intérêt pratique que le gouvernement a nié durant la procédure parlementaire vis-à-vis de la nature des pouvoirs rétablis. Dès lors que l'on considère que le pouvoir de dissolution est désormais un pouvoir législatif, les juges pourraient être davantage enclins à interpréter la *ouster clause* de la manière la plus lâche possible afin de s'autoriser à contrôler les décisions relatives à la dissolution, et même à reconnaître une erreur de droit, si la situation venait à se présenter<sup>69</sup>. La détermination de la nature du pouvoir en question ne pourra être réglée que si les juges venaient à se prononcer à cet égard. Si, toutefois ces derniers venaient à suivre de façon orthodoxe l'intention du législateur en combinant la section 2 et 3, il se pourrait que l'interprétation de la *ouster clause* soit réduite au minimum et qu'ils acceptent le rôle réduit, voire inexistant, que le Parlement souhaite leur réserver.

#### B – LE *DISSOLUTION AND CALLING OF PARLIAMENT ACT* RÉVÉLATEUR DE BOULEVERSEMENTS THÉORIQUES

En sus des éléments mentionnés ci-dessus, notons qu'il serait surprenant que les juges de *common law* acceptent aussi simplement qu'un pouvoir qu'ils doivent considérer comme relevant de la prérogative – et donc normalement déterminé par la *common law* – soit totalement exclu de leur ressort. En prétendant limiter aussi radicalement l'intervention des juges il semblerait que le législateur risque, au contraire, de les inciter à intervenir et à récupérer ce bout de compétence que l'histoire constitutionnelle leur a accordé depuis plusieurs siècles. Et cela, dans un domaine dans lequel les juges n'auraient peut-être jamais souhaité intervenir. Le Parlement semble donc ne pas avoir opéré cette réforme majeure de la façon la plus propice à l'émergence d'un accord unanime. Beaucoup risquent de s'opposer à la possibilité de faire renaître une prérogative royale, mais, surtout, nombreux sont ceux qui s'opposeront à une exclusion aussi importante de l'office du juge – qui a été perçu comme gardien de la démocratie en septembre 2019, avec la décision *Miller II*<sup>70</sup>. Le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* comporte deux aspects très importants qui chacun pour ses raisons mobilisera la communauté juridique et politique britannique. L'aspect théorique de

69. Pour une interprétation similaire, voir C. Saunier, art. cit.

70. Il serait néanmoins incorrect de dire que cet arrêt a été reçu positivement par l'ensemble de la doctrine. Voir en ce sens J. Finnis, « The unconstitutionality of the Supreme Court's prorogation judgment », *Policy Exchange*, 28 septembre 2019. Disponible en ligne : <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/The-unconstitutionality-of-the-Supreme-Courts-prorogation-judgment.pdf>.

cette loi nouvellement entrée en vigueur conditionnera à la fois la façon dont on peut comprendre la souveraineté du Parlement et la nature des pouvoirs de prérogative royale. L'aspect pratique, qui est en réalité une conséquence de la perspective théorique, conditionnera, quant à lui, les rapports que les juges entendent entretenir avec le gouvernement et le Parlement. La réunion de toutes ces considérations pousse, *in fine*, à s'interroger sur l'avenir de la vision du droit sous-jacente à la doctrine britannique : cette loi est en effet révélatrice de la tension dialectique qui existe entre la souveraineté du Parlement et le rôle du juge.

Nous touchons ici du doigt l'élément théorique le plus important dès lors que l'on s'intéresse au *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*. Il implique une redéfinition des rapports entre le juge et le Parlement. Rapports qui étaient depuis déjà fort longtemps soumis à un profond bouleversement. De plus en plus, les juges de *common law* sont intervenus dans des matières desquelles il était généralement convenu qu'ils étaient exclus. Il s'en est suivi une perte<sup>71</sup> de la souveraineté du Parlement britannique : cela est le résultat de décisions telles que *Factortame*<sup>72</sup>, *Thoburn*<sup>73</sup> *Miller I* et *Miller II*<sup>74</sup>, ainsi que de lois adoptées par le Parlement, comme le *Human Rights Act 1998*<sup>75</sup>, les différentes lois portant sur dévolution<sup>76</sup> et, bien qu'elle fût abrogée, la loi portant sur l'entrée dans la Communauté européenne.

