

L'adoption du Traité sur la Constitution européenne en droit anglais

ou

le subtil équilibre

entre souveraineté parlementaire¹ et principe de *Rule of Law*².

“ Nous sommes aujourd’hui en présence ... d’un nouveau et naissant paradigme constitutionnel qui ne s’entend plus de la souveraineté parlementaire au sens diceyen du terme mais d’une souveraineté bi-polaire de la Couronne. L’une s’envisage devant le Parlement, l’autre devant les Cours. Les Ministres de sa Majesté en sont responsables, politiquement devant le Parlement et légalement devant les Cours. ”³

De façon téméraire et innovante, le juge Stephen Sedley⁴ propose aujourd’hui, aux côtés d’une partie de la doctrine,⁵ une évolution de l’interprétation monolithique de la souveraineté en droit public anglais⁶ et suggère qu’un équilibre s’établisse désormais entre la souveraineté du Parlement, développée et défendue par le grand penseur A.V. Dicey⁷, et celle des Cours, propre au système de common law⁸ et soutenue par le principe de *Rule of Law*.

On a trop souvent manqué, en effet, de mettre côte à côte ces deux grands principes qui sous-tendent pourtant tout le système juridique anglais⁹ et comme toute forme de déséquilibre, elle est un jour amenée à être questionnée. La souveraineté parlementaire a une portée politique tandis que la *Rule of Law* a une portée plus juridique et si l’une a connu ses heures de gloire grâce notamment aux écrits de A.V. Dicey, l’autre connaîtra très certainement un développement sans précédent avec l’adoption de la Constitution européenne. Ce sont, en effet, les juges anglais qui seront invités à faire se confronter le Traité portant sur la Constitution européenne et le sacro-saint principe de souveraineté parlementaire. Il n’y a en effet dans le système anglais, en principe,

¹ Traduit de l’anglais “ *parliamentary sovereignty* ” ou “ *the sovereignty of Parliament* ”.

² Le principe de *Rule of Law*, pilier du droit anglais, est le principe suivant lequel toute norme inférieure doit se conformer à toutes celles qui lui sont supérieures. Il correspond au principe de légalité mais ne saurait être traduit littéralement ainsi puisqu’il présente un autre aspect, celui du respect des droits fondamentaux dont les juges se font les défenseurs. Cette dernière notion fera l’objet d’analyses ultérieures de notre part.

³ Traduit de l’anglais : “ *We have today ... a new and still emerging constitutional paradigm, no longer Dicey’s supreme Parliament ... but a bi-polar sovereignty of the Crown in Parliament and the Crown in the courts, to each of which the Crown Ministers are answerable – politically to Parliament and legally to the courts .* ” L.J. Sedley “ *Human Rights : a twenty-first century agenda* ”, 1995, PL, p. 389.

⁴ Son opinion est aussi exposée dans les arrêts *R v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble Fisheries*, 1995, 2 All ER, p. 714 & *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte McQuillan*, 1995, 4 All ER, p. 400.

⁵ Voir notamment A.W. Bradley “ *The Sovereignty of Parliament : form or substance ?* ” in Jeffrey Jowell “ *The Changing Constitution* ”, 4th ed., Oxford University Press, 2000, p. 23 ; M. Hunt “ *Using Human Rights Law in English Courts* ”, 1997, Oxford, Hart Publishing ; P. Craig “ *Parliament Sovereignty of the United Kingdom Parliament After Factortame* ”, 1991, 11 YBEL, p. 221.

⁶ On doit hésiter à utiliser cette expression de “ droit public ” dans le système anglais car la distinction entre droit public et droit privé n’existe pas, en principe, dans ce pays. Pourtant, la souveraineté parlementaire ayant des implications pour toutes les branches du droit où l’Etat est présent, on se permet ici d’évoquer une distinction parlante pour tout juriste appartenant à un système de droit romano-germanique.

⁷ A.V. Dicey “ *An introduction to the Study of the Law of the Constitution* ”, 10th ed., 1959, Macmillan, p. 40 : “ *Le principe de souveraineté parlementaire implique ni plus ni moins que le Parlement ... a, en vertu de la Constitution anglaise, le droit d’adopter ou d’abroger n’importe quelle règle ; et par conséquent que nulle personne ou institution n’a le droit d’abroger les règles édictées par le Parlement ou de les écarter.* ”

Traduit de l’anglais : “ *The principle of parliament sovereignty means neither more nor less than this, namely, that parliament ... has under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever ; and further, that no person or body is recognised by the law as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.* ”

⁸ Dans ce système commun au monde anglo-saxon et qui s’oppose au système de droit écrit de type romano-germanique, le juge est en effet créateur de droit ou source du droit. Cette idée est généralement retranscrite par la maxime anglaise “ *English law is judge made law* ”.

⁹ Il est en effet curieux de constater que dans le rapport remis le 21 octobre 2003 par la Chambre des Lords au sujet de l’Union européenne et du Traité établissant une Constitution pour l’Europe, rien n’intéresse ni le principe de souveraineté ni le principe de *Rule of Law*. <http://www.parliament.the.stationery office.co.uk/pa/ld200203/ldselect/ldcom/169/16901.htm>. En revanche, il y a des éléments sur la primauté et la souveraineté parlementaire dans le rapport de la Chambre des Communes du 23 mars 2005 : <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/cmeuleg.htm>

aucune norme supérieure à la loi. Cette dernière est souveraine et occupe ainsi la place de choix dans l'ordonnement juridique. La Constitution - même non écrite - existe, mais se trouve placée au même niveau que la loi dans la pyramide des normes¹⁰. Il n'existe donc pas de procédure spécifique à la modification de la Constitution, signe en principe d'une place de choix attribuée à cette dernière. En outre, le système anglais répond à une logique dualiste qui nécessitera, si une volonté politique se dégage dans ce sens bien sûr, une incorporation du Traité établissant une Constitution pour l'Europe dans l'ordre interne par le biais de l'adoption d'une loi, œuvre d'un Parlement souverain. Or, dans cet exercice de confrontation du Traité sur la Constitution européenne incorporé dans une loi avec d'autres lois, les juges vont être amenés à mettre en œuvre le principe de souveraineté parlementaire en même temps qu'ils auront à se demander si certaines lois ne doivent pas primer sur d'autres. C'est en ce sens aussi qu'ils auront à actionner le principe de légalité ou, dans le système anglais, le principe de *Rule of Law*, en le mettant en miroir avec la souveraineté du Parlement, et à l'emplir d'un nouveau sens ou d'une nouvelle portée. La question reste de savoir si dans cet exercice de confrontation, l'un des deux principes fondamentaux du système de droit anglais l'emportera sur l'autre ou si, au contraire, l'un ne pourra jamais aller sans l'autre.

