

## Le développement du contentieux de la loi en Angleterre

Parvèz Dookhy, Docteur en droit, Secrétaire général de la Société des juristes francophones du Commonwealth

\*\*

Le droit constitutionnel anglais est présenté comme un droit historique (1) et conventionnel (2). Il serait le résumé descriptif (3) d'une longue pratique politique. Le droit constitutionnel britannique n'aurait connu ni de grands renouvellements, ni de changements radicaux par des textes (4). La Constitution anglaise serait, dans son acception organique, spontanée et souple (5). Elle serait non écrite. Le droit constitutionnel matériel ne serait pas formalisé.

Dans un tel schéma, le légicentrisme théorisé par le juriste d'Oxford, A. Venn Dicey (6), se veut être au cœur des institutions politiques britanniques. Avec le développement du système représentatif et le déclin de l'absolutisme royal au XVIII<sup>e</sup> siècle, les juges ont pu déclarer le principe de la souveraineté du monarque en son Parlement (*the Sovereignty of His/Her Majesty in Parliament*). La loi (*Act of Parliament*), oeuvre de trois organes, à savoir les communes, les lords et la Couronne, est la seule norme souveraine.

Pour classique qu'elle soit, cette lecture de la Constitution britannique pourrait, à notre avis, être nuancée. Elle relève davantage d'une exagération que d'une analyse rationnelle et approfondie. Deux ordres de considération nous conduisent à tenir un tel raisonnement. D'une part, la Common Law, ce droit à la fois coutumier, général, commun et jurisprudentiel, sert de fondement au système juridique et politique de la Grande-Bretagne, et, par voie de conséquence, encadre le pouvoir normatif du Parlement de Westminster (7). L'existence de la Common Law, selon une des nombreuses fictions qu'elle a engendrées, est immémoriale. Le juge ne la crée pas, mais la déclare (8). D'autre part, il existe en Angleterre, pays qui a fortement participé à la consécration et l'exportation du constitutionnalisme au monde (9), des lois fondamentales (10) qui constituent une sorte de bloc de constitutionnalité distinct des lois ordinaires.

Au regard de ce qui précède, il n'est pas illégitime de soutenir que le constitutionnalisme anglais est bien réel. D'ailleurs bien avant la naissance du constitutionnalisme dans sa forme moderne, il s'était développé au Royaume-Uni une théorie permettant aux tribunaux de limiter et amenuiser l'action du souverain et du Parlement dans certaines circonstances. Cette pratique se perpétue encore aujourd'hui tout en étant très subtile.

Toutefois, il ne demeure pas moins vrai que le système actuel de contrôle des lois par les juridictions n'est pas pleinement satisfaisant vu les nombreuses condamnations de l'Angleterre par la Cour européenne des droits de l'homme (11). Des textes de loi récents portant notamment sur l'immigration et la lutte contre le terrorisme paraissent porter gravement atteinte aux libertés individuelles. Certaines lois britanniques ne sont plus compatibles avec les valeurs d'une société moderne (12). Un fort mouvement doctrinal a milité en faveur de l'adoption par l'Angleterre d'une codification moderne des droits et libertés fondamentaux. Le gouvernement travailliste dirigé par Anthony Blair a dès lors lancé un projet de réforme tendant à une sorte de constitutionnalisation des droits fondamentaux en droit interne conformément à l'annonce faite par Sa Majesté la reine Elisabeth II d'Angleterre lors de son discours sur le programme gouvernemental (discours du trône) du 14 mai 1997.

Une réflexion approfondie sur la place des principes fondamentaux dans la hiérarchie des normes en Grande-Bretagne est dès lors inévitable. Elle implique que le système normatif britannique soit analysé dans son fonctionnement concret (I) afin d'apprécier la teneur des réformes envisagées (II) et voir éventuellement comment le contentieux de la loi gagnera en effectivité.

### I. Le système actuel du contrôle juridictionnel de la loi

Le système actuel est infiniment complexe et oscille entre deux principes antinomiques. Le légicentrisme (B) demeure au cœur des principes du droit constitutionnel britannique mais lui-même est enfermé dans un système normatif, voire soumis à des normes fondamentales (A). Il y a lieu de démontrer comment s'organisent et se concilient ces deux notions.

#### A. Les normes fondamentales

Deux catégories de normes fondamentales sont à distinguer : les normes écrites (1) et celles dites « non écrites » ou jurisprudentielles (2). Une telle classification, classique chez les juristes, pourra apporter une dose de rationalité à un système très riche.

#### 1. Les normes écrites

Il est scientifiquement erroné de soutenir que la Constitution britannique est totalement non écrite et est simplement coutumière tant il existe en Grande-Bretagne plusieurs textes à valeur constitutionnelle (13). L'affirmation contraire ne nous paraît pas pouvoir être conservée. La Grande Charte (*Magna Carta*) de 1215, votée par le Parlement anglais avant même la création de la Grande-Bretagne, et qui est toujours en vigueur (14), a posé de grands principes de droit portant notamment sur l'indépendance de l'Eglise, l'administration de la cité de Londres, la liberté individuelle et la protection contre l'arbitraire. De même, la Déclaration des droits (*Bill of Rights*) de 1689 protège les individus contre l'arrestation arbitraire, rétablit la monarchie constitutionnelle, fonde le principe de l'immunité parlementaire, le droit du détenu à la liberté provisoire et affirme la prééminence des lois du pays sur le droit discrétionnaire du roi. La loi d'établissement (*Act of Settlement*) du 12 juin 1701 dispose encore que le souverain doit se conformer à la communion de l'Eglise d'Angleterre et que les juges sont inamovibles (15). Par ailleurs, d'autres textes, particulièrement les lois sur le Parlement de 1947 et de 1958 et le Statut de Westminster de 1937 (qui politiquement ne peut plus être révisé) (16), régissent les rapports entre les principales institutions publiques. Seul le fonctionnement du cabinet (17) échappe substantiellement à la législation et est régi par les conventions constitutionnelles.

Certes, ces textes n'ont pas en droit strict une force supralégislative mais disposent d'une forte autorité morale acceptée par les acteurs politiques et ainsi jouissent d'un caractère supérieur aux lois ordinaires. La Constitution britannique est dite souple dans la mesure où le droit constitutionnel matériel n'est pas formalisé. D'un point de vue technique, les lois constitutionnelles peuvent être révisées selon la procédure ordinaire de vote de la loi (18). Il faut quand même se méfier de croire, surtout lorsqu'il s'agit du droit anglais, que la théorie juridique est illustrative de la réalité. Il existe une pratique constante à la Chambre des lords (19) qui veut que les rares projets de loi constitutionnelle soient examinés avec plus d'attention par une commission élargie des pairs actifs de la Chambre alors que les projets de loi ordinaire ne

sont examinés que par une commission restreinte (20).

Enfin, il y a lieu de souligner que si l'objectif d'une Constitution formalisée est d'assurer la stabilité de la norme fondamentale, le constitutionnalisme britannique est, sur ce plan, une très grande réussite. La Grande-Bretagne est un des rares pays à avoir connu une histoire constitutionnelle quasi stable et suffisamment pacifique.

Bien entendu, il ne faut perdre de vue que le droit fondamental britannique comporte une part non moins importante de normes jurisprudentielles.

## 2. Les normes jurisprudentielles

Le droit britannique peut se distinguer de celui de la famille juridique romano-germanique sur le point suivant. En Angleterre, l'énonciation des grands principes du droit s'effectue aussi dans une plus large mesure par les juridictions. La loi n'apporte que des correctifs et additifs aux principes du droit commun (la Common Law) déclarés par le juge (21). L'Angleterre est ainsi, peut-on dire, un Etat de jurisprudence.

La Common Law peut être divisée en deux catégories de normes jurisprudentielles. La première catégorie est composée de normes techniques et ordinaires et la deuxième, de normes fondamentales qui constituent les grands principes du droit anglais (22). A. Venn Dicey soutenait à juste titre que la Common Law contient en elle les garanties posées par la Déclaration des droits des Etats-Unis d'Amérique de 1787 (23). La Common Law consacre, par exemple, le principe de la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la justice et l'impartialité des juges, les principaux droits de la défense et le principe d'une justice équitable et loyale (*rules of natural justice*), la liberté individuelle et la liberté d'expression, autant de principes jurisprudentiels qui ont été ensuite formalisés dans les Constitutions du Commonwealth. Aussi, le principe du règne du droit (*rule of law*) (24) permet aux tribunaux de contrôler l'Administration et les actes de prérogative royale et éventuellement des lois (25) sans pour autant censurer formellement cette dernière catégorie de normes.

