

Bureau de dépôt : BRUXELLES X - Parution : octobre 2002
79^e année

Troisième trimestre 2002

INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARÉ

REVUE

DE

Droit international

ET DE

Droit comparé

PARAIT TRIMESTRIELLEMENT

BRUYLANT
BRUXELLES

REC'D YALE LAW LIBRARY
NOV 2 1999

LAW
K
21
.D36
79:3

Doctrine

LA NOTION DE « PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY » EN DROIT CONSTITUTIONNEL ANGLAIS : FONDEMENTS, PARADOXES ET PROBLÈMES CONTEMPORAINS (*)

PAR

Chr. BEHRENDT

Magister Juris (Oxford)

Aspirant au Fonds National de la Recherche Scientifique

INTRODUCTION

I. A côté du caractère non codifié et partiellement non écrit de la Constitution anglaise, la doctrine de la « parliamentary sovereignty » compte parmi les caractéristiques les plus marquantes du système constitutionnel anglais. C'est à cette notion que nous consacrons le présent article. Après avoir fait ressortir dans une première partie (n^{os} 2-18) les différences essentielles qui la distinguent du concept continental — apparemment si proche, voire identique — de 'souveraineté parlementaire', nous aborderons dans une seconde partie (n^{os} 19-62) certaines questions assez inhabituelles pour un constitutionnaliste du continent mais qui se trou-

(*) Vifs remerciements à Nick BARBER (Lecturer and Tutor in Constitutional Law, Brasenose College, Oxford), Otto PRERSMANN (Professeur, Paris I Panthéon-Sorbonne, et Deputy Director of the Institute of European and Comparative Law, Oxford) et Jean-Claude SCHOLSEM (Professeur ordinaire en droit constitutionnel, Liège).

vent au cœur du débat constitutionnel anglais. Si nous utilisons la terminologie anglaise de « *parliamentary sovereignty* », c'est parce que nous pensons que cette notion se distingue assez fondamentalement du concept de 'souveraineté parlementaire' (1).

I. — LE DOUBLE PARADOXE :

LA « PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY » N'EST PAS
UNE DOCTRINE RELATIVE AU PARLEMENT
ET NE CONSACRE PAS NON PLUS L'EXISTENCE
D'UN SOUVERAIN AU SENS CONTINENTAL DU TERME

2. Il convient d'embler d'apporter deux clarifications qui rendent la notion de « *parliamentary sovereignty* » assez paradoxale : premièrement, cette doctrine ne traite pas à proprement parler du parlement, et deuxièmement, elle ne consacre aucun organe juridiquement souverain au sens continental du terme.

1. — La « *parliamentary sovereignty* » n'est pas une doctrine relative au parlement

3. La Chambre des Lords, Chambre Haute, et la Chambre des Communes, Chambre Basse, constituent, prises ensemble, le Parlement du Royaume-Uni. L'adjectif « *parliamentary* » dans l'expression de « *parliamentary sovereignty* » ne fait cependant pas référence à ce parlement bicaméral mais à un autre concept, spécifiquement anglais et qui peut être retracé jusqu'en 1300 (2) : « The Queen in Parliament » (3). Cette notion désigne l'ensemble formé par la Reine, la Chambre des Lords et la Chambre des Communes et c'est donc de ce groupement d'organes que ladite doctrine affirme qu'il est « *sovereign* » (4).

(1) Sur la question de l'opportunité et de la pertinence de traduire en langue française les termes spécifiques du droit constitutionnel anglais, voy. aussi *infra*, III^e partie (Conclusions).

(2) Voy. I. LOVELAND, *Constitutional Law, A critical introduction*, Londres, Butterworths, 2000, 104.

(3) Ou, le cas échéant, « the King in Parliament », comme par exemple jusqu'en 1952, année du décès du dernier Roi, Georges VI.

(4) Sur la notion de « Queen in Parliament », voy. notamment I. LOVELAND, *op. cit.*, 26-28, et A. W. BRADLEY et K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 12^e édition, Londres, Longman, 1997, 58-59.