Un bon nombre d'"Eurosceptiques" britanniques voudrait aujourd'hui s'abriter derrière le dilemme insurmontable que présenterait l'adoption du Traité portant sur la Constitution européenne au principe de souveraineté parlementaire, pour suggérer un retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne¹¹. Ces deux éléments sont néanmoins présentés en des termes faussement antagonistes. La souveraineté parlementaire est en effet loin d'être elle-même monolithique et derrière cette expression convenue se cachent au moins deux acceptions : la souveraineté - prétendue ou avérée - du Parlement, d'une part, et la suprématie législative, d'autre part. Or, loin de remettre en cause la souveraineté parlementaire, c'est la suprématie de la loi, en tant que norme suprême dans le système juridique anglais, qui sera questionnée par cette nouvelle avancée communautaire. En outre, la souveraineté parlementaire a déjà subi plusieurs adaptations ou évolutions inhérentes à l'entrée du Royaume-Uni dans le marché commun ou à l'incorporation dans son ordre interne de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle s'est en effet "imposée", en 1972, la loi sur les Communautés européennes (*The European Communities Act*) ou, plus récemment en 1998, la loi sur les droits de l'Homme (*The Human Rights Act*) et aurait ainsi évolué, comme en atteste la valeur que l'on accorde désormais à ces deux lois. Ces dernières ne seraient pas ordinaires, en effet, non pas tant à cause de leur contenu, mais plutôt grâce à la valeur qu'on semble aujourd'hui leur reconnaître. Une très grande partie de la doctrine soutenue par la majorité des juges¹² concède à ces lois une valeur légèrement supérieure à celle des lois ordinaires, les qualifiant même - et le pas est osé en droit anglais - de "*lois constitutionnelles*", "*constitutional statutes*". L'adoption du Traité portant sur la Constitution européenne en droit interne ne devrait pas inquiéter plus que de raison puisqu'il s'agira simplement de réviser ou d'amender la loi sur les Communautés européennes de 1972. D'ailleurs, le projet de loi a déjà été présenté au Parlement le 25 janvier 2005 sous la forme du "*European Union Bill*"¹³. La différence avec les lois de 1972 et de 1998 ne sera probablement pas une différence de procédure mais plutôt de contenu. Le Traité sur la Constitution européenne va en effet plus loin que ceux fondant le marché commun ou instituant une charte des droits de l'homme, même si on est en droit d'hésiter sur sa véritable portée. Est-ce une constitution au sens où on l'entend traditionnellement en droit constitutionnel ? La question se pose aussi outre-Manche mais de façon moins passionnelle tout de même qu'en France¹⁴. C'est, en termes juridiques et à n'en pas douter, un traité communautaire. Cependant, ce dernier a un objet un peu particulier et inédit dans l'ordre communautaire puisqu'il contient, entre autres, un *objet constitutionnel* au sens large du terme, soit la vocation à organiser un régime politique, à envisager aussi un système normatif et à consacrer enfin un bon nombre de droits fondamentaux. Si on avait parlé de "charte d'une organisation internationale", certains Anglais l'auraient mieux perçue. Le terme de "constitution" semble aujourd'hui pourtant vouloir s'imposer, même s'il est utilisé de manière abusive juridiquement parlant et, pour certains milieux, de façon effrayante aussi¹⁵.

La présente réflexion se propose ainsi d'envisager l'impact qu'aura le Traité portant sur une Constitution européenne sur le sacro-saint principe de souveraineté parlementaire, un des piliers, rappelons-le,

¹⁰ Cf. dans ce sens, les propos de A. W. Bradley: "*En droit anglais, l'autorité du droit créé par le Parlement sert en quelque sorte de référence pour apprécier la validité d'une autre norme juridique. De façon générale, une volonté clairement énoncée dans une loi émise par le Parlement prévaut sur la législation déléguée ainsi que sur toute norme de common law.*"

Traduit de l'anglais : "*In United Kingdom law, the authority of the laws made by Parliament serves in one sense as the yardstick by which the validity of other law is assessed. In general, a clear position in a Act of Parliament prevails over rules contained in subordinate legislation, or over rules of the common law.*" , *op. cit.*, p. 26.

¹¹ En réalité, les "Eurosceptiques" craignent que le Royaume-Uni ne soit plus du tout souverain au sein de l'Union européenne. Pourtant, c'est là nier la part d'indépendance qui a toujours été reconnue et accordée aux Etats membres de l'Union et qui est toujours aussi octroyée aux Etats membres d'une confédération ou d'une fédération. Le cas du Québec dans la structure fédérale canadienne est, à cet égard, extrêmement parlant. Cf. dans ce sens aussi les propos de R. Dexter "*Supremacy of Parliament or Sovereignty of the People – Just What Is the Court of Justice Supposed to be Threatening ?*", *The Liverpool Law Review* Vol. XIII (2), 1991, p. 167.

¹² Cf. *infra* pp 16-17.

¹³ Cf. <http://www.publications.parliament.uk/pa/pabills.htm>

¹⁴ Cela se comprend par référence à l'attention que porte le juriste anglais à l'impact ou à la portée d'une norme plutôt qu'à sa qualification, qui, au fond, lui apparaît quelque peu formelle. Cf., dans ce sens, l'article paru dans *Le Monde* du 3 mai 2005, "Denis MacShane, un Anglais au secours du oui."

¹⁵ Ian Harden est d'avis de dédramatiser le propos puisque dans son article consacré à "La Constitution de l'Union Européenne", il déclare que l'Union a déjà finalement des règles de fonctionnement qui lui sont propres et qu'elle ne les verra que consolidées par l'entrée en vigueur de ce nouveau traité. "*The Constitution of the European Union*", PL, 1994, p. 609.

du système juridique anglais. Contrairement à certaines idées assez répandues dans les milieux eurosceptiques, l'incorporation de ce Traité dans l'ordre interne anglais devrait au moins pouvoir présenter deux avantages. L'avantage, d'une part, de clarifier la notion même de souveraineté parlementaire, quitte à la démythifier, et faire apparaître plus nettement une réalité, la suprématie législative (I) ; l'avantage, d'autre part, d'inciter les juges à raffermir la notion de " loi constitutionnelle ", ou de créer une nouvelle et téméraire théorie prétorienne guidée par les impératifs de " *Rule of Law* " ... un exercice de subtil dosage dans lequel excellent, en principe, les maîtres d'œuvre du système de common law (II).

I. L'effacement attendu de la souveraineté parlementaire devant la suprématie législative

Le Traité sur la Constitution européenne est loin, en réalité, de porter atteinte au principe de la souveraineté parlementaire¹⁶ puisque ce n'est tout simplement pas lui qui est mis en cause (A). En introduisant une nouvelle loi destinée à incorporer le Traité dans l'ordre interne et à modifier la loi sur les Communautés européennes de 1972, la suprématie législative sera, en revanche, de nouveau¹⁷, mise à l'épreuve (B). C'est en ce sens que l'on peut espérer un effacement souhaité ou attendu du principe de souveraineté parlementaire, qui plus est salvateur pour ce dernier et sa signification réelle. Cet effacement devrait aussi pouvoir permettre la mise en avant-scène de ce qui pose véritablement problème, soit la primauté de la loi dans l'ordonnement juridique anglais.