En effet, la Common Law de nature constitutionnelle forme un corps de règles supérieures aux lois. Cette doctrine fut appliquée expressément par lord Coke, alors haut magistrat, dans la célèbre affaire du docteur Bonham (26) en 1610. Lord Coke considère que : « Nos recueils montrent que dans de nombreux cas, la Common Law revient sur des actes du Parlement (lois) et parfois les déclare absolument nuls. Car si un acte du Parlement est contraire au droit et au sens commun, ou répugnant ou inapplicable, la Common Law reviendra dessus et le déclara nul (27). » Lord Coke part de l'idée que la Common Law n'est que la raison. En tant que telle, elle s'impose au pouvoir législatif (28).

Cependant, une telle position aussi radicale de la jurisprudence n'a pas triomphé en Angleterre (29). Le juge contemporain adopte une démarche mesurée. Le contrôle constitutionnel direct et exprès des lois n'y est pas pratiqué. Mais le juge britannique n'applique une loi qu'après l'avoir interprétée (30) ou même après l'avoir rendue conforme (31) aux grands principes de la Common Law (32). Cette méthode ressemble à la technique de l'interprétation neutralisante et constructive (33) employée par le juge constitutionnel français. Dans un cas, le juge supprime dans sa lecture de la norme le vice de non-conformité et, dans l'autre, il ajoute une signification supplémentaire au texte afin d'anéantir sa non-conformité aux droits fondamentaux.

Le contrôle par l'interprétation est susceptible de revêtir deux formes. Premièrement, toute législation est interprétée de telle manière à ce que soient évités les conflits avec les droits fondamentaux de la Common Law. Le deuxième type d'interprétation implique une présomption encore plus nette en faveur de la liberté.

En effet, une disposition législative qui transgresse clairement et ouvertement un droit protégé par la Common Law est réputée comme non écrite à moins qu'elle ne soit précédée d'une déclaration sans équivoque faisant ressortir que le contenu de la loi en question produit son effet en dépit de tel ou tel principe de la Common Law (34). Une dérogation expresse aux droits fondamentaux est nécessaire mais ceci est politiquement difficile à obtenir.

Par ailleurs, le juge britannique, dans son contrôle concret des lois, se permet de critiquer fermement celles-ci pour leurs ambiguïtés ou malfaçons rédactionnelles (35).

Certes, le Parlement de Westminster conserve toujours la faculté de corriger toute interprétation judiciaire considérée comme erronée à travers une nouvelle législation. Il y a lieu de souligner néanmoins que le prestige et l'autorité des hauts magistrats britanniques font que les principes constitutionnels déclarés de la Common Law soient des normes quasi immuables d'autant plus qu'ils font maintenant partie des principes généraux du droit commun des Etats membres de l'Union européenne (36). De surcroît, ils sont érigés en normes supranationales.

La supériorité de la Common Law jurisprudentielle est dissimulée et n'est jamais proclamée expressément par le juge britannique sans doute pour des raisons tenant à l'image démocratique du système institutionnel du Royaume-Uni. On peut sérieusement se demander si la supériorité de la Common Law ne se cache pas derrière le principe, certes fictif, mais affirmé avec rigueur, de la souveraineté du Parlement.

## B. Le légicentrisme

En Angleterre, le légicentrisme est considéré comme le principe fondateur du droit constitutionnel moderne. Le concept demeure très vivant (1) malgré les aménagements qui y sont formellement apportés (2) notamment pour les besoins de la construction européenne.

### 1. Le concept

Selon A. Venn Dicey, « la reine d'Angleterre en son Parlement » peut faire ou abroger toute loi et aucune autre autorité ne peut annuler une loi (37). Le Parlement est à la fois une assemblée législative et constituante, il est libre dans sa législation (38). La source de toute norme dérive du Parlement (39). La loi est la norme de référence et est exaltée comme dans la Constitution française de 1791. Le juge ne peut être que la bouche de la loi et ne peut contrôler ni la validité interne ni externe d'une loi promulguée (40) (c'est-à-dire qui a reçu l'assentiment du monarque). Le Parlement détient le monopole de création des lois. Le référendum n'a qu'une valeur consultative.

A. Venn Dicey concevait toutefois un autocontrôle du Parlement lui-même afin de respecter les valeurs constitutionnelles (41). En réalité, le principe même de la souveraineté du Parlement repose sur une convention constitutionnelle et des moeurs propres à l'Angleterre qui sont des garde-fous du système (42). D'autres éminents théoriciens du droit anglais, sir W. Blackstone (43) et J. Locke (44) notamment, pensent que le pouvoir parlementaire doit être limité et respectueux des droits naturels. Toutefois, cette idée de la supériorité des droits naturels doit relever de la morale et la raison car aucune sanction juridictionnelle n'est prévue en cas de méconnaissance par le législateur de ces droits fondamentaux. J. Locke ne prévoit qu'un hypothétique droit à la résistance du peuple le cas échéant. En revanche, certains hauts magistrats, dont lord W. of Barnes, souscrivent à la thèse selon laquelle au cas où le Parlement de Westminster méconnaît substantiellement les droits fondamentaux, le juge sera alors tenu de sanctionner ouvertement la

loi (45).

Dans la pratique, si un projet de loi apparaît violer un principe général de Common Law, les lords judiciaires, en tant que parlementaires, feront connaître leurs points de vue dès le stade de la discussion sur le projet ou même dès sa préparation (46) et le gouvernement prend soin de se conformer aux avis juridiques des lords judiciaires.

## 2. Les aménagements

Bien qu'il n'y a pas eu en Angleterre de revirement de jurisprudence de type opéré dans l'arrêt *Nicolo* (47) en France pour consacrer en droit interne la primauté de la norme européenne sur la loi, en réalité le juge anglais respecte et applique le principe de la supériorité du droit communautaire (48) en vertu d'une loi anglaise sur les Communautés européennes (*European Community Act 1972*) du 17 octobre 1972 qui dispose (49) que les normes juridiques doivent être interprétées dans le sens qui les rend conformes aux stipulations des traités instituant la Communauté et aux normes dérivées. Le principe de la primauté est habillé en règle d'interprétation (*rule of construction*) (50). En théorie pure, cette solution ne bouleverse pas la hiérarchie des normes (51). Le droit communautaire fait partie de l'ordonnement juridique anglais et prime les normes législatives qu'en vertu d'une loi interne. Le dogme de la souveraineté de la loi est ainsi maintenu car le législateur ne fait qu'obéir aux règles qu'il se donne lui-même (52). La loi reste la norme suprême en ce sens que c'est elle qui fonde la primauté du droit communautaire. Des hauts magistrats britanniques soutiennent cette thèse. Ils prennent bien soin de s'appuyer sur la volonté du Parlement et soulignent que la primauté du droit communautaire ne porte pas atteinte à la souveraineté du Parlement (53). Ils veulent exprimer un respect tout théorique du principe selon lequel le Parlement de Westminster ne peut lier son successeur tout en se montrant très sceptique sur la possibilité de revenir sur l'engagement européen.

Les lords judiciaires ont largement fait usage de la technique de l'interprétation conforme (54) des lois lors de l'application du droit communautaire pour éviter, dans un premier temps, toute contrariété. Ainsi, dans l'affaire *Dame Garland* (55), les lords, en confrontant la loi anglaise de 1975 sur l'interdiction des discriminations sexuelles (*Sex discrimination Act 1975*) à l'article 119 du traité de Rome, opèrent une interprétation neutralisante de certaines dispositions de celle-ci de sorte à la rendre conforme à celui-ci. Plutôt que de déclarer l'incompatibilité de la loi, les lords rendent inopérant le vice de la loi. L'arrêt *Dame Pickstone* illustre davantage l'effort d'interprétation des lords judiciaires pour anéantir la contrariété de la loi anglaise. Une interprétation selon les règles classiques aboutissait à donner à la loi, en l'occurrence la loi modifiée sur l'égalité des salaires entre hommes et femmes de 1970 (*Equal Pay Act 1970*), un sens contraire à l'objectif qui avait présidé sa rédaction. Selon Lord O. of Aylmerton, s'en tenir à l'interprétation littérale de la loi eût signifié que le Parlement avait manqué à son objectif et il appartient à la cour de rétablir la conformité de la loi au regard du droit communautaire (56).