De cet ensemble de développements, il ressort quelque chose d'important : la souveraineté du Parlement ne saurait être comprise telle qu'elle l'était jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle<sup>77</sup>. Toutes ces évolutions semblent avoir modifié les rapports qu'entretenaient ces deux institutions. Elles se trouvent donc au cœur de cette loi : la réaction des juges face à une telle *ouster clause* déterminera les rapports qu'ils entendent avoir avec le Parlement. De façon égale, cette loi est la tentative par le

71. N. Barber parle en ce sens de « mort silencieuse » de la souveraineté du Parlement. N. Barber, *The United Kingdom Constitution. An Introduction*, *op. cit.*, p. 68.

72. *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* [1990] UKHL 7.

73. *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195.

74. À côté de ces décisions s'en trouvent d'autres que nous ne pouvons mentionner au cours de cet article.

75. 1998, c. 42.

76. Voir en ce sens N. Barber, *The United Kingdom Constitution. An Introduction*, *op. cit.*, p. 290 sur l'existence de disposition limitant le Parlement britannique sur la dévolution dans le *Government of Wales Act 2006* (section A1) et dans le *Scotland Act 1998* (section 63A).

77. C'est-à-dire un Parlement qui est, théoriquement, limité par aucune loi extérieure à lui, aucune institution et qui ne saurait se limiter lui-même. C'est ce dernier point qui a été fortement remis en question avec l'adhésion à la Communauté européenne en 1972. Ainsi, le Parlement ne pouvait voir son action limitée par le juge – la primauté d'un autre droit n'était pas concevable –, et il n'existait aucune différence entre les différentes lois : c'est cela qui impliquait que toute loi pouvait être abrogée par une loi plus récente. Cela a donc été remis en question avec la décision *Thoburn*, et la théorie des lois constitutionnelles (*constitutional statutes*), qui ne peuvent être abrogées implicitement.

Parlement de retrouver un semblant de contrôle sur le jeu institutionnel britannique. Le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* est le symptôme même du fait que la souveraineté du Parlement telle que Dicey l'avait théorisée à partir de 1885<sup>78</sup> n'est plus la même. Plus que cela, cette loi est une tentative d'empêcher la juridictionnalisation des questions « politiques » : l'exclusion de l'office du juge en matière de dissolution du Parlement laisse entrevoir la volonté pour le Parlement de retourner à un véritable contrôle « politique » du gouvernement<sup>79</sup>. C'est une sorte de rejet du *common law constitutionalism* dont l'un des grands défenseurs était John Laws, qui siégea lors de décision *Thoburn*.

Fruit d'un déséquilibre institutionnel, cette loi implique un nombre important de répercussion concernant la compréhension de la Constitution britannique. Cette dernière a tellement évolué au cours de ces quarante dernières années qu'il n'est plus possible de l'étudier selon les principes posés par les auteurs classiques de droit constitutionnel. Toutefois, aucune autre lecture de la Constitution d'outre-Manche n'a su créer un consensus au sein de la doctrine : les écoles doctrinales s'opposent quant à la place à donner au Parlement ainsi qu'aux juges de *common law*. Cette nouvelle loi, en essayant de limiter l'action des juridictions de *common law*, entend rétablir un ordre constitutionnel passé. Cependant, la pérennité de ce rétablissement dépendra à la fois des juges (et de leur interprétation de l'*ouster clause* et donc de la nature du pouvoir de prérogative rétabli), du Parlement (et de son comportement vis-à-vis du gouvernement et des juges) et, de manière tout aussi importante, de la doctrine. Les implications de cette loi dépendent en effet en grande partie de la manière dont la doctrine essaiera de penser les rapports des différentes institutions : c'est tout l'intérêt du « tournant théorique »<sup>80</sup> de la doctrine publiciste britannique. Ainsi, sans que nous puissions affirmer la direction que prendra l'évolution des rapports institutionnels avec cette nouvelle loi, il nous est possible d'affirmer que cette « révolution » pourra marquer le début d'une lecture nouvelle de la Constitution britannique par l'ensemble des acteurs et de la doctrine. Il nous faudra donc attendre les développements subséquents avant de pouvoir pleinement tirer les conséquences du *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*. Il donnera très certainement lieu à de vives controverses impliquant de repenser le juge et le Parlement dans l'ordre constitutionnel britannique. Plus largement, cela nécessitera de revisiter les principes traditionnels de la Constitution britannique.

78. A. V. Dicey, *The Law of the Constitution* (1885), Oxford, Oxford University Press, rééd. 2013, 522 p.

79. Cela s'inscrit dans la doctrine du *political constitutionalism*. A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 156 p.

80. S. Tschorne Venegas, *The Theoretical Turn in British Public Law Scholarship*, Thèse, Londres, London School of Economics and Political Science, 2016, 219 p.