A. Le mythe de la souveraineté parlementaire

On continue aujourd'hui trop souvent, en Angleterre, à opposer frontalement la souveraineté du Parlement au Traité sur la Constitution européenne. Or ce combat est un mythe, soit, au sens premier du terme, une construction de l'esprit qui ne repose sur un quelconque fond de réalité. Si la souveraineté parlementaire continue à être la pierre angulaire de tout le droit public¹⁸ anglais, c'est sans aucun doute grâce aux brillantes et persuasives déclarations du juriste A.V. Dicey de 1885, relayées en 1955 par Sir W. Wade¹⁹. Pourtant, certains esprits se sont quelque peu égarés, parfois, à vouloir faire dire à la souveraineté parlementaire ce qu'elle ne disait pas. Mais de quelle souveraineté parle-t-on, au fond, alors que le système politique anglais fonctionne désormais sur ce que certains appellent une " dictature élue "²⁰ de l'Exécutif et que le Parlement n'est plus un *souverain* mais un simple *représentant* de la Nation ?

Il est pourtant vrai que malgré les changements importants survenus en termes sociaux et politiques depuis 1885, date des célèbres écrits de A.V. Dicey " *The Law of the Constitution* ", et malgré les pertinentes critiques émises par Sir Ivor Jennings²¹ à l'encontre de la toute puissance du Parlement, la pensée de A.V. Dicey aura su exercer une remarquable influence sur la façon d'envisager le Parlement tant en termes juridiques que politiques²². Son analyse a en effet consisté à présenter les deux éléments de la souveraineté avant d'en aborder les conséquences. Il ressort de ceci, premièrement, que toute loi créant de nouvelles normes ou abolissant d'anciennes, devra être obéie, et deuxièmement que quiconque ne pourra jamais remettre en cause les règles édictées par le Parlement. En conséquence de quoi, n'importe quelle loi pourra toujours être abolie par un Parlement subséquent²³, et nulle limite ne pourra être imposée au Parlement si elle n'a pas été expressément consentie par lui. Il est intéressant de constater que ces règles n'ont pas été élaborées à partir d'un document écrit assimilable à une Constitution²⁴ mais

¹⁶ Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe propose même plutôt un " renforcement " de cette souveraineté parlementaire au sein de l'ordre juridique de l'Union. Les pouvoirs accordés aux Parlements nationaux en matière de contrôle du principe de subsidiarité sont en effet accrues (art.7 du Protocole 2 du Traité).

¹⁷ On verra, en effet, que des questions similaires se sont posées en termes de valeur et de place des normes, en 1972 lors de l'adoption du " European Communities Act " et en 1998 avec le " Human Rights Act ".

¹⁸ Cf. *supra*, note n° 6.

¹⁹ H.W.R. Wade " The Basis of Legal Sovereignty ", 1955, CIJ, p. 172.

²⁰ Traduit de l'expression anglaise apparue sous les gouvernements successifs de M. Thatcher, " *the elected dictatorship* ".

²¹ Sir I. Jennings " The Law and the Constitution ", 5th ed, 1959, University of London Press, ch. 4.

²² Le débat sur la souveraineté aura ainsi opposé les traditionalistes, représentés par A.V. Dicey et H.W.R. Wade, aux tenants de la " *Nouvelle Vision* " (" *upholders of the New View* ") symbolisés par Sir I. Jennings, *op. cit.*, R.F.V. Heuston (" *Essays in Constitutional Law* ", 2nd ed., 1964, Oxford Clarendon Press, ch. 1) et G. Marshall (" *Constitutional Theory* ", 1971, Stevens, ch. 3).

²³ Cela implique aussi, dans la conception diceyenne, qu'il ne sera jamais possible d' " entrencher " des règles, c'est-à-dire d'adopter des normes qui ne pourront jamais être remises en cause par un futur Parlement. Ce concept d' " entrenchement " est littéralement traduit de l'anglais " *entrenchment* " ou " *to entrench* " et s'utilise ainsi, par exemple, au Québec. La Constitution canadienne, largement influencée par le système politique anglais, a tout de même réussi une émancipation notoire en 1982 puisque, tout en conservant le principe de souveraineté parlementaire, elle a " entrenché " et donc constitutionnalisé une charte des droits fondamentaux.

²⁴ Cela est confirmé par les déclarations de Sir William Wade sur les fondements de la souveraineté : " *Si aucune loi ne fonde la règle suivant laquelle les cours doivent obéir aux règles édictées par le Parlement, de la même*

à partir d'une interprétation normative de l'action menée par les juges ou par d'autres officiers publics. L'interprétation de ces derniers aurait ainsi rendu explicites les "*fondements implicites*"²⁵ du système juridique anglais. Malheureusement, beaucoup des successeurs de Dicey ont omis de distinguer la méthode interprétative elle-même (qu'ils ont peut-être aussi largement ignorée), du résultat particulier auquel Dicey conclut en utilisant cette méthode²⁶. Alors que la première est toujours valable, le second ne vaut plus, si tant est qu'il eût un jour existé²⁷. Les juges, en effet, ont dépassé quelques-uns des préceptes de base établis par Dicey à différentes reprises, comme en attestent les fameux arrêts *Factortame* de 1991 ou *Equal Opportunities Commission* de 1994²⁸. Il est loin d'être certain que, pour Dicey lui-même, la souveraineté du Parlement était une nécessité conceptuelle. Il n'est pas non plus exclu qu'il la concevait au-delà d'une mesure contingente de la Constitution anglaise²⁹. Le résultat est qu'aujourd'hui des auteurs comme N. Walker estiment que la souveraineté parlementaire est "*formelle bien plus que substantielle*"³⁰.

Cette affirmation de N. Walker se prolonge au-delà de la discussion théorique ou doctrinale puisqu'à bien y regarder, le système politique anglais n'accorde en réalité qu'une place très limitée au Parlement, comme la plupart d'ailleurs, des démocraties occidentales depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Jusqu'à ce que Margaret Thatcher n'obtienne son troisième mandat³¹, le système politique anglais présentait encore les principales caractéristiques du régime parlementaire contemporain, à savoir un système de collaboration des pouvoirs relativement équilibré où le pouvoir exécutif actif agissait de concert avec la majorité parlementaire présente à la Chambre des Communes. A partir des années 1990 les choses se durcirent, puisque le Parlement ne devint plus alors qu'une simple chambre d'enregistrement des volontés du Premier ministre conservateur. Les mécanismes constitutionnels³² qui permettaient encore de contrôler les actions entreprises par le gouvernement furent comme paralysés, et ce pour la simple raison qu'il n'existait plus désormais d'opposition parlementaire réelle. Consécutivement, et même si ce ne fut parfois que de façon inconsciente, certains juges se sentirent investis d'une mission de contrôle qui venait d'échapper aux députés. C'est ainsi que le contrôle de légalité exercé par voie de "*judicial review*"³³ commença à prendre de l'ampleur³⁴. Les déclarations de Lord Mustill en la matière sont des plus révélatrices : "*En l'absence d'un recours effectif des individus devant le Parlement pour obtenir réparation d'un préjudice subi par eux mais commis par des autorités publiques, et pour éviter tout vide face auquel les individus seraient laissés sans défense vis-à-vis des abus de pouvoir commis par l'Exécutif, les cours ... n'ont pas d'autre choix que d'occuper le terrain abandonné.*"³⁵ Dans la réalité politique actuelle, la souveraineté du Parlement ne signifie plus que la chambre basse est, si ce n'est le créateur, au moins le contrôleur du Gouvernement. La convention constitutionnelle³⁶ selon laquelle le pouvoir exécutif est politiquement responsable de ses actes devant la chambre des Communes est aujourd'hui neutralisée par le

façon, aucune loi ne peut altérer ou abolir cette règle. " Traduit de l'anglais, "*If no statute can establish the rule that the courts obey Acts of Parliament, similarly no statute can alter or abolish the rule.* "

²⁵ Traduit de l'expression anglaise "*implicit understandings*" de Sidney Low in "*The Governance of England*" (éd. révisée, Londres, E. Benn, 1914) p. 12.