En revanche, les lords étaient bien conscients que la technique de l'interprétation conforme a des limites (57). Ainsi, la Chambre des lords n'a pas occulté la difficulté juridique dans l'affaire *Factortame* (58) dans laquelle une loi violait manifestement le droit communautaire. Les termes de la loi incriminée étaient sans ambiguïté aucune. Après un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés, la Chambre des lords prononça la suspension de la loi (59) pour méconnaissance du droit communautaire par le biais du prononcé d'une mesure conservatoire. La motivation de la décision des lords est subtile (60) car ils ont encore une fois soucieux de démontrer que le principe de la souveraineté du Parlement n'est pas méconnu. Le juge n'a pas invalidé la loi mais l'a privée simplement d'application (61).

En revanche, dans un arrêt plus récent (62), la Chambre des Lords a infléchi davantage le principe de la souveraineté du Parlement en investissant le gouvernement de la charge de démontrer la conformité de la loi au regard du droit communautaire (63). Jusqu'à cet arrêt, les lords accordaient aux lois une présomption réfragable de conformité et il appartenait à celui qui invoquait la non-conformité de la prouver. Désormais, le gouvernement est requis de défendre les lois toutes les fois qu'elles sont contestées devant le juge.

Certains commentateurs qualifient désormais la Chambre des Lords de « juridiction constitutionnelle » chargée de contrôler en dernier ressort la conventionnalité de la loi (64) et avancent que le droit communautaire constitue désormais une Constitution pour l'Angleterre en ce sens qu'il a posé un nouvel ordre juridique (65). Le droit communautaire est une des « règles de validité » (*rules of recognition/Grundnormen*) des lois internes (66).

Si ce contrôle est obligatoire en droit communautaire, il n'est que facultatif pour le juge s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme. Celle-ci n'a pas été incorporée en droit interne (67). La lecture conciliatrice de la norme interne à la Convention européenne (68) reste encore une technique utilisée timidement (69) par le juge malgré certaines évolutions positives (70).

Le contrôle juridictionnel exprès de la loi est limité au droit communautaire en dépit de l'immense effort de la doctrine tendant à soutenir l'applicabilité directe de la Convention européenne (71).

L'idée d'une déclaration des droits (*Bill of Rights*), reprise par le gouvernement actuel, pourrait *a priori* apporter une contribution importante au développement du contentieux de la loi.

## II. La réforme envisagée

Pour séduisante qu'elle soit, l'élaboration d'une déclaration des droits appelle de la part des politiques et juristes une volonté profonde d'évolution et une nouvelle lecture du système politique anglais. Mais ceux-ci sont par tradition très prudents. Cette qualité d'esprit, conjuguée avec le conservatisme britannique, est un sérieux obstacle à la réforme du système constitutionnel.

Toute proposition d'une déclaration des droits se heurte à des difficultés théoriques (A) tenant aux caractères de la Constitution britannique. La solution proposée par le gouvernement a pour finalité d'essayer de contourner ces problèmes (B).

### A. Les difficultés théoriques

Le dogme de la souveraineté du monarque en son Parlement demeure, en l'absence d'une révolution juridique claire et nette, un principe incontournable et ne peut pas être concilié avec l'idée d'une déclaration des droits à valeur supralégislative. Le Parlement ne peut méconnaître sa souveraineté (1). Par ailleurs, l'essence même de la Common Law est peu compatible avec l'existence des normes écrites (non jurisprudentielles) supérieures aux lois (2).

#### 1. L'impossibilité pour le Parlement de se limiter

Le principe de la souveraineté du Parlement, déjà rencontré, comporte plusieurs corollaires parmi lesquels figure celui que le Parlement, en tant qu'organe suprême, ne peut se lier ou lier son successeur, c'est-à-dire, se limiter (72). Aucune norme juridique ne peut être supérieure aux lois adoptées par le Parlement. L'absence d'une Constitution au sens formel du terme est due précisément à ce principe qui veut que le Parlement puisse tout faire (73) sauf se limiter. Cette

impossibilité de se limiter est inhérente à la souveraineté même (74). Toute clause limitative, par exemple celle portant sur les droits fondamentaux, pourra être méconnue par ce même Parlement ou son successeur.

Ce point de vue a été affirmé avec vigueur par la cour d'appel anglaise dans l'arrêt *Ellen Street* (75). Selon le Lord-juge Maugham, les juges appliqueront toujours la loi la plus récente (76) en vertu de la règle *leges posteriores contrarias abrogant* (77). C'est toujours le dernier état de la volonté du Parlement qui prime. La loi postérieure peut réformer implicitement la loi antérieure.

Ce principe est tenace dans la mesure où il ne fait pas partie du droit écrit et constitue le fondement même du système institutionnel de la Grande-Bretagne. Si bien qu'il a pour conséquence de rendre impossible la protection de toute loi fondamentale contre toute abrogation ou réforme future. Le Parlement doit disposer en permanence des mêmes pouvoirs et ne peut abandonner sa souveraineté. L'idée d'une déclaration des droits dotée d'une valeur supérieure aux lois est donc contraire à ce principe.

Cette difficulté aurait pu rester marginale, voire même peu significative, si le dogme de la souveraineté du Parlement n'était pas lié à une tradition et à un système juridique.

## 2. La tradition de la Common Law

Il convient de souligner que dans la philosophie de la Common Law, le Parlement ne fait qu'apporter des corrections ou additifs aux normes jurisprudentielles déclarées par le juge (78). Les lois sont votées pour redresser certaines situations ou remédier à des difficultés particulières. La liberté en Grande-Bretagne est le résultat d'un état d'esprit et d'une pratique plutôt que d'un ensemble de règles de droit écrit (79). L'adoption d'une déclaration des droits serait une entorse à la tradition qui est celle d'une législation *ad hoc*, au cas par cas, et pragmatique en ce sens qu'elle n'a pour objectif que de résoudre des difficultés identifiées.

Compte tenu de ce qui vient d'être dit, la Common Law jurisprudentielle est le lieu privilégié de protection des droits fondamentaux (80). Certains hauts magistrats pensent, à l'instar de A. Venn Dicey, qu'il appartient uniquement aux tribunaux, en vertu de leur compétence inhérente, d'assurer la protection des droits fondamentaux (81) dans le cadre d'un usage raisonnable par le législatif et l'exécutif de leurs pouvoirs. Les hauts magistrats sont investis d'une double mission : rendre la justice et diriger le développement du droit (82). L'élaboration d'un catalogue des droits fondamentaux enlèverait au juge une part importante de leur mission.

Comment alors attribuer à l'éventuelle déclaration des droits une immunité législative sans méconnaître le principe de la souveraineté du Parlement et la tradition de la Common Law ? Sujet ardu s'il en est, mais les théoriciens britanniques du droit n'ont pas manqué d'imagination et d'originalité et ont proposé plusieurs solutions.

## B. Les solutions possibles

Analyser en détail les différentes propositions conduirait sans doute à une intéressante et démonstrative étude. Mais ce serait vouloir être trop exhaustifs. Par commodité de présentation, nous aborderons que les deux grandes tendances qui se sont dégagées au sein de la doctrine. La première cherche à attribuer à la déclaration une grande autorité morale (1) et la deuxième consisterait à incorporer le texte de la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne britannique (2).