4. L'on objectera peut-être que la distinction entre les concepts 'le Parlement' et « The Queen in Parliament » est — du moins en pratique — sans intérêt étant donné que les pouvoirs personnels de la Reine sont fort réduits pour ne pas dire quasi inexistant. Cet argument doit cependant être rejeté pour deux raisons.

Premièrement, le terme constitutionnel « The Queen » vise non seulement la Reine en tant que personne physique mais également le Gouvernement (5), organe aux pouvoirs fort larges et ayant une emprise considérable sur le Parlement. Sa position de force est encore accentuée par un système électoral majoritaire, rendant la Chambre des Communes fort docile, et une réforme de la Chambre des Lords menée par le Gouvernement BLAIR en 1999 (6) qui a enlevé à la Chambre Haute ses dernières clefs du pouvoir. Deuxièmement, même si l'on fait abstraction du Gouvernement et n'analyse que la personne du Roi (ou de la Reine), il faut tenir compte de l'évolution historique des institutions du Royaume-Uni, où la personne du Roi a eu, jusqu'au 19^e siècle, une influence considérable (7). La célèbre « Bill of Rights » de 1688 par exemple constitue un véritable traité entre le Parlement et la personne du Roi, les deux parties étant parfaitement égales (8).

(5) A cet égard, il convient de remarquer que le terme anglais « minister » ne correspond pas au concept belge de 'ministre'. En effet, le Gouvernement du Royaume-Uni compte une bonne centaine de « ministers » qui peuvent être divisés en quatre catégories hiérarchiques, à savoir, du haut vers le bas, les « cabinet ministers », les « ministers of state », les « parliamentary under secretaries » et les « parliamentary private secretaries ». Les membres des trois dernières catégories sont regroupés sous le concept de « junior ministers ». Seuls les membres de la première catégorie (actuellement au nombre de 22) siègent au Conseil des ministres (« Cabinet ») et constituent l'équivalent des 'ministres' belges. Voy. I. LOVELAND, *op. cit.*, 109.

(6) Le « House of Lords Act 1999 ». Voy. aussi I. LOVELAND, *op. cit.*, 169-175, A. W. BRADLEY et K. D. EWING, *op. cit.*, 215-218, C. R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, 2^e édition, Londres, Butterworths, 1999, 164-165, A. LACOURRE, « L'ultime bataille de la Chambre des Lords », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, 215-231. Voy. aussi *infra*, note 106.

(7) Pour un excellent aperçu historique de l'évolution du pouvoir royal en droit constitutionnel anglais, voy. P. CRAIG, « Prerogative, Precedent and Power », in *The Golden Metwand and the Crooked Cord, Essays in Honor of Sir William Wade*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 65-89.

(8) Voy. notamment LOVELAND qui écrit que « [t]he 1688 revolution (...) marked the crossing of a political watershed. A new 'political contract' was struck

5. L'ensemble dont la doctrine de la « parliamentary sovereignty » affirme qu'il est « sovereign » englobe donc la Reine en tant que personne physique, le Gouvernement, la Chambre des Communes et la Chambre des Lords. Après avoir clarifié *qui est le « sovereign »* pour la doctrine en question, nous devons examiner la signification du concept de « sovereignty » et la comparer à la notion continentale de « souveraineté ».

2. — La doctrine de

« parliamentary sovereignty » ne consacre pas l'existence d'un souverain au sens continental du terme

6. Dans une optique anglaise, un organe — ou, comme en l'occurrence, un ensemble d'organes — peut être qualifié de « sovereign » au sens juridique du terme s'il est capable, à tout moment et sans procédure particulière, de modifier ou d'abroger, sans exception et même rétroactivement, toute norme juridique en vigueur dans l'ordre juridique en question (9). Les différences fort importantes entre cette notion et le concept continental de souveraineté ne sont peut-être pas toutes immédiatement visibles. C'est pourquoi nous allons présenter la notion de « sovereignty » plus en détail pour les faire ressortir clairement.