²⁶ Renvoi à ce que nous avons exposé du contenu de la pensée de Dicey, *supra*, p. 6 et s.

²⁷ Pour une distinction entre la méthode suivie par Dicey et les conclusions auxquelles il parvient, cf. T. Daintith "*Political programmes and the contents of the constitution*", in Finnie, Himsworth and Walker (eds), "*Edinburgh Essays in Public Law*", 1991 and Ian Harden, "*The Constitution and its discontents*", 1991, 21, *British Journal of Political Science*, p. 489.

²⁸ Cf. *infra*, p. 20 et s.

²⁹ Voir sur ce point la contribution de N. MacCormick, "*Beyond the Sovereign State*", 1993, 56, *Modern Law Review*, p. 1.

³⁰ Traduit de l'anglais, "*Parliamentary sovereignty is formal rather than substantive*" in "*Beyond the Unitary Conception of the United Kingdom Constitution ?*", 2000, PL, p. 393.

³¹ En 1987.

³² On pense notamment ici au système des "*question time*" permettant aux députés - et pas seulement à ceux de l'opposition - d'exercer pourtant en principe un redoutable contrôle sur l'exécutif.

³³ Procédure typique du système juridique anglais. "*An application for judicial review*" est la procédure par laquelle un administré se plaint devant les juges d'une illégalité commise par une autorité publique en vertu - le plus souvent - du non-respect d'une délégation de pouvoir ("*delegated legislation*"). Cette procédure fut longtemps discutée au sein de la *High Court* (Cour supérieure de 1^{ère} instance, plutôt compétente en matière civile) et plus précisément en sa division destinée à trancher des litiges de nature contractuelle, la *Queen's Bench Division*, avant que ne soit créée en 2000 une cour administrative (*Administrative Court*) spécialement destinée à examiner ce type de recours.

³⁴ Pour des déclarations de juges anglais dans ce sens, voir Sir Thomas Bingham M. R. "*The Courts and the Constitution*", 1996, *Kings College Law Journal*, p. 12 ; Sir John Laws "*Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights ?*", 1993, PL, p. 59. Sir Stephen Sedley "*The Sound of Silence : constitutional law without a constitution*", 1994, 110, LQR, p. 271. Lord Steyn "*The Weakest and Least Dangerous Department of Government*", 1997, PL, p. 84.

³⁵ *R. v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Fire Brigades Union*, 1995, 2 AC, p. 567. Traduit de l'anglais "*In the absence of effective recourse to Parliament by individuals to obtain redress for wrongs suffered by them at the hands of the public authorities and to avoid a vacuum in which the citizen would be left without protection against a misuse of executive powers, the courts...had no option but to occupy the dead ground.*"

³⁶ Traduit de l'anglais "*constitutional convention*". Dans ce système constitutionnel qui ne connaît pas de constitution écrite, ces conventions d'origine coutumière, jouent un rôle éminent de règles du jeu aux implications et sanctions politiques importantes.

phénomène majoritaire et bipolaire anglais³⁷ et peut-être même tombée en désuétude. Dans ces conditions, la souveraineté du Parlement signifie-t-elle encore vraiment quelque chose ? En outre, elle ne concerne que la seule chambre basse puisque, de la même manière qu'en Europe, la chambre haute a perdu de son autorité à un point tel que la Chambre des Lords ne peut en aucun cas exercer de contrôle politique sur le Gouvernement ni véritablement peser en matière d'adoption des lois³⁸. Dans la réalité aussi, la souveraineté du Parlement embrasse tout en occultant parfois la suprématie législative, un concept entièrement créé et animé par les juges anglais.

B. La réalité de la suprématie législative

Comme pour beaucoup d'autres concepts de droit anglais, on ne peut réellement prendre la mesure de ce que signifie la souveraineté du Parlement qu'au travers des décisions de justice. Le juge étant, dans ce système particulier de common law ou de droit non écrit véritable créateur de droit, on attend souvent qu'il rende ses décisions pour savoir exactement ce que peut signifier une norme. Or, en ce domaine, les juges ont eu tendance à préciser que la souveraineté parlementaire devait s'entendre de la suprématie législative, soit de la primauté de la norme législative sur toutes les autres règles de droit. Contrairement aux systèmes de droit écrit romano-germanique qui envisagent la supériorité de la norme constitutionnelle, l'Angleterre fait ici figure d'exception. L'ordonnancement juridique de cette dernière est somme toute plus simple que celui que nous connaissons par exemple en France, puisque la loi anglaise occupe la place de choix, soit le sommet de la pyramide des normes. Lui est juxtaposée la norme constitutionnelle, aussi facilement modifiable que la loi ordinaire. Immédiatement au-dessous apparaissent les règlements, autrement connus sous l'appellation anglaise de " *delegated legislation* ", et qui visent le pouvoir octroyé par le Parlement aux autorités administratives d'édicter des règles de droit dans un domaine précisément délimité par ses soins.

Les juges ont aussi tenu à préciser ce que signifiait cette pyramide des normes dans le temps, en d'autres termes encore, en quoi le Parlement d'hier ayant édicté un certain nombre de normes pouvait influencer ou non celui d'aujourd'hui. Cette problématique est encore plus connue en droit anglais sous l'appellation de " *Rule of Recognition* " ³⁹. Or, les juges ont depuis très longtemps établi qu'un Parlement n'est pas lié par les lois antérieures de son prédécesseur, eu égard précisément au principe de souveraineté. Cette règle connue sous le nom de " *implied repeal* " ⁴⁰ continue aujourd'hui encore à prévaloir, nonobstant l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention européenne des droits de l'homme ou aux Communautés européennes. Elle signifie - dans la plus pure théorie - que n'importe quel Parlement anglais, actuel ou futur, pourrait revenir à tout moment sur les engagements passés par ses prédécesseurs en la matière⁴¹, sauf à ce que ces derniers aient clairement mentionné dans une de leurs lois que le désengagement par un Parlement futur se ferait en des termes exprès et non équivoques.