### 1. Attribuer à la déclaration une grande autorité morale

Cette solution est assez complexe quand bien même elle s'inscrirait parfaitement dans le système et la tradition britanniques. Nous avons en effet vu qu'il existe en Grande-Bretagne des textes de loi ayant une force particulière, telles la Grande Charte de 1215 ou encore la Déclaration des droits de 1689. Ces textes ne possèdent pas, en théorie pure, une valeur constitutionnelle reconnue et garantie par le droit. En revanche, sur le plan politique, ils ne peuvent plus être révisés et ont acquis ainsi une force morale particulière. L'éventuelle déclaration des droits pourrait épouser une telle forme. Elle conduirait en réalité à un infléchissement de la suprématie parlementaire en ce sens que sa protection serait plus pragmatique que dogmatique. La valeur morale attribuée à la déclaration lui permettrait de peser avec force dans les débats portants sur des projets ou propositions de loi touchant aux libertés publiques (83). Dans un pays où il est largement accepté que la Constitution est conventionnelle et se forme sur la base d'un consensus entre les trois grands pouvoirs de l'Etat, une telle solution semble être envisageable.

Dans le même ordre d'idées, une personnalité particulièrement autorisée (84) a proposé l'adoption par l'Angleterre d'une déclaration des droits du modèle néo-zélandais (85). La Nouvelle-Zélande s'inscrit dans la même tradition de la souveraineté du Parlement et la Common Law mais a adopté en 1990 une Déclaration moderne des droits fondamentaux. Les dispositions de la Déclaration néo-zélandaise n'ont pas de valeur supérieure aux lois. Néanmoins, les juges ont obligation d'interpréter les lois antérieures et futures à son entrée en vigueur en conformité avec ses énonciations dès lors qu'une telle interprétation est juridiquement possible (86). Par ailleurs, lors de l'élaboration des projets ou propositions de loi, le conseiller juridique du gouvernement et ministre de la Justice (*The Attorney General*) est chargé d'attirer l'attention du Parlement sur toute éventuelle méconnaissance du projet ou proposition en question de la déclaration (87). Le contrôle politique de la conformité des lois à la déclaration est ainsi organisé et renforcé.

Il faut avouer que cette proposition est timide (88) et ne présenterait en réalité aucune évolution substantielle dans la pratique du contentieux de la loi en Angleterre par rapport au système actuel.

### 2. L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne

Cette solution a pour mérite de permettre à la Convention de faire partie de l'ordonnement juridique de la Grande-Bretagne et lui facilitera, par voie de conséquence, le respect de ses engagements internationaux.

La doctrine a présenté deux voies pour l'incorporation de la Convention. Ou l'Angleterre ne fait qu'inscrire la Convention en droit interne à travers une loi sans aucune mention particulière. Ou elle incorpore la Convention à la manière de la loi de 1972 sur les Communautés européennes, c'est-à-dire, en faisant ressortir que la Convention et la jurisprudence de la Cour européennes priment, bien entendu en vertu de la technique d'interprétation, les lois britanniques (89). Le principe de la souveraineté du Parlement serait aussi théoriquement sauvegardé dans la mesure où les juges sanctionneraient la primauté de la Convention en vertu de la loi d'incorporation. Les justiciables britanniques pourraient invoquer directement les stipulations de la Convention européenne devant leurs tribunaux nationaux. Bien entendu, il va de soi que le législateur ordinaire pourra à tout moment abroger la loi d'incorporation. Cependant, on peut concevoir que le légicentrisme entrerait dans un « état comateux » (90) en restant capable de revivre à tout moment comme il l'est à l'égard du droit communautaire.

L'incorporation de la Convention européenne est une solution radicale car elle permettrait certainement au juge de prononcer la suspension de la loi en cas de violation des normes de la Convention comme dans le contentieux

communautaire interne. Cette voie ne manquerait pas d'emblée d'apparaître, dans un pays hostile au changement, comme périlleuse du fait qu'elle confère un pouvoir trop grand à la magistrature.

Entre les deux propositions susmentionnées, il existe plusieurs variantes intermédiaires qui pourraient donner matière à réflexion aux autorités politiques de la Grande-Bretagne. A titre illustratif, on peut citer le modèle canadien de protection des droits fondamentaux. Le législateur est soumis à la Charte des Droits et des Libertés de 1982 (91) tout en conservant la possibilité d'y déroger que de manière expresse. Le modèle hong-kongais de la déclaration des droits (92) est inspiré de l'adage *leges posteriores contrarias abrogant*. Toute loi antérieure à son entrée en vigueur doit se lire au regard de ses dispositions. Par contre, les lois postérieures peuvent abroger implicitement la déclaration.

La démarche du gouvernement britannique se veut être une troisième voie, par rapport aux deux autres précédemment analysées. Le gouvernement britannique veut instaurer un système original qui concilie la tradition de la souveraineté du Parlement à un système plus développé de contrôle juridictionnel des lois (93) afin d'obtenir un grand consensus politique.

### C. Le projet gouvernemental

Le projet du gouvernement britannique comporte deux axes principaux de réformes tout en constituant à la fois une sorte de synthèse des différentes propositions élaborées par les théoriciens du droit et en innovant sur un point que nous examinerons plus loin. Dans le délicat équilibre entre le contrôle de la loi et la sauvegarde de la tradition politique, le projet du gouvernement aboutit à des solutions fort subtiles et empreintes d'une bonne part de complexité. La quasi-totalité des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que nombreux de ses protocoles additionnels seraient incorporés en droit interne britannique, mais ces normes produiraient leurs effets à l'encontre des lois selon un mécanisme dont le fonctionnement est assez lourd.

La loi devrait désormais être autant que possible conciliée à la Convention, à laquelle toutes les autorités étatiques (à l'exception notable du Parlement de Westminster) seraient soumises (1). Ce n'est qu'en cas d'impossibilité de conciliation que le juge pourrait émettre une déclaration d'incompatibilité (*declaration of incompatibility*) (2).

#### 1. La conciliation de la loi et la soumission de l'Administration à la Convention

Une loi britannique, intitulée « Loi sur les Droits de l'homme » (*The Human Rights Act*) reprendrait dans une annexe la plupart des dispositions de la Convention européenne. La Loi sur les Droits de l'homme ne bénéficierait d'aucune rigidité particulière, ou pour reprendre la terminologie utilisée en Common Law, elle ne serait pas retranchée (*entrenched*). Ce qui signifie qu'en théorie pure elle pourrait être réformée, voire abrogée, par la procédure ordinaire de vote de la loi (94).

Le projet de loi prévoit que toute norme juridique, la loi comme le règlement, devrait être construite lors de son application par le juge dans le sens à la rendre compatible aux dispositions incorporées de la Convention. Le législateur veut imposer au juge une règle d'interprétation un peu à la manière de la loi de 1972 sur les Communautés européennes. Cette règle d'interprétation conciliante obligatoire s'appliquera aussi bien aux lois antérieures qu'aux lois postérieures alors qu'actuellement la conciliation des lois à la Convention fait partie du pouvoir discrétionnaire du juge. Le législateur ne fait que légaliser et rendre impérative une pratique de certains juges. Pour déterminer le sens et la portée d'une stipulation de la Convention, le juge britannique serait contraint notamment de se référer à la jurisprudence de la Cour européenne (95).

Par ailleurs, pour autant que nous puissions nous risquer à un exercice quelque peu divinatoire, il nous semble que la soumission de la loi ordinaire à la loi sur les Droits de l'homme (ou la Convention européenne) pourrait avoir lieu par le biais du contrôle juridictionnel de la régularité des actes administratifs. En effet, le projet gouvernemental comporte une disposition capitale selon laquelle toute autorité publique (y inclus les Cours de justice) doit respecter la Convention et toute action administrative violant celle-ci serait considérée comme irrégulière (*unlawful*) (96). En l'absence en droit positif anglais d'une théorie de type de la « loi fait écran », les juges pourraient et seraient tenus en vertu de la loi sur les Droits de l'homme de confronter toute action ou décision de l'Administration même autorisée par une loi (ordinaire) aux dispositions de la Convention. Ce type de contrôle indirect des lois permettrait aux juges de neutraliser toute disposition législative qui méconnaît les droits de l'homme. Ainsi, les normes réglementaires d'exécution de la loi pourraient être annulées pour excès de pouvoirs (*ultra vires*) (97) dès lors qu'elles violent la Convention. Par ce biais, la loi (ordinaire) méconnaissant la Convention sera privée d'application.

Il s'ensuit que la loi perdrait sa qualité d'unique norme de référence des décrets d'application et il faudrait alors s'en féliciter. Le projet de loi du gouvernement se veut être davantage audacieux en permettant au juge de réprimander des lois irrégulières.