a) *L'exclusion de toute atteinte temporaire au pouvoir de modification*

7. Premièrement, la « sovereignty » est basée sur l'idée que son titulaire, le « Sovereign », doit avoir à tout moment le pouvoir de modifier ou d'abroger toute règle de l'ordre juridique en question. Telle n'est pas la conception continentale. En Belgique par exemple, la modification de la Constitution est *complètement* inter-

between Parliament and the Monarchy, and consequently a new constitutional foundation was laid » (I. LOVELAND, *o.c.*, 24). Le même auteur ajoute : « The 1688 revolution produced an arrangement between William of Orange and Parliament which provided that the constitutional role of the King's government was to govern within the laws made by the King in Parliament » (*idem*, 32).

(9) Voy. notamment A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e édition, Houndmills et Londres, Mc Millan, 1959, 39-40.

dite en cas de guerre (10), et *partiellement* défendue pendant une régence (11). Toute une série d'exemples peuvent aussi être trouvés dans d'autres États continentaux (12). Il est important de souligner que nous traitons ici le problème des interdictions *temporaires* de révision, limitées dans le temps (13).

b) *L'exclusivité de la majorité simple*

8. Ensuite, toute exigence de majorité allant au-delà de la majorité simple est radicalement incompatible avec la notion de « sovereignty ». Il n'y a, au Parlement anglais, qu'une seule et unique majorité : la majorité de la moitié des voix plus une (14). Un organe n'est « sovereign » que s'il peut prendre toute décision à la majorité ordinaire. Cette position a d'importantes conséquences sur le plan juridique (sur lesquelles nous reviendrons plus loin) et tranche nettement avec l'approche continentale de la « souveraineté ». En effet, dans un pays continental, personne ne prétendrait que le Constituant aurait perdu son caractère souverain pour la seule et unique raison qu'il est tenu, pour exercer ses attributs sou-

(10) Art. 196 (anciennement 131bis) de la Constitution, inséré en 1968 (*Moniteur belge*, 17 février). Aux termes du même article, toute modification est également exclue « lorsque les Chambres se trouvent empêchées de se réunir librement sur le territoire fédéral ».

(11) Art. 197 (anciennement 84), modifié en 1984 (*Moniteur belge*, 10 août).
 (12) Voy. p.ex. l'article 89, alinéa 4 de la Constitution française qui interdit toute révision « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire », l'art. 115 de la Constitution luxembourgeoise qui défend tout amendement en cas de régence, l'art. 289 de la Constitution portugaise qui prohibe toute modification en cas d'état d'urgence ou de siège, et l'article 169 de la Constitution espagnole qui contient une disposition similaire. Un exemple particulièrement intéressant peut être trouvé dans la Constitution grecque dont l'article 110, alinéa 6, stipule qu'une fois la Constitution amendée, aucun nouvel amendement ne peut avoir lieu pendant cinq ans. Pour l'application de cette règle il est sans importance que le projet de la seconde révision porte sur les mêmes articles que la première modification ou non.

(13) Le problème des interdictions *définitives* de révision sera examiné *infra*, n^{os} 14-17.

(14) A savoir plus de 'oui' que de 'non', ou — pour utiliser la terminologie parlementaire anglaise — plus de « Ayes » que de « Noes ». Elle correspond en Belgique à la majorité fixée par l'article 53, alinéa 1^{er} (anciennement 38, al. 1^{er}) de la Constitution.

verains, d'observer une majorité qualifiée, comme par exemple une majorité des trois cinquièmes (15) ou des deux tiers (16).

c) *L'impossibilité d'instaurer des exigences procédurales spécifiques*

9. Mais la conception anglaise de « sovereignty » n'a pas seulement des répercussions au niveau du seuil de la majorité admissible : elle rejette également toute mesure *procédurale*. Il est donc impossible d'exiger pour la passage d'un « Act » l'avis préalable d'un organe distinct (17) ou une procédure de vote obligatoirement étalée sur plusieurs jours (18).