Jusqu'à des événements somme toute récents, la suprématie législative se bornait à ces énoncés. Depuis l'adoption de la loi sur les Communautés européennes en 1972 (*The European Communities Act*) mais depuis, surtout, un certain nombre d'arrêts fondamentaux en la matière⁴², les juges ont dû compléter ces propositions en les assortissant désormais des préceptes du droit communautaire. La loi reste toujours aujourd'hui la référence suprême, aussi longtemps qu'elle prend néanmoins en compte les impératifs du droit de l'Union puisque celui-ci prime sur le droit national⁴³. Cet énoncé, découlant de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes, a été clairement formulé, dès 1983 par Lord Diplock dans l'arrêt *Garland*⁴⁴, puis, même de façon implicite, dans les célèbres arrêts *Factortame*⁴⁵. Il en résulte aujourd'hui les règles suivantes : d'une part, les lois antérieures à l'adoption de mesures communautaires sont implicitement abrogées si elles présentent des clauses contraires ou incompatibles à ces dernières⁴⁶ ; d'autre part, les lois postérieures qui entreraient en conflit avec le droit communautaire deviennent inefficaces et doivent être écartées. Certains tenants de la thèse traditionaliste se sont affolés devant ce qui représentait à leurs yeux une véritable révolution pour la souveraineté parlementaire en général et la suprématie législative en particulier⁴⁷. Qu'ils se voient rassurés puisqu'aujourd'hui encore une

³⁷ Traduit de l'anglais " *the two party system* ".

³⁸ Pourtant, on n'oubliera pas que l'opposition la plus active est venue de la chambre des Lords sous les gouvernements de M. Thatcher et J. Major.

³⁹ Cf. H. Hart " *The Concept of Law* ", Oxford Clarendon Press, 2nd ed., 1994.

⁴⁰ Elle a été établie dès 1934 dans l'arrêt *Ellen Street Estates Ltd v. Ministers of Health*.

⁴¹ Lord Diplock l'énonce très clairement en 1983 dans l'arrêt *Garland v. B.R.E.L.*, 1983, AC, p. 751.

⁴² Cela tend à prouver qu'on ne connaît, d'une part, véritablement le sens d'une loi dans le système anglais qu'après que les juges aient rendu leurs décisions à son égard et que, d'autre part, la source principale du droit anglais reste, très nettement encore aujourd'hui, la décision de justice au sens large du terme (cf. " *the rule of precedent* ").

⁴³ Cf. les déclarations faites par Lord Denning dans l'arrêt *Application des Gaz v. Falks Veritas* en 1974 : " *Le droit communautaire fait partie de notre droit. Il a la même valeur que n'importe quelle loi.* " Traduit de l'anglais : " *Community law is part of our law. It is equal in force to any statute.* " Cité dans l'ouvrage de I. Stevens " *Constitutional and Administrative Law* ", 3rd ed., 1996, M&E Pitman Publishing, p. 66.

⁴⁴ *Garland v. B.R.E.L.*, *op. cit.*

⁴⁵ *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, 1989, 2 All ER, p. 692 ; 1990, 2 AC, p. 85. *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (n° 2)*, 1991, 1 All ER p. 70 (voir notamment les déclarations de Lord Bridge p. 107-108).

⁴⁶ C'est en tout cas le sens de la loi de 1972 sur les Communautés européennes.

⁴⁷ Sir W. Wade " *What Has Happened to the Sovereignty of Parliament ?* ", 1991, 107 LQR, p. 1 ; " *Sovereignty - Revolution or Evolution ?* ", 1996, 112 LQR, p. 568.

loi anglaise ne pourra jamais être annulée⁴⁸, mais seulement mise à l'écart, et qui plus est, seulement dans certains cas. En dehors de tout contexte communautaire, en effet, la loi anglaise pourra " reprendre du service ". Au pire, un retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne est toujours envisageable et restera alors l'apanage du Parlement⁴⁹. C'est légalement possible mais politiquement difficile à envisager cependant... En acceptant les doctrines communautaires de primauté et d'effet direct, les juges anglais ont donné un sens juridique à la réalité politique de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés et, avec un certain degré de subtilité - il faut bien le reconnaître - ont fait évoluer leur œuvre prétorienne, celle de la suprématie législative.

On peut donc parfaitement envisager qu'aujourd'hui encore les juges sauront faire évoluer leur conception de la suprématie législative pour la mettre en conformité avec ce nouveau Traité communautaire sur la Constitution européenne, probablement amené à être incorporé à l'ordre juridique interne anglais par le biais d'une loi... œuvre d'un Parlement toujours souverain.

II. L'insertion du Traité sur la Constitution européenne dans le système anglais : une œuvre commune du Parlement et des Juges

L'insertion du Traité sur la Constitution européenne dans le système juridique anglais résultera en effet d'une double action, celle du Parlement, tout d'abord, invité à incorporer ce traité communautaire en droit interne (A), celle des juges, ensuite, sommés à l'occasion de la résolution de litiges, de permettre la mise en œuvre des nouvelles exigences communautaires (B). Or, en décidant d'incorporer le Traité dans l'ordre interne, le Parlement tiendra une nouvelle occasion d'affirmer sa suprématie législative. Quant aux juges, ils n'auront plus qu'à confirmer leur jurisprudence *Factortame* de 1989-1991 ou *Equal Opportunities Commission* de 1994, ou à se montrer encore un peu plus téméraires en avançant de nouvelles interprétations du principe de *Rule of Law*.

A. La garantie de la suprématie législative : l'adoption de " loi constitutionnelle " (" constitutional statute ")

L'Angleterre a fait le choix d'un système dualiste en ce qui concerne les rapports de son droit interne avec le droit international, un système qui est loin d'être le plus favorable aux influences extérieures. Il signifie que l'Angleterre a établi des cloisons bien étanches entre son droit interne et les engagements qu'elle peut prendre sur la scène internationale par l'intermédiaire du Royaume-Uni et qui engendrent des obligations de droit international. Pour qu'un accord international, européen ou communautaire puisse porter des effets de droit dans l'ordre interne, encore faut-il que le Parlement consente à transformer la norme internationale en règle nationale ou à l'incorporer sous forme de loi. Telles sont, sommairement exposées⁵⁰, les règles qui découlent du système dualiste. En vertu de la prérogative royale concernant les affaires étrangères, la Couronne a la possibilité d'incorporer en droit interne, les traités qui lient l'Etat sur la scène internationale⁵¹. Cette règle théorique nécessitera en pratique, si telle est la volonté du Souverain, que le gouvernement se saisisse au plus vite de l'initiative d'incorporer la norme internationale en droit interne et sollicite sa majorité au Parlement pour qu'elle adopte une loi de transformation et de mise en conformité avec les engagements internationaux⁵².