#### 2. La déclaration d'incompatibilité

Cette solution constitue la grande innovation dans la pratique du contentieux de la loi outre-Manche. Elle ne pourrait manquer de donner le sentiment à première vue que le mythe de l'infaillibilité de la loi est en passe d'être sérieusement abandonné. On s'acheminerait sans doute vers l'instauration d'un véritable contentieux de la loi qui aurait désormais une structure et une procédure propres.

En l'occurrence, l'article 4 du projet de loi énonce que les cours supérieures (98) pourraient prononcer des déclarations d'incompatibilité à l'encontre des lois en cas d'impossibilité de conciliation. Désormais, le juge supérieur pourrait confronter directement la loi à la Convention.

Il convient de préciser toutefois que, selon l'énoncé du projet de loi, la déclaration d'incompatibilité n'emporterait ni la non-application de la disposition législative incriminée (99) ni encore son annulation. La loi ne serait pas censurée (100). Le projet ne prévoit qu'une procédure accélérée (*fast-track procedure*) de réforme de la loi déclarée incompatible. La réforme pourrait avoir lieu par décret (*Order*) sujet à l'approbation des deux chambres du Parlement et, en cas d'urgence particulière, le décret modifiant la loi produirait immédiatement ses effets.

Si le projet du gouvernement représente une avancée significative dans le contentieux de la loi, on ne peut pas dire qu'elle constitue une véritable révolution juridique. On ne manquera pas d'être frappé par les difficultés que peuvent susciter son fonctionnement et celles-ci appellent quelques réserves de notre part.

En effet, la déclaration d'incompatibilité ne produit aucun effet sur la validité d'une loi déclarée incompatible. Pour séduisante que puisse être la déclaration d'incompatibilité, elle n'aurait de sens que si elle annule la loi ou, du moins, la suspend jusqu'à une réforme conforme de la loi. Or, la loi litigieuse demeure applicable au cas de l'espèce que la cour a à juger. L'application d'une telle loi incompatible ne pourrait que susciter de la part du justiciable un sentiment d'injustice.

Cette solution est hasardeuse (101) et porterait gravement atteinte à l'image que doit projeter la justice et, sauf à vider cette notion de tout son sens, serait contraire à l'adage « il ne suffit pas que la justice soit rendue, mais encore

faut-il qu'elle soit apparente » (*Justice must not only be done, but must also be seen to be done*) auquel le juge britannique a toujours manifesté son attachement (102).

Par ailleurs, l'argument de l'incompatibilité ne pourra être excipé qu'en appel si le litige ne relève pas de la compétence de la Haute Cour de justice en première instance. Mais force est de constater qu'un important contentieux en matière correctionnelle, du droit du travail, de la Sécurité sociale, du droit des étrangers et du droit de la famille est tranché au premier degré de juridiction par d'autres tribunaux sous le contrôle de la Haute Cour de justice. Il serait regrettable que l'exception d'inconventionnalité ne puisse valablement être invoquée que si une des parties au procès interjette appel contre le jugement des tribunaux de première instance. On parvient ainsi à un résultat dont l'absurdité ressort clairement du fonctionnement du système. Sauf encore à dénaturer la justice, on voit mal comment seul un juge d'appel pourrait trancher certains points d'un litige et disposer plus de pouvoirs que le premier juge. Une juridiction d'appel ne peut statuer que dans les limites de la compétence du juge du premier degré comme l'exprime l'adage « *tantum devolutum quantum judicatum* ». De même, il apparaît tout aussi irrationnel de priver toute une catégorie de justiciables du droit de demander l'application de leurs droits les plus fondamentaux en première instance.

Enfin, il faut s'interroger sur l'intérêt même des plaideurs à soulever la contrariété de la loi à la Convention alors que la déclaration d'incompatibilité ne va pas s'appliquer à leur procès. Puisque celle-ci ne vaut que pour l'avenir et n'a de portée que sur le plan politique et non juridique, tout avocat soucieux de l'intérêt de son client invoquera d'autres moyens plus effectifs et opérants. Par voie de conséquence, l'exception d'inconventionnalité ne sera soulevée que par des plaideurs idéologiques, ce qui réduira considérablement sa portée. Nous ne pouvons cacher, sur ce point précis, notre sérieux scepticisme et appeler aux autorités politiques concernées pour une modification du projet afin de favoriser un contrôle plus poussé de la loi et préserver l'essence de la justice.

### Conclusion

Au terme de cette étude, il apparaît clairement que l'Angleterre est en train de manquer une occasion pour élaborer un nouveau dispositif constitutionnel adapté aux réalités et besoins du troisième millénaire. Une large partie de la doctrine restera sur sa faim (103). Une rationalisation du système juridique et politique de la Grande-Bretagne, qui passe nécessairement par une délimitation expresse des pouvoirs du Parlement, l'élaboration d'une véritable Constitution comprenant un catalogue complet des droits et libertés fondamentaux (104) et l'instauration d'une véritable cour suprême (105), n'aura pas lieu, semble-t-il, avant longtemps. La proposition d'instaurer un système de contrôle *a priori* des normes législatives d'après le modèle français, qui eût maintenu le dogme de l'infaillibilité de la loi promulguée (106), n'a pas non plus été reprise par le législateur.

Que le projet gouvernemental de réforme représenterait néanmoins une évolution positive dans la protection juridique des droits fondamentaux n'est guère contestable. Désormais, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme occuperait une place privilégiée dans la motivation des décisions de justice et le contrôle politique de la conformité des normes réglementaires et législatives à la Convention serait renforcé. Le projet prévoit que le ministre de la Justice est chargé de démontrer aux députés et lords l'absence de toute contrariété de tout projet de loi en discussion au Parlement de Westminster à la Convention européenne.

La pratique institutionnelle étant ce qu'elle est en Angleterre, c'est-à-dire souvent contraire à son objectif, seul l'avenir dira ce qu'il adviendra de la réforme.

### Mots clés :

**DROIT COMPARÉ** \* Grande-Bretagne \* Contentieux de la loi \* Développement

- (1) E. Barendt, *Is there a United Kingdom Constitution ?*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, vol. 17, p. 137 à 146, V. p. 137.
- (2) B. Uwanoo, *Les conventions de la Constitution en Grande-Bretagne*, Thèse, Université de Paris X, 1982, 544 p.
- (3) S. Sedley, *The sound of silence : Constitutional Law without a Constitution*, *The Law Quarterly Review*, 1994, vol. 110, p. 270 à 291, V. p. 270.
- (4) J.-H. Baker, *An introduction to English legal history*, Londres, Butterworths, 1990, 673 p., V. p. 1 et s.
- (5) C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Droit politique et théorique, 1995, 601 p., V. p. 39 à 40.
- (6) A. Venn Dicey, *Introduction to the study of the Constitution* (1885), Londres, Macmillan & Co. Ltd., 1962, 535 p.
- (7) The honourable sir John Laws, *Law and democracy*, Public Law, 1995, p. 72 à 93, V. p. 87.
- (8) Lord Reid, *The Judge as a law-maker*, *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1972, p. 22 à 29, V. p. 22.
- (9) Les autorités britanniques ont octroyé des Constitutions modernes aux nouveaux Etats du Commonwealth. V. sur le sujet S.A. de Smith, *The new Commonwealth and its Constitutions*, Londres, Stevens & Sons, 1964, 312 p., W. Dale, *The making and remaking of Commonwealth Constitutions*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, p. 67 à 83 et Parvèz Dookhy, *La justice constitutionnelle dans les pays du Commonwealth*, *Bulletin de la Société des juristes francophones du Commonwealth*, juill. 1997.2 à 5. Sur la migration du constitutionnalisme britannique en Amérique, V. J. Reist Stoner, *Common Law and liberal theory : Coke, Hobbes and the origin of American constitutionalism*, University of Kansas, 1982, 287 p.
- (10) J. Wiedhoff Gough, *L'idée de la loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, PUF, Léviathan, 1992, 250 p.
- (11) Lord Lester of Herne Hill, Q.C., « *European Human Rights and the British Constitution* », p. 33 à 53, in J. Jowell et D. Oliver, *The changing Constitution*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 470 p., V. p. 42 et s. sur les violations de la Convention

par la Grande-Bretagne.