Aussi serait-il vain d'insérer dans un « Act of Parliament » des dispositions stipulant que ce même « Act » ne pourra être modifié qu'après référendum : *nonobstant ses propres dispositions*, la « Queen in Parliament » pourrait modifier cet « Act » à tout moment et *sans* référendum préalable (19). Il faut à cet égard souligner qu'il n'y a pas, au Royaume-Uni, de dispositions hiérarchiquement supérieures aux « Acts of Parliament ». Ils constituent donc bel et bien *tous* des dispositions à rang *constitutionnel*, à tout le moins du point de vue *formel*. Si l'on tente une comparaison avec des ordres juridiques continentaux, il faut dès lors systématiquement comparer les « Acts of Parliament » aux dispositions *constitutionnelles* des ordres juridiques en question. On voit bien le contraste : si dans un ordre juridique continental une disposition

(15) Comme par exemple en France (lorsque la révision se fait selon la procédure prévue à l'article 89, alinéa 3 de la Constitution) ou en Grèce (art. 110, al. 2).

(16) Comme par exemple en Allemagne (art. 79), en Autriche (art. 44, al. 1^{er}), en Belgique (art. 195), en Italie (art. 138, al. 3), au Luxembourg (art. 114), aux Pays-Bas (art. 137, al. 4) et au Portugal (art. 286).

(17) Comme par exemple en Belgique à la section de législation du Conseil d'Etat (cf. notamment art. 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui crée l'obligation de principe de soumettre tout projet de loi au Conseil d'Etat).

(18) En quelques heures, une proposition de loi (une « Bill ») peut être discutée et votée dans chaque Chambre et signée par la Reine. L'« Official Secrets Act 1911 », texte d'une grande importance, a par exemple été discuté, voté et signé en un seul jour.

(19) Voy. W.H.R. WADE, « The Basis of Legal Sovereignty », *Cambridge Law Journal*, 1955, 175-176, et *Ellen Street Estates, Ltd. v. Minister of Health* [1934] 1 K.B. [King's Bench], 590, surtout 597.

constitutionnelle exige pour la modification de la Constitution la tenue d'un référendum et si malgré cette disposition constitutionnelle expresse celui-ci n'est pas organisé, aucune révision n'aura été valablement accomplie (20).

Enfin, il serait incompatible avec la « parliamentary sovereignty » de soumettre l'entrée en vigueur d'une loi à sa publication : pour cette doctrine ceci ne constituerait qu'une tentative de limiter indirectement le caractère « sovereign » de la « Queen in Parliament ». Le principe au Royaume-Uni est que les lois entrent en vigueur *le jour de leur signature par la Reine* (21). Le caractère fondamental de l'exigence d'une publication officielle de toute loi avant son entrée en vigueur n'est pas perçu comme tel en droit constitutionnel anglais, et la meilleure illustration en est qu'il n'existe au Royaume-Uni aucun *Journal Officiel* (22).

Sur le continent par contre, l'exigence de la publication des lois occupe au moins depuis 200 ans (23) une place essentielle et nous

(20) Il serait bien sûr possible qu'une *nouvelle* Constitution valide une telle opération, mais tant que l'ancienne Constitution est en vigueur, la démarche est inconstitutionnelle.

(21) Cette sanction de l'acte par la Reine s'appelle « Royal Assent » et c'est à ce moment qu'un projet de loi (« Bill ») devient une véritable loi (« Act »). Cependant, il faut signaler que cette distinction terminologique n'est pas respectée par certains documents législatifs relativement anciens qui, tout en constituant formellement des « Acts », portent le titre de « Bill ». Tel est notamment le cas de la « Bill of Rights » de 1688, sur laquelle nous allons revenir (voy. *infra*, n° 12).

(22) Il est vrai que tous les « Acts » sont officiellement publiés par « The Stationary Office » à Londres mais il faut souligner que cette publication n'est point une condition pour l'entrée en vigueur de la loi. En effet, ces publications se font en règle seulement quelques semaines après la signature royale, et comme c'est bien au jour du « Royal Assent » qu'un « Act » entre en vigueur — sauf s'il stipule une autre date —, ces publications interviennent à un moment où il est déjà en vigueur.