Lorsque le Danemark, la République d'Irlande et le Royaume-Uni décidèrent d'accéder aux communautés européennes en 1973, ils furent tous trois conviés à prendre les mesures nécessaires pour permettre l'application du droit communautaire dans leur propre système juridique. Des amendements constitutionnels furent nécessaires tant au Danemark qu'en Irlande, alors que le Royaume-Uni dut adopter, en 1972, une loi sur les Communautés européennes (*The European Communities Act*) chargée de donner effet, non seulement aux règles existantes de droit communautaire, mais aussi à toutes celles à venir⁵³. J.P. Warner dira à propos de cela que " *la souveraineté parlementaire est à la fois un avantage mais aussi une source de difficultés* " ⁵⁴ signifiant qu'il ne fut point besoin de procéder à une révision constitutionnelle comme dans les

⁴⁸ Ce contrôle par voie d'action est en effet connu des systèmes ayant opté pour un contrôle de constitutionnalité des lois - ce qui n'est pas le cas en Angleterre - et se combine souvent, en raison de son caractère traumatisant pour la sécurité juridique des normes, au contrôle *a priori*.

⁴⁹ Cf. *supra* pp. 11-12.

⁵⁰ Pour de plus amples détails en la matière, se reporter à F. G. Jacobs and S. Roberts (eds.), " The effect of Treaties in Domestic Law ", 1987, Sweet & Maxwell.

⁵¹ Comme il a été démontré dans l'arrêt *R. v. Secretary of State for Foreign Affairs*, ex parte Rees-Mogg, 1994, QB, p. 552.

⁵² Cf. sur ce dernier point, *A-G for Canada v. A-G for Ontario*, 1937, AC 3236, p. 347-348.

⁵³ C'est là précisément où les juges sont invités à prendre le relais et à interpréter au mieux des intérêts de l'intégration communautaire les dispositions législatives parfois litigieuses.

⁵⁴ Traduit de l'anglais " *The sovereignty of Parliament was at once an advantage and a source of difficulty.* " ; in " The Relationship between European Community Law and the National Laws of Member States ", 1977, 93 LQR, p. 364.

deux autres pays, mais que certains problèmes allaient inévitablement se poser pour l'avenir. N'y avait-il, en effet, aucune garantie possible contre le souhait d'un Parlement ultérieur de faire sortir le Royaume-Uni de l'Union européenne ? N'y avait-il aucune possibilité d'éviter qu'un Parlement ultérieur n'adopte - accidentellement ou volontairement - des dispositions législatives contraires aux prescriptions communautaires ? Répondre positivement à ces deux questions aurait été d'emblée traumatisant pour la suprématie législative et pour un des soubassements du droit anglais. Dans les termes où elle fut adoptée la loi de 1972 n'imposa pas clairement que le droit communautaire dût primer sur la norme législative, mais laissa au contraire suggérer que celui-ci devait se juxtaposer à celle-là. La suprématie législative était sauve et il revenait alors aux juges de trancher, dans la délicate hypothèse où une loi anglaise nouvelle contreviendrait aux prescriptions communautaires. La suprématie législative était d'autant plus sauve que si un Parlement voulait aujourd'hui, ou demain, échapper à toute obligation communautaire, il devrait le faire de façon expresse et non équivoque⁵⁵. C'est ce qui fait dire à beaucoup, et non des moindres comme Paul Craig, éminent spécialiste en la matière, que la loi de 1972 n'est pas tout à fait une loi comme les autres. Son intime conviction a, qui plus est, trouvé de l'écho chez la plupart des juges amenés, au fur et à mesure des différentes décisions, à conclure à l'existence d'une "loi constitutionnelle" ("*constitutional statute*"), soit une loi dont l'autorité est supérieure à celle des lois ordinaires et qui ne peut être modifiée que de façon expresse et dans des termes non ambigus par le Parlement⁵⁶.

L'incorporation récente de la Convention européenne des droits de l'homme dans le système juridique anglais, par l'adoption de la loi sur les droits de l'Homme (*The Human Rights Act, 1998*), était d'autant plus attendue que la ratification de la Convention de Rome par le Royaume-Uni était très ancienne⁵⁷. Il faudra en effet attendre l'arrivée de Tony Blair au pouvoir en mai 1997 pour que le Gouvernement ordonne au Parlement d'adopter une loi d'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans le système juridique interne. Or, l'adoption de cette loi a été une fois de plus l'occasion pour le Parlement de rappeler sa suprématie législative⁵⁸. Sans l'adoption de cette loi en effet, la Convention européenne n'engagerait aujourd'hui encore le Royaume-Uni que sur la scène internationale et plus précisément européenne, et le citoyen britannique ne pourrait toujours pas invoquer directement devant ses juges nationaux cet instrument de droit européen. A cette loi, adoptée en 1998 mais entrée en vigueur en octobre 2000, on applique les mêmes principes que ceux développés dès 1972 concernant les rapports entre les lois anciennes, les lois nouvelles et la Convention de Rome de 1950. La Convention européenne des droits de l'homme, incorporée dans la loi anglaise de 1998, va donc primer sur toute loi antérieure contraire à cette dernière, et toute loi postérieure à 1998 devra, soit être interprétée de façon à permettre une adéquation à la Convention européenne par les juges, soit être provisoirement écartée⁵⁹.

Il ne resterait donc plus aujourd'hui au gouvernement qu'à faire en sorte que le projet de loi sur l'Union européenne aboutisse pour que le Traité sur la Constitution européenne soit incorporé dans l'ordre interne anglais et occupe ainsi le rang privilégié des "lois constitutionnelles". Il faudrait encore que les juges anglais raffermissent le statut de "loi constitutionnelle" ou qu'ils se passent de sa référence en inventant à la place quelque chose de nouveau fondé sur le principe de *Rule of Law*.

B. La mise en œuvre de la primauté de la Constitution européenne par les juges

Jusqu'à présent, le pouvoir des juges s'arrêtait au seuil de la souveraineté parlementaire, laquelle constituait un principe absolu et sans exceptions. Aujourd'hui pourtant, "*alors que certains auteurs de manuels continuent d'affirmer que la souveraineté parlementaire n'a pas été affectée par le droit communautaire, le pouvoir judiciaire anglais a accepté, sans se poser le moindre problème, que la plus fondamentale règle du système a été modifiée.*"⁶⁰ Déjà au XVII^{ème} siècle, Lord Coke avait avancé l'hypothèse de l'exercice d'un

⁵⁵ Cf. les déclarations de P. Craig sur ce point : "*It will have to do so expressly and unequivocally.*" ; "*Britain in the European Union*", p. 61 et s. in "*The Changing Constitution*", J. Jowell, *op.cit.*

⁵⁶ Les déclarations de Lord Denning sont très révélatrices en la matière : "*A moins que n'ait été exprimée une répudiation intentionnelle et expresse du Traité, il est de notre devoir d'accorder la priorité à ce Traité.*" Traduit de l'anglais "*Unless there is such an intentional and express repudiation of the Treaty, it is our duty to give priority to the Treaty.*" ; *Macarthy's v. Smith*, 1979, AC.

⁵⁷ Le Royaume-Uni, qui a largement contribué à la rédaction de la Convention dès 1950, a aussi été l'un des tout premiers Etats à l'avoir ratifiée puisque, dès 1951, il s'engage sur la scène internationale. Certains se sont étonnés de cet empressement à signer. Beaucoup d'auteurs ont souvent pensé néanmoins - peut-être un peu cyniquement - que l'engouement des Britanniques pour la Convention s'expliquait par leurs convictions profondes qu'elle ne connaîtrait jamais le succès qu'on lui accorde aujourd'hui...