**(12)** S. Kentridge, Q.C., *Parliamentary supremacy and the judiciary under a Bill of Rights : some lessons from the Commonwealth*, Public Law, 1997, p. 96 à 112. L'auteur écrit que : « Unfortunate as it may be, the European Court of Human Rights is simply not respected in this country. True enough, the government and Parliament itself in practice defer to its decisions », *ibid.*, p. 101.

**(13)** Il faut néanmoins souligner que les normes constitutionnelles britanniques ne diffèrent pas profondément des normes ordinaires quant à leur mode d'élaboration. Le Parlement de Westminster est à la fois une Assemblée constituante et législative.

**(14)** Sur le rôle de la Grande-Charte en droit positif, V. J.C. Holt, *Magna Carta*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 2<sup>e</sup> éd., 553 p.

**(15)** H. Oberdorff, *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, La Doc. fr., 1994, 391 p., V. p. 165 à 175 sur la Constitution écrite anglaise.

**(16)** Le Statut de Westminster de 1937 pose des principes concernant les rapports entre la Grande-Bretagne et ses dominions (encore aujourd'hui le cas du Canada, de l'Australie et la Nouvelle-Zélande, etc.).

**(17)** Le cabinet est un organe restreint du gouvernement et ne comprend qu'un nombre limité de ministres importants. V. P.-G. Walker, *The Cabinet*, Londres, Fontana, 1973, 191 p.

**(18)** A titre comparatif, il convient de souligner que dans tous les pays d'Europe une part importante du droit constitutionnel échappe à la formalisation. Tel est, par exemple, le cas en France des lois électorales. Aussi, une part des règles provient des conventions constitutionnelles. Pour s'en tenir à la France, le droit parlementaire y est largement coutumier. V. P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Monchrestien, 1988, 261 p., V. p. 12 à 22.

**(19)** La Chambre des Lords comprend une formation politique, qui constitue la deuxième chambre du Parlement dans laquelle tous les lords peuvent siéger, et une formation juridictionnelle qui est placée au plus au niveau de la hiérarchie des cours de justice en Angleterre. Dans cette dernière formation, seul un nombre très restreint de magistrats peut siéger. V. N. Lenoir, La Chambre des lords, à propos des projets actuels de réformes constitutionnelles, *Les Cahiers du Cons. const.*, 1997, n° 3, p. 37 à 45.

**(20)** A.-W. Bradley et K.-D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Longman, 1994, 11<sup>e</sup> éd., 782 p., V. p. 16.

**(21)** P.-S. Atiyah, Common Law and Statute Law, *The Modern Law Review*, 1995.317 à 320.

**(22)** Sir O. Dixon, The Common Law as the ultimate constitutional foundation, *Australian Law Journal*, 1957, vol. 31, p. 240 à 254.

**(23)** E. Barendt, *Dicey and civil liberties*, Public Law, 1985, p. 596 à 608. Lord Scarman, haut magistrat britannique, affirme que : « ... the Americans made into fundamental constitutional law what they saw as the basic rights vouchsafed to them by the heritage of Common Law... », in Chambre des lords, 11 févr. 1982, *Harman c/ Secretary of State for Home Department*, *The Law Reports*, Appeal Cases, 1983, p. 280 à 327. Un autre auteur estime que : « The Common Law, British justice and remedies such as *habeas corpus* and the prerogative writs were regarded as of mere worth in protecting the individual than elaborate and exotic list of abstract rights in foreign countries », Z. Leslie, *Constitutional change in the Commonwealth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 118 p., V. p. 33.

**(24)** « Le règne du droit » en droit anglais pourrait être rapproché de la notion française de l'Etat de droit. V. J. Raz, The rule of law and its virtue, *The Law Quarterly Review*, 1977.195 à 202 et Trevor R.-S. Allan, *Law, liberty and justice, the legal foundation of British constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 294 p., V. p. 4. L'auteur soutient que : *In the absence of a higher constitutional law proclaimed by a written Constitution and venerated as a source of unique legal authority, the rule of law serves in Britain as a form of Constitution. It is in this fundamental sense that Britain has a Common Law Constitution* », *ibid.*

**(25)** Trevor R.-S. Allan, Legislative supremacy and the rule of law : Democracy and constitutionalism, *Cambridge Law Journal*, 1985.111 à 143 et J. Bell, Le règne du droit et le règne du juge, vers une interprétation substantielle de l'Etat de droit, p. 15 à 28, in *Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, *L'Etat de droit*, Dalloz, 1996, 817 p.

**(26)** Th. Plucknett, Bonham's case and judicial review, *Harvard Law Review*, 1926-1927, vol. XL, p. 30 à 70.

**(27)** Cour du banc du roi : 1610, affaire du Dr Bonham, *English Reports*, King's Bench, vol. 77, p. 646 à 658. Lord Coke soutient que : « And it appears that in our books than in many cases the Common Law will control Acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void. For when an Act of Parliament is against common right or reason or repugnant or impossible to be performed, the Common Law will control it and adjudge such act to be void », *ibid.*, p. 652.

**(28)** J. Beaute, *Un grand juriste anglais : sir Edward Coke 1552-1634*, PUF, 1975, 230 p., V. p. 72 à 82.

**(29)** Les idées de Lord Coke ont toutefois été reprises par certains théoriciens du droit, dont Arthur Goodhart. Ce dernier

prônait la soumission du Parlement au droit : « ... under the unwritten Constitution there are certain established principles which limit the scope of Parliament... Those who exercise power in the name of the State are bound by law and there are certain definite principles which limit the exercise of that power », A. Goodhart, *English law and moral law*, Londres, Stevens & Sons, The Hamlyn Lectures, 1953, 151 p., V. p. 55 et 61.

**(30)** « Les grands principes contenus dans la loi ne sont... pleinement reconnus par les juristes de la Common Law que lorsqu'ils ont été appliqués, formulés et développés par des décisions de la jurisprudence », R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain, Précis-Dalloz*, 1992, 10<sup>e</sup> éd., 523 p., V. p. 317.

**(31)** « A court either not having the power to annul or override enactments of the legislative as "unconstitutional" says, in effect, in the process of interpretation of a Statute that the legislative may or may not have the claimed legislative power, but it has not, in the language it has used in the enactment now in question, employed that power. This latter type of judicial action, a form of indirect judicial review frequently referred to as "judicial braking" though it will be significant principally in the case of countries with flexible, uncontrolled Constitutions like the United-Kingdom », E. McWhiney, *Judicial review in the English speaking world*, University of Toronto Press, 1965, 244 p., V. p. 13.

**(32)** « There is a constant control exercised by the interpretation of courts... and there is the dominant principle never absent in the mind of judges, that the Common Law is wider and more fundamental than Statute and that wherever possible legislative enactments should be construed in harmony with established Common Law principles rather than in antagonism with them », sir A. Kemp Careleton, *Law in the making*, Oxford, Clarendon Press, 1964, 649 p., V. p. 456.

**(33)** V. par exemple un arrêt de la Haute Cour de justice, 9 févr. 1994, *Regina c/ Chief Constable of South Wales*, ex parte Mennick, *Weekly Law Reports*, 1994, vol. 1, p. 663 à 680. Le Lord-juge Gibson interprète constructivement la loi sur la police et les preuves (*Police and Criminal Evidence Act*) 1984 qui confère à toute personne détenue au commissariat le droit de consulter un avocat-conseil (*Solicitor*). Le juge considère que cette loi ne peut restreindre la Common Law qui accorde à toute personne détenue le droit à un conseil à tous les stades de la procédure même lorsqu'elle ne se trouve pas au commissariat. « The right of a person in custody of a court to consult a Solicitor can, in my judgment, be no less than that of a person in detention in the course of investigation of a suspected offence under the rules of Common Law which preceded the Act and which were not abrogated by the Act », *ibid.*, p. 675-676.

**(34)** « There is a presumption which can be stated in various ways. One is that in the absence of any clear indication to the contrary, Parliament can be presumed not to have altered the Common Law further than was necessary to remedy the mischief », Chambre des lords, 5 mars 1975, *Black-Clawson International Ltd. c/ Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg*, *The Law Reports*, Appeal Cases, 1975, p. 591 à 652, V. p. 614.