(23) Voy. comme disposition fondamentale l'ancien article 1^{er} du Code civil, tel qu'établi par décret du 14 ventôse an XI (5 mars 1803). En Belgique, cette disposition a été abrogée par la loi du 15 décembre 1949 mais l'article 190 (anciennement 129) de la Constitution stipule depuis 1831 qu'« [a]ucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale (...) n'est obligatoire qu'après avoir été *publié* dans la forme déterminée dans la loi. » (C'est nous qui soulignons). La loi visée par cet article est actuellement la loi du 31 mai 1961 (*Moniteur belge*, 21 juin).

ne connaissons aucun pays dans lequel des dérogations à celle-ci seraient permises : la règle semble avoir une portée *absolue* (24) (25).

d) L'« *exclusionary rule* » : l'interdiction de recourir aux travaux préparatoires

10. Un quatrième corollaire assez inattendu de la doctrine de la « *parliamentary sovereignty* » est la défense faite aux tribunaux de recourir lors de l'interprétation des « *Acts of Parliament* » à des travaux préparatoires (26) (27). Cette règle difficilement compréhensible pour un juriste continental est connue sous le nom d'« *exclusionary rule* » (28). Elle mérite un double examen : avant d'entamer celui de son exacte portée, il convient de procéder à celui de sa *raison d'être*; ou, pour le formuler différemment, avant le *Comment* examinons le *Pourquoi*.

i) Le *Pourquoi* de l'« *exclusionary rule* »

11. Il est un principe fondamental de droit constitutionnel anglais que l'unique « *Sovereign* » au Royaume-Uni est la « *Queen in Parliament* » et que seul ce « *Sovereign* » est habilité à faire des « *Acts of Parliament* ». Le droit constitutionnel anglais attache dès lors beaucoup d'importance à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à

(24) Cette exigence de publication pour l'entrée en vigueur des lois vaut également pour les lois *retroactives*. Le problème de la *publication* des lois est en effet logiquement distinct de la capacité de conférer à certaines normes un *effet rétroactif*. Aucun illogisme ne réside dans le fait d'affirmer que toute loi doit être officiellement publiée pour pouvoir entrer en vigueur et d'admettre *en même temps* que le législateur peut édicter des normes ayant un effet rétroactif.

(25) Les cours veillent strictement à l'application de ce principe. Voy. p.ex. T.A. Luxembourg, 5 juillet 1961 : « [A]ttendu que l'exigence de la publication concerne tous les actes de législation (...) quelque soit leur nature (...) ». *Pasirrisie luxembourgeoise*, tome XVIII, 1960-62, 412. Voy. plus généralement H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e édition, tome premier, Bruxelles, Bruylant, 1962, 293-294, n^{os} 196 C et 197.

(26) Voy. A. W. BRADLEY et K. D. EWING, *o.c.*, 235-236, et I. LOVELAND, *o.c.*, 231.

(27) Les travaux préparatoires des « *Acts* » sont connus au Royaume-Uni sous le nom de « *Hansard* ».

(28) Voy. *Pepper v Hart* [1993] AC 630. Elle a par ailleurs joui, jusque dans un passé assez récent (début des années 1980), d'un soutien important de la part de la Chambre des Communes (voy. [1993] AC 623).

ce monopole de « *sovereignty* » de la « *Queen in Parliament* ». L'« *exclusionary rule* » vise précisément à protéger ce monopole. Un juriste de formation continentale se posera cependant la question de savoir *quels motifs* servent de fondement pour l'affirmation que la consultation de travaux préparatoires par les tribunaux constituerait un danger pour le monopole de la « *sovereignty* » de la « *Queen in Parliament* ». Pour le dire dans un langage classique de droit constitutionnel continental : si le but poursuivi — la protection du monopole de la « *sovereignty* » de la « *Queen in Parliament* » — paraît clair, le moyen employé — à savoir l'« *exclusionary rule* » — semble tout à fait inadapté pour l'atteindre; on a presque l'impression qu'il n'y ait *même pas de lien logique* entre l'un et l'autre. C'est ici que réside le nœud du problème.