⁵⁸ Voir sur ce point, N. Bamforth "*Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998*", 1998, PL, p. 572 et pour une approche plus large, Lord Lester of Herne Hill QC, "*Human Rights and the British Constitution*", p. 89 et s. in "*The Changing Constitution*", *op. cit.*

⁵⁹ Cela se fait en droit anglais par la technique dite des "*déclarations d'incompatibilité*" ("*declaration of incompatibility*"). Lire sur ce point les remarques d'un des plus éminents spécialistes en la matière, D. Feldman "*The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*", 1999, 12 *Legal Studies*, p. 165.

⁶⁰ F.G. Jacobs "*Public Law - The Impact of Europe*", 1999, PL, p. 232, traduit de l'anglais : "*While some textbook writers continued to maintain that parliamentary sovereignty was unaffected by Community law, the*

contrôle de légalité par les juges, par la voie de ce que les juristes anglais appellent le contrôle de “*judicial review*”, et consécutivement de l’existence de certaines limites à la suprématie législative du Parlement. Cette jurisprudence est connue sous le nom de celle du Dr Bonham, nom de l’arrêt qui fait, depuis, figure de principe⁶¹ et est toujours d’actualité comme en attestent, par exemple, les déclarations de Lord Woolf de 1995 : “*En conséquence, il existe des limites à la suprématie législative dont la responsabilité inaliénable de les identifier et de les contenir revient aux cours.*”⁶² Le juge Laws s’est engouffré dans ce sillage pour proposer la conciliation de la primauté du droit communautaire et la souveraineté du Parlement en évoquant la création d’un nouveau type de loi dans le système juridique anglais depuis l’adoption de la loi sur les Communautés européennes en 1972. C’est en effet à lui que l’on doit l’idée de l’apparition, à partir de 1972, de “*lois constitutionnelles*” (“*constitutional statutes*”). Ces lois jouiraient d’un statut privilégié les rapprochant de celui dont jouissent les droits fondamentaux reconnus par la common law selon des déclarations que l’on doit aussi à Lord Justice Laws. Elles seraient en effet supérieures aux lois ordinaires et seraient ainsi équivalentes aux droits fondamentaux à valeur constitutionnelle reconnus par certains juges⁶³ - au rang desquels certains juges de la Cour des Lords⁶⁴ -. Lord Justice Laws le formulera expressément à l’occasion de l’adoption de la loi sur les droits de l’Homme en 1998, deuxième loi constitutionnelle du système anglais selon lui. “*Le système britannique peut être déclaré se situer à un niveau intermédiaire entre la suprématie législative et la primauté constitutionnelle. (...) Le Parlement reste l’autorité législative suprême (...) mais, en même temps, la common law a reconnu et cautionné la théorie de la constitutionnalisation des droits fondamentaux.*”⁶⁵ Ces déclarations sont très riches et pourraient faire l’objet de longues interprétations. Pour ce qui nous intéresse ici, nous retiendrons qu’il existerait donc désormais en droit anglais des droits constitutionnels ainsi que des lois constitutionnelles. Or ces lois constitutionnelles, celle de 1972 ou celle de 1998, diffèrent des lois ordinaires sur les points suivants : les lois ordinaires peuvent être remises en cause par des lois subséquentes alors que les lois constitutionnelles ne le peuvent pas ; certaines dispositions de lois constitutionnelles peuvent être modifiées, voire abrogées, à la condition cependant qu’une intention non équivoque de le faire ait été émise par le Parlement. “*Une loi constitutionnelle ne peut être abrogée ou amendée que (...) par des termes non ambigus enserrés dans une loi subséquente.*”⁶⁶

L’analyse avancée par Lord Laws découle, à n’en pas douter, de deux grandes affaires, communément appelées en droit anglais *rulemaking cases*⁶⁷, et qui ont toutes deux contribué à répondre au problème des rapports entre le droit communautaire et le droit anglais. Il s’agit des trois arrêts rendus dans l’affaire *Factortame* en 1989, 1990 et 1991⁶⁸ ainsi que de l’arrêt *Equal Opportunities Commission* de 1994⁶⁹. Les trois arrêts *Factortame* ont été pionniers en la matière et ont ouvert une vaste piste de réflexion dont les ondes de choc continuent aujourd’hui encore à se propager au niveau de la Constitution anglaise. Les requérants avaient demandé aux juges anglais une *déclaration* suivant laquelle les dispositions de la partie II de la loi de 1988 sur le commerce de la pêche⁷⁰ devaient être écartées, car une application de ces dispositions était contraire au droit communautaire, en particulier aux articles 7 et 52 du Traité de Rome (le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et la liberté d’établissement). Les requérants étaient des compagnies créées au Royaume-Uni, contrôlées par des nationaux espagnols et propriétaires de bateaux de pêche, auxquels l’inscription sur le registre des bateaux britanniques avait été déniée, en vertu des conditions restrictives découlant de la partie II de ladite

English judiciary has accepted without question that the most fundamental rule of the Constitution has been modified.”

⁶¹ Dr Bonham’s case, 1610, 77 ER p. 646. C.J. Coke : “*Les cours de common law peuvent contrôler les lois du Parlement et parfois juger qu’elles sont nulles et sans effet. Quand une loi va à l’encontre de droits reconnus par la common law ou de la raison, est déraisonnable ou ne peut pas être appliquée, la common law la contrôlera et pourra déclarer cette loi comme nulle.*” Traduit du vieil anglais : “*The courts at common law may countrol Acts of Parliament, and sometimes adjuge them to be utterly void : for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will countrol it and adjuge such Act to be void.*”

⁶² Traduit de l’anglais : “*Ultimately there are limits on the supremacy of Parliament which it is the courts’ inalienable responsibility to identify and uphold.*”, in “*Droit public English Style*”, 1995, PL, p. 57.

⁶³ Voir les déclarations de L.J. Laws dans l’arrêt *R. v. Lord Chancellor* ex parte Witham, 1998, QB, p. 575. Ces dernières ont été notamment suivies par la Cour d’Appel dans l’arrêt *R. v. Lord Chancellor* ex parte Lightfoot, 2000, QB, p. 597.

⁶⁴ L’idée suivant laquelle les cours doivent protéger les droits fondamentaux non écrits et reconnus par la common law, même contre le Parlement, a reçu un écho favorable auprès de certains Lords comme Lord Brown-Wilkinson dans l’arrêt *Pierson v. Secretary of State for the Home Department*, 1998, AC, p. 538 ou comme Lord Hoffmann dans l’arrêt *R. v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Simms, 2000, 2 AC, p. 115.

⁶⁵ Traduit de l’anglais, “*The British system may be said to stand at an intermediate stage between parliamentary supremacy and constitutional supremacy (...) Parliament remains the sovereign legislature (...) but at the same time, the common law has come to recognise and endorse the notion of constitutional, or fundamental rights.*” *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department*, 2002, 1, CMLR, p. 50, para. 71.

⁶⁶ Traduit de l’anglais, “*A constitutional statute can only be repealed, or amended (...) by unambiguous words on the face of the later statute.*” *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.* para. 62-63.