**(35)** Selon Lord Diplock, haut magistrat ayant prononcé de nombreuses grandes décisions constitutionnelles en Angleterre et dans le Commonwealth, « But what the law is... ought to be plain. It should be expressed in terms that must be easily understood by those who have to apply it... Absence of clarity is destructive of the rule of law : it encourages those who wish to undermine it », Chambre des lords, 21 avr. 1983, *Merkur Island Shopping Company c/ Loughton*, *Weekly Law Reports*, 1983, vol. 2, p. 778 à 791.

**(36)** P. Pestacore, *Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, *RID comp.*, 1980.337 à 359.

**(37)** A. Venn Dicey écrit que : « ... that no person or body of persons can, under the English Constitution, make rules which override or derogate from an Act of Parliament or which will be enforced by the courts in contravention of an Act of Parliament », *op. cit.*, V. p. 40.

**(38)** C. Haguenu, *Le domaine de la loi en droit français et en droit anglais*, *RFD const.*, 1995.247 à 285.

**(39)** J. Bell, *Que représente la souveraineté pour un Britannique ?*, *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 107 à 116.

**(40)** G. Winterton, *Parliamentary supremacy and the judiciary*, *The Law Quarterly Review*, 1981.265 à 274.

**(41)** « The rule, therefore, that Parliament must meet once a year, though in strictness a constitutional convention which is not a law and will not be enforced by the courts, turns out nevertheless to be an understanding which cannot be neglected », A. Venn Dicey, *op. cit.*, V. p. 448-449.

**(42)** « The boundaries of (legislative) sovereignty must be determined in the light of the prevailing moral and political climate when difficult questions of constitutional authority arise », T. R.-S. Alan, *The limits of Parliamentary Sovereignty*, Public Law, 1985, p. 614 à 629, V. p. 627.

**(43)** Selon sir W. Blackstone, le législateur doit légiférer en respectant les droits naturels. « This law of nature, being co-equal with mankind and dictated by God himself, is of course superior in obligation to any other. It is binding over all the globe, in all countries and at all times. No human laws are of any validity if contrary to this and such of them as are valid derive all their force and all their authority, mediately or immediately from this original », sir W. Blackstone, *Commentaires des lois de l'Angleterre*, vol. 1, *Of the rights of persons (1765)*, The University of Chicago Press, 1979, 473 p., V. p. 41.

**(44)** « Ainsi, la loi de nature subsiste comme une règle éternelle pour tous les autres », J. Locke, *Essai sur le pouvoir civil*, Bibliothèque de la science politique, PUF, 1953, 223 p., V. p. 151.

**(45)** « If Parliament did the unthinkable, then I would say that the courts would also be required to act in a manner which would be without precedent... I myself would consider there were advantages in making clear that ultimately there are even limits on the supremacy of Parliament which it is the courts' inalienable responsibility to identify and uphold »,

The right honourable lord Woolf of Barnes, *Droit public - English Style*, Public Law, 1995, p. 57 à 71, V. p. 69.

(46) A titre indicatif, V. C. Dyer et A. Travis, Judge scorns idea of fixed jail sentences, *The Guardian Weekly*, 17 mars 1996, p. 8 et lord Donaldson, Beware of this abuse, *The Guardian*, 1<sup>er</sup> déc. 1995, p. 21.

(47) CE, 20 oct. 1989, affaire *Nicolo*, Rec. 1989.190 à 199, concl. du commissaire du gouvernement Frydman.

(48) A. Arnulf, La primauté du droit communautaire au Royaume-Uni, cette *Revue* 1990.985 à 986.

(49) Art. 2-4 de la loi énonce que : « ... any such provision as may be made by Parliament and any enactment passed and to be passed... shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section. »

(50) Sir R. Cross, J. Bell et sir G. Engle, Q.C., *Statutory interpretation*, Londres, Butterworths, 1995, 211 p., V. p. 183 à 186.

(51) Sur la controverse si l'obéissance des juges au droit communautaire constitue ou non une révolution juridique, V. Trevor R.-S. Allan, Parliamentary Sovereignty : law, politics and revolution, *The Law Quarterly Review*, 1997.443 à 452 et W. H.-R. Wade, Sovereignty - revolution or evolution ?, *The Law Quarterly Review*, 1996.568 à 575.

(52) P. Kinder-Gest, Primauté du droit communautaire et droit anglais ou comment concilier l'inconciliable ?, *Rev. aff. eur.* 1991.19 à 34.

(53) Il va de soi que cette conception de la primauté est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés. Les juges britanniques n'opèrent pas de distinction théorique entre les traités sur l'union et les conventions internationales ordinaires. A l'inverse, la Cour de justice a insisté sur la spécificité et l'autonomie des traités communautaires. V. Cour de justice des Communautés européennes, 15 juill. 1964, *Costa c/ ENEL*, Rec. de la Jurisprudence de la Cour, 1964, vol. X, p. 1141 à 1193, V. p. 1158-1159. Sur la critique de l'approche des juges britanniques, V. N. McCormick, Beyond the Sovereign State, *The Modern Law Review*, 1993.1 à 18.

(54) T. de Berranger, *Constitutions nationales et construction communautaire*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1995, 564 p., V. p. 197 à 200.

(55) Chambre des Lords, 22 avr. 1982, *Garland c/ British Rail Engineering Ltd.*, *The Law Reports*, Appeal Cases, 1983, vol. 2, p. 751 à 772.

(56) Chambre des Lords, 30 juin 1988, *Pickstone c/ Freemans Plc.*, *The Law Reports*, Appeal Cases, 1989, vol. 1, p. 66 à 128.

(57) Chambre des Lords, 16 mars 1989, *Lister c/ Forth Dry Dock & Engineering Co. Ltd.*, *The Law Reports*, Appeal Cases, 1990, vol. 1, p. 546 à 578.

(58) Chambre des Lords, 11 oct. 1990, *Regina c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.*, *Common Market Law Reports*, 1990, vol. 3, p. 375 à 406.

(59) S. Boyron et N.L. Brown, L'affaire *Factortame* : droit communautaire contre droit public anglais, cette *Revue* 1994.70 à 79.

(60) P.P. Graig, Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame*, *Yearbook of European Law*, 1991, n° 11, p. 220 à 255.

(61) N. Dany, *Disapplying with relish ? The Industrial Tribunals and Acts of Parliament*, Public Law, 1996, p. 579 à 589. L'auteur soutient qu'il existe peu de différence entre l'inapplication et l'invalidation. V. *ibid.*, p. 581 et J. Eekelaar, The death of Parliamentary Sovereignty : a comment, *The Law Quarterly Review*, 1997.185 à 187.

(62) Chambre des Lords, 3 mars 1994, *Regina c/ Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission*, *The Law Reports*, Appeal Cases ? 1995, vol. 1, p. 1 à 37.

(63) « I turn now to the important substantive issue in the appeal, which is whether or not the threshold provisions in the Act of 1978 have been shown to be objectively justified, the onus of doing so being one which rests on the Secretary of State », *ibid.*, p. 28 (décision de Lord Keith of Kinkel).

(64) F. Wooldridge et R. D'Sa, The House of Lords as a Constitutional Court, the EOC case, *Business Law Review*, 1994.180 à 185.

(65) W. Neil, *European constitutionalism and European integration*, Public Law, 1996, p. 266 à 290 et H. Ian, *The Constitution of the European Union*, Public Law, 1994, p. 606 à 624.

(66) I. Ward, The European Constitution and the Nation State, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, vol. 116, p. 161 à 174.

(67) L'Angleterre est un Etat de l'Ecole dualiste. Une convention internationale, même ratifiée, ne produit ses effets que si elle est incorporée en droit interne. V. I. Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 748 p., V. p. 32 à 57.

(68) Chambre des Lords, 1<sup>er</sup> mai 1974, *Waddington c/ Miah*, *Weekly Law Reports*, 1974, vol. 1, p. 683 à 696.

(69) La jurisprudence des lords est divergente et instable. V. Chambre des Lords, 7 févr. 1991, *Regina c/ Home Secretary, ex parte Brind*, *The Law Reports, Appeal Cases*, 1991, vol. 1, pp. 696 à 767.