Il s'agit à nouveau — l'on s'en doutera — d'un problème conceptuel causé par une différence d'approche entre la pensée continentale et la culture juridique anglaise. Pour cette dernière, la justification de l'« *exclusionary rule* » ne fait conceptuellement guère, pour ne pas dire aucun, problème. Le droit constitutionnel anglais considère en effet sans hésitation que le fait de baser l'interprétation d'un « *Act of Parliament* » — ne fût-ce que sur des points de détail — sur des énoncés que des personnes *qui, prises individuellement, ne sont pas des « Sovereigns »* (comme des parlementaires individuels ou des membres du Gouvernement) auraient faites au cours d'une séance plénière au Parlement ou dans des commissions parlementaires constitue bel et bien une atteinte au monopole de la « *sovereignty* » de la « *Queen in Parliament* » (29). En conséquence, la prohibition *totale* de déterminer le sens des « *Acts of Parliament* » par des énoncés faits par des personnes autres que le « *Sovereign* » afin d'empêcher un tel empiètement sur le monopole de la « *sovereignty* » de la « *Queen in Parliament* » est aux yeux du droit anglais non seulement exempté de tout illogisme, mais apparaît même comme solution particulièrement appropriée.

(29) Lord BROWNE-WILKINSON, en s'appuyant sur une décision antérieure, fait état de la « *constitutional rule* that Parliament is sovereign only in respect of what it expresses by the words used in the legislation it has passed » [1993] AC 633-634. La décision sur laquelle il se fonde est celle de l'affaire *Black-Clawson* [1975] AC 591, surtout page 638.

ii) Le Comment de l'« exclusionary rule » : le droit positif

12. Pendant longtemps, la base légale⁽³⁰⁾ de cette règle est demeurée assez obscure. Bien que cette dernière soit confirmée par de nombreux jugements⁽³¹⁾, ceux-ci sont restés fort flous sur sa source. L'on peut néanmoins retracer l'histoire de la règle jusqu'à l'article 9 de la Bill of Rights de 1688⁽³²⁾ aux termes duquel « the freedom [sic] of speech and debates and proceedings ought not to be impeached or questioned in any court or place out of parliament »⁽³³⁾. L'« exclusionary rule » interprète cet article de manière extensive, en considérant que le recours d'un tribunal à des travaux préparatoires constitue le fait de « question proceedings of parliament in a court », chose que l'article 9 de la Bill of Rights prohibe expressément.

En 1993, les choses ont évolué par le célèbre arrêt *Pepper v Hart*⁽³⁴⁾ de la Chambre des Lords siégeant en sa qualité de Cour Suprême⁽³⁵⁾. Le litige concernait précisément l'interdiction de recourir à des travaux préparatoires. Dans leur jugement — qui n'a cependant pas fait l'unanimité parmi les Lords⁽³⁶⁾ — ceux-ci apportent des précisions relatives à l'origine de l'« exclusionary rule »⁽³⁷⁾. Assez finement, ils admettent qu'elle a un lien avec l'article 9 de la Bill of Rights, mais — et c'est le point qui marque l'arrêt — considèrent que l'interprétation que l'« exclusionary

(30) Voy. I. LOVELAND, *o.c.*, 231.

(31) Voy. par exemple *Millar v Taylor* (1769) 4 Burr. 2302, notamment page 2332, *Salked v Johnson* (1848) 2 Exch. 256, notamment page 273, *Beswick v Beswick* [1968] 2 AC 256, notamment page 279, *Black-Clawson International Ltd. v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.* [1975] AC 591, notamment pages 613-615, *Davis v Johnson* [1979] AC 264 et *Hadmor Productions Ltd v Hamilton* [1983] 1 AC 191.