⁶⁷ À traduire en français par “*arrêts de principe*”.

⁶⁸ Cf. *supra*, note 45.

⁶⁹ Le titre exact de cet arrêt est *Equal Opportunities Commission and another v. Secretary of State for Employment*. Ce dernier a été publié, entre autres, dans *All England law reports*, 16 mars 1994, p. 910.

⁷⁰ Traduit de l’anglais “*The Merchant Shipping Act, 1988*”.

loi de 1988. Le jugement prononcé par la “ *Cour divisionnelle* ”⁷¹ entraîna la *déclaration d’invalidité* de certaines dispositions de la législation primaire anglaise, sans que cette déclaration comporte l’*annulation* de ladite législation. Du point de vue du droit constitutionnel anglais, l’arrêt *Equal Opportunities Commission* de 1994 ira plus loin que l’affaire *Factortame* dans laquelle il ne s’agissait finalement que de la *non-application d’une loi anglaise à un cas concret*, consécutive à la *déclaration d’incompatibilité* avec le droit communautaire. En 1994, les juges anglais vont oser un pas de plus, soit une *déclaration* cette fois-ci *générale et abstraite* de l’incompatibilité d’une loi anglaise avec le droit communautaire, *en dehors de toute application concrète* de ladite loi et donc avec des effets *erga omnes* et *pro futuro*. Il s’agissait en l’occurrence de l’effectivité de l’article 119 du Traité de Rome, l’un des rares articles qui formule un droit fondamental⁷², celui de l’égalité des rémunérations entre les travailleurs, quel que soit leur sexe. Ce principe s’étend au salaire ainsi qu’à tous les avantages payés directement ou indirectement. Les directives 75/117/CEE et 76/207/CEE avaient déjà spécifié ces règles d’égalité. Au Royaume-Uni, une loi de 1978⁷³ avait transposé ces règles en droit interne. En 1990, la Commission pour l’égalité des chances (*The Equal Opportunities Commission*) s’est adressée au Bureau d’Etat pour l’Emploi, en demandant la rectification de certaines dispositions de ladite loi de 1978, lesquelles, à son avis, contredisaient les règles de l’égalité de rémunération du droit communautaire. La Cour des Lords donna raison à la Commission. Les juges de la Cour des Lords n’ont tout de même pas été jusqu’à annuler la loi, car celle-ci continue à être applicable en dehors du champ d’application du droit communautaire, comme celui des territoires extra métropolitains britanniques. La Cour des Lords a ainsi créé un recours direct pour le *contrôle abstrait* des lois britanniques du point de vue de leur compatibilité avec le droit communautaire, un recours qui n’est pas, en outre, concentré dans la plus haute juridiction mais diffus entre toutes les cours⁷⁴ qui ont une compétence de *judicial review*⁷⁵. En ce sens aussi, l’arrêt de 1994 constitue une véritable innovation dans le droit constitutionnel anglais puisque les tribunaux semblent désormais avoir acquis un véritable pouvoir de *juger les lois*⁷⁶, sans que cela ne leur donne pour autant - encore ? - le droit de déclarer leur nullité.

A y regarder de plus près aussi, l’action menée par bon nombre de juges et de cours pour ériger un certain nombre de contraintes au Parlement souverain dans un contexte de droit communautaire, n’est finalement qu’un aspect d’un contrôle plus large exercé par les juges anglais depuis longtemps, le contrôle de *judicial review*. Celui-ci s’apparente en effet à un véritable contrôle de légalité qui oblige les juridictions anglaises à évaluer la conformité d’une norme par rapport à tout ce qui lui est supérieur. Dans le contexte particulier du droit communautaire ou européen, on attend finalement du juge anglais qu’il se prononce sur la conformité d’une loi subséquente à l’adoption des “ lois constitutionnelles ” de 1972 ou de 1998. Dans l’hypothèse où le Traité sur la Constitution européenne serait un jour incorporé dans l’ordre interne anglais et la loi de transformation consacrée en “ loi constitutionnelle ”, les juges anglais seraient invités, de la même manière qu’aujourd’hui, à exercer ni plus ni moins qu’un contrôle de *judicial review*⁷⁷. Pas de révolution, donc, mais plutôt une nouvelle évolution à prévoir⁷⁸ et dont le rôle principal devrait, une fois de plus, revenir aux juges. C’est en tout cas dans ce sens qu’il faudrait interpréter la pensée de M. Hunt puisque ce dernier encourage les juges à aller encore plus loin en la matière et surtout à ne pas se réfugier uniquement derrière le concept de “ loi constitutionnelle ”⁷⁹. Il pense en effet que ce sont les qualités évolutives de la common law qui devraient à l’avenir permettre au droit national de s’accommoder plus facilement aux exigences communautaires. Il en veut pour preuve que les juges anglais ont su récemment faire montre de créations hardies en matière de contrôle de *judicial review*. Or le contrôle de *judicial review* n’est autre qu’un prolongement du principe de *Rule of Law* dans le domaine du droit administratif. M. Hunt encourage aujourd’hui les juges à faire preuve de la même hardiesse dans l’examen des rapports, non plus seulement des règlements aux lois, mais des lois aux normes communautaires. Ce serait, à n’en point douter, un nouveau défi lancé à l’occasion de l’incorporation de la Constitution européenne au système anglais et une occasion unique pour les maîtres d’œuvre de ce système de renforcer davantage le principe de *Rule of Law*.

⁷¹ Traduit de l’anglais “ The Divisional Court ”, “ division ” de la “ Queen’s Bench Division ”.

⁷² “ Chaque Etat membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l’application du principe de l’égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. ”

⁷³ “ *Loi de consolidation pour la protection de l’emploi* ”. Traduit de l’anglais, “ *The Employment Protection Consolidation Act* ”.

⁷⁴ C’est aussi là une caractéristique de l’organisation juridictionnelle anglaise que ne vient pas contredire l’actuel projet de loi sur l’instauration d’une Cour Suprême. Cette dernière, qui devrait détrôner à terme, la Cour des Lords, ne sera pas une Cour constitutionnelle ou une Cour suprême à l’américaine.

⁷⁵ Cf. *infra* pp. 22-23.

⁷⁶ Sur ce sujet, voir J.W. Gough “ *Fundamental Law in English Constitutional History* ”, Oxford University Press, 1955.

⁷⁷ Sur tous ces points, consulter l’article de T.R.S. Allan “ *Parliamentary Sovereignty : Law, Politics and Revolution* ”, 1997, 113, LQR, p. 443.

⁷⁸ C’est déjà en ce sens que les juges anglais ont envisagé les choses depuis 1972 comme en attestent les arrêts suivants : *Macarthy Ltd v. Smith*, 1979, 3 All ER p. 325 ; *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Rees-Mogg*, 1994, 1 All ER, p. 457 ; *R v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte First City Trading Limited*, 1997, 1 CMLR, p. 250.

⁷⁹ Ses idées sont exposées dans “ *Using Human Rights Lane in English Courts* ”, *op. cit.*