(70) Chambre des Lords, 18 févr. 1993, *Derbyshire County Council c/ Times Newspapers Ltd.*, *The Law Reports, Appeal Cases*, 1993, p. 534 à 552. V. également J.-F. Flauss, L'incorporation des traités de protection des droits de l'homme, évolutions récentes en Australie et en Grande-Bretagne, *RTDH* janv. 1997.35 à 40 et G. Scoffoni, J. Bell, D. Gwynn et X. Phillipe, L'actualité constitutionnelle dans les pays de Common Law et de droit mixte, juill.-déc. 1996, Afrique du Sud, Royaume-Uni, *RFD const.* 1996.163 à 184, V. p. 183 et U. Hunt, *Using human rights law in English Courts*, Oxford, Hart Publishing, 1997, 431 p.

(71) Deux arguments militent en faveur de cette thèse. La Convention européenne ferait partie du droit coutumier international (*Customary International Law*) et, en tant que tel, ferait automatiquement partie du droit interne. V. sur cette thèse A.J. Cunningham, *The European Convention on Human Rights, customary international law and the Constitution, International and Comparative Law Quarterly*, 1994, p. 537 à 567. Pour d'autres théoriciens, la Convention ferait partie du droit communautaire en vertu des stipulations de l'article F-2 du traité sur l'Union européenne de 1992. V. J. Temple Lang, *The duties of national courts under Community Constitutional Law, European Law Review*, 1977, vol. 22, p. 3 à 18, V. p. 9.

(72) W. H.-R. Wade, *The basis of legal sovereignty*, *The Cambridge Law Journal*, 1955.172 à 197.

(73) « First, there is n° law which Parliament cannot change... Secondly, there is under the English Constitution n° marked or clear distinction between laws which are not fundamental or constitutional », A. Venn Dicey, *op. cit.*, V. p. 88-89.

(74) C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Les voies du droit, 1996, 217 p., V. chapitre II, « La problématique anglaise ou l'obsession de la souveraineté », p. 35 à 48.

(75) Cour d'appel, 25 janv. 1934, *Ellen Street Estates Limited c/ Minister of Health*, *The Law Reports, King's Bench*, 1934, vol. 1, p. 590 à 598.

(76) V. l'arrêt de principe, Chambre des lords, 22 mars 1842, *The Proprietors of Edinburg and Dalkeith Railway Company c/ John Wauchope*, *English Reports, House of Lords*, vol. 8, p. 279 à 285.

(77) « The legislature cannot, according to our Constitution, bind itself as to the form of subsequent legislation, and it is impossible for Parliament to enact that in a subsequent statute dealing with the same subject matter there can be n° implied repeal. If a subsequent Act of Parliament chooses to make it plain that the earlier statute is to some extent repealed, effect must be given to that intention just because it is the will of the legislature », cour d'appel, 25 janv. 1934, *op. cit.*, V. p. 597.

(78) The right honourable sir K. Diplock, *The court as legislators*, p. 265 à 287, in B.W. Harvey (dir.), *The lawyer and justice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1978, 304 p., Lord E. Davies, *Judicial activism*, *Current Legal Problems*, 1975, p. 1 à 14 et A. Lester, Q.C., *English Judges as lawmaker*, *Public Law*, 1993, p. 269 à 290.

(79) M. Hearn, Grande-Bretagne : Liberté et Constitution, *Rev. Jur. et Parlementaire*, mai-juin 1992.63 à 66, V. p. 63-64.

(80) Lord Goff of Cheiveley, *The future of the Common Law, International and Comparative Law Quarterly*, oct. 1997, p. 745 à 760, V. p. 748-749 et J. Beatson, *Has the Common Law a future ?*, *The Cambridge Law Journal*, 1997.291 à 314.

(81) Lord Denning, *The due process of law*, Londres Butterworth, 1980, 263 p.

(82) J. Dutheil de la Rochère, *Le pouvoir judiciaire et les libertés au Royaume-Uni, Pouvoirs*, 1987, n° 37, p. 101 à 114, V. p. 103.

(83) C. Adjei, *Human Rights theory and the Bill of Rights debate, The Modern Law Review*, 1995.17 à 36, V. p. 35.

(84) Lord Woolf, *Droit public...*, *op. cit.*, V. p. 70.

(85) La Déclaration des droits de la Nouvelle-Zélande du 25 septembre 1990 (*New-Zealand Bill of Rights Act 1990*).

(86) L'art. 6 de la Déclaration néo-zélandaise dispose que : « Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning. »

(87) Art. 7 de la Déclaration des droits.

**(88)** A.S. Butler, The Bill of Rights debate : why the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is a bad model for Britain ?, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997.321 à 345.

**(89)** D. Pannick, Q.C., How to judge a human rights Bill ?, *The Times*, 12 août 1997, p. 33.

**(90)** N.H. Andrews, L'Angleterre doit-elle adopter une déclaration des droits assortie d'un contrôle juridictionnel des lois ?, *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, 1989.35 à 56, V. p. 42.

**(91)** D. Beatty, The Canadian Charter of rights : lessons and laments, *The Modern Law Review*, 1997.481 à 498 et T.G. Ison, A constitutional Bill of rights - The Canadian experience, *The Modern Law Review*, 1997.499 à 512.

**(92)** Ordonnance hongkongaise sur la Déclaration des droits de 1991 (*The Hong Kong Bill of Rights Ordinance 1991*). V. Richard Swede, One territory - three systems ? The Hong Kong Bill of Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 358 à 378.

**(93)** « The challenge for the Government in incorporating the Convention was to find a way to do so which respected Parliamentary Sovereignty and gave further effect to Convention rights directly into our domestic courts, without interfering with the balance of powers between the legislative, executive and judicial arms of the State ; and with the way in which our Common Law has developed over the centuries to protect the rights of our citizens and to provide appropriate remedies », Lord Irvine of Lairg, discours à la *3rd Clifford Chance Conference on the impact of a Bill of rights on English law*, Londres, le 28 novembre 1997.

**(94)** V. Le Livre blanc (*White Paper*) sur le projet de loi : *Rights Brought Home : The Human Rights Bill*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1997, V. chap. 2, § 16.

**(95)** Art. 2-1 du projet de loi sur les droits de l'homme.

**(96)** Art. 6-1, *ibid.*

**(97)** Sir W. Wade et Ch. Forsyth, *Administrative law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 1 039 p., V. p. 41.

**(98)** Ce terme désigne les cours dans lesquelles siègent des hauts magistrats (*Judges/Lord-Justices/Law Lords*), c'est-à-dire, la Haute Cour de justice, la cour d'appel, la Chambre des lords et le Conseil privé de la reine.

**(99)** « The declaration (of incompatibility) is not to have effect of striking down or disapplying the legislation. It will continue to be valid », Lord Irvine of Lairg, *op. cit.*

**(100)** « A declaration that legislation is incompatible with the Convention rights will not of itself have the effect of changing the law, which will continue to apply », Livre blanc, *op. cit.*, § 2.10.

**(101)** « Every declaration of incompatibility will represent a systemic failure... A declaration of incompatibility will also be highly inconvenient because it will mean that our courts are unable to provide an effective judicial remedy... », Lord Lester of Herne Hill, débats, Chambre des Lords, le 3 nov. 1997, in *The Hansard*, colonne 1240.

**(102)** Comité judiciaire du Conseil privé, 20 juill. 1987, *Pierre Simon André Sip Heng Wong Ng c/ The Queen*, *Weekly Law Reports*, 1987, vol. 1, p. 1356 à 1360.

**(103)** Institute for public policy research, *A written Constitution for the United Kingdom*, Londres, Mansell, 1991, 286 p., R. Brazier, *Constitutional reform*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 172 p., V. p. 159 et s. et T.H.A. Benn, *A new Constitution for Britain*, Londres, Hutchinson, 1993, 43 p.

**(104)** R. Dworkin, *A Bill of rights for Britain*, Londres, Chatto and Windus, 1990, 57 p.

**(105)** S. Dubourg-Lavroff, Pour une constitutionnalisation des droits et des libertés en Grande-Bretagne ?, *RFD const.*, 1993.479 à 498, V. p. 494.

**(106)** C. Adje, The comparative perspective and the protection of human rights à la française, Oxford, *Journal of Legal Studies*, 1997.281 à 301.