(32) Pour un aperçu plus détaillé de cette disposition, voy. I. LOVELAND, *o.c.*, 215-217, 227-234.

(33) C'est nous qui soulignons.

(34) [1993] AC 593.

(35) Cet organe s'appelle officiellement « The Appellate Committee of the House of Lords ». L'organisation et le fonctionnement en sont régis par le « Supreme Court Act 1981 ». Voy. E. MARTIN (éd.), *Oxford dictionary of Law*, 4^e édition, Oxford, Oxford University Press, 1997, 217.

(36) Voy. l'opinion dissidente du Lord Chancellor, Lord Mackay of Clashfern, [1993] AC 613-617.

(37) [1993] AC 624.

rule » a faite de cet article *n'est pas la seule conceivable*. En clair, il est possible d'interpréter l'article 9 différemment, de façon à permettre l'utilisation des travaux préparatoires par les cours⁽³⁸⁾.

S'il est vrai que cet arrêt a fortement secoué l'orthodoxie doctrinale, le droit positif n'en sort que légèrement modifié. Il y a à cela deux raisons : premièrement, l'« exclusionary rule » peut se fonder sur une liste de jugements antérieurs *qui suffisent à eux seuls* comme fondement juridique⁽³⁹⁾. Deuxièmement, même si la Chambre des Lords a décidé en l'espèce d'admettre le recours aux travaux préparatoires⁽⁴⁰⁾, cette décision ne crée qu'un régime d'exception applicable à des cas bien précis⁽⁴¹⁾, et le principe de la non-consultation des travaux préparatoires lors de l'interprétation d'un « Act » demeure intact.

13. Malgré ces développements récents, la position anglaise reste donc en opposition marquée avec la pensée continentale : dans les pays continentaux, le recours aux travaux préparatoires est considéré comme la *meilleure* technique possible en cas de difficultés d'interprétation, comme indication suprême de la signification d'une norme et de l'intention de son auteur. Cette démarche, valable tant pour la législation ordinaire que pour la Constitution, est appliquée non seulement par la justice constitutionnelle⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

(38) [1993] AC 614, 617, 621.

(39) Voy. *supra*, note 31.

(40) [1993] AC 642-643.

(41) Voy. surtout le discours de Lord BROWNE-WILKINSON, [1993] AC 621-646, surtout pp. 634 et 640. Voy. aussi J. STEYN qui écrit que « any broader interpretation of the decision would raise serious constitutional objections » (J. STEYN, « Pepper v Hart: A Re-examination », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, n° 1, 59-72, ici 59).

(42) La première décision dans laquelle la Cour d'arbitrage belge indique qu'elle a eu recours aux travaux préparatoires est l'arrêt n° 8 du 22 janvier 1986 (voy. point B.1., 3^e alinéa, de l'arrêt; *Monteur belge*, 8 février). La première décision dans laquelle la Cour d'arbitrage belge indique, dans la partie « B » de l'arrêt, la *référence précise* aux documents parlementaires auxquels elle a recours est l'arrêt 34/90 du 14 novembre 1990 (point B.3.1. de l'arrêt; arrêt non publié au *Moniteur belge* [en violation de l'article 114, al. 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989]).

(43) Pour ce qui est de l'interprétation de normes *législatives* (lois, décrets, ordonnances), la Cour d'arbitrage a aujourd'hui fort fréquemment recours aux

mais également par les tribunaux ordinaires ⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾ et administratifs ⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾.

travaux préparatoires et plusieurs centaines de décisions contenant des références explicites aux travaux préparatoires pourraient ainsi être citées.

(44) Comme exemple où la Cour d'arbitrage belge a recours aux travaux préparatoires d'une disposition *constitutionnelle*, voy. point B.1., 3^e alinéa, de l'arrêt n° 8 du 22 janvier 1986 (*Moniteur belge*, 8 février), point B.9.3. de l'arrêt 67/92 du 12 novembre 1992 (*Moniteur belge*, 8 décembre) et point B.4.6. de l'arrêt 78/92 du 17 décembre 1992 (*Moniteur belge*, 19 janvier 1993).

(45) La Cour de cassation caennaise exprime le recours par le juge aux travaux préparatoires d'une loi puisqu'elle a décidé que le juge se fonde légalement sur les travaux parlementaires préparatoires d'une loi pour déterminer le sens et la portée de celle-ci. Voy. Cass. belge, 18 septembre 1978, *Pas.*, I, 1979, 66-67.

(46) Comme exemple où les juridictions belges de l'ordre judiciaire ont eu recours aux travaux préparatoires de dispositions *constitutionnelles*, voy. entre autres Civ. Malines (Réf.), 19 décembre 1988, *Pas.*, 1989, III, 61.

(47) Comme exemples où les juridictions belges de l'ordre judiciaire ont eu recours aux travaux préparatoires de dispositions *législatives*, voy. entre autres Bruxelles, 27 septembre 2000, *inédit* (n° de rôle 93/AR/2772); Cour Trav. Anvers, 23 juin 2000, *inédit* (n° de rôle 99/976); Bruxelles, 23 juin 2000, *inédit* (n° de rôle 97/AR/1150); Gand, 17 mars 1992, *Jurisprudence fiscale*, 1992, 343; Bruxelles, 20 novembre 1990, *Jurisprudence fiscale*, 1991, 13; Bruxelles, 20 juin 1989, *Jurisprudence fiscale*, 1989, 369; Liège (Ch. M. Acc.), 30 mars 1988, *Pas.*, 1988, II, 173; Cour Trav. Liège, 2 décembre 1981, *Chroniques de Droit social*, 1982, 97; Cour Trav. Mons, 3 décembre 1980, *Journal des Tribunaux du Travail*, 1984, 114.

(48) Comme exemples où les juridictions administratives belges ont eu recours aux travaux préparatoires de dispositions *constitutionnelles*, voy. entre autres C.E., n° 74.859 du 30 juin 1998; C.E. (Ass. Gén.), n° 72.863 du 31 mars 1998; et C.E., n° 2.387 du 24 avril 1953.

(49) Comme exemples où les juridictions administratives belges ont eu recours aux travaux préparatoires de dispositions *législatives* (*lois, décrets, ordonnances*), voy. entre autres les arrêts suivants. Comme exemples d'arrêts contenant une référence explicite aux travaux préparatoires de lois, voy. entre autres C.E., n° 97.413 du 3 juillet 2001; C.E., n° 88.214 du 23 juin 2000; C.E., n° 70.464 du 23 décembre 1997; C.E., n° 64.562 du 18 février 1997; C.E., n° 63.470 du 9 décembre 1996; C.E., n° 60.582 du 28 juin 1996; C.E., n° 59.129 du 22 avril 1996; et C.E., n° 56.255 du 17 novembre 1995. Comme exemples d'arrêts contenant une référence explicite aux travaux préparatoires de décrets, voy. entre autres C.E., n° 90.189 du 12 octobre 2000; C.E., n° 88.984 du 14 juillet 2000; C.E., n° 74.522 du 24 juin 1998; C.E., n° 73.379 du 30 avril 1998; et C.E., n° 62.905 du 31 octobre 1996.

De plus, l'idée que la consultation des travaux préparatoires pourrait être considérée comme une atteinte à la souveraineté nous paraît fort étrange, pour ne pas dire incongrue. Nous ne concevons même pas un tel conflit : la meilleure illustration en est que pour interpréter les dispositions du Code civil qui sont demeurées inchangées depuis sa création, les cours *belges et luxembourgeoises* ⁽⁵⁰⁾ recourent sans hésitation aux travaux préparatoires de ses auteurs *français* ⁽⁵¹⁾.

e) La notion de « continuing sovereignty »

14. Jusqu'ici, nous avons pu relever quatre caractéristiques du terme « sovereignty » et les avons opposées au concept continental de « souveraineté ». Il nous reste cependant un cinquième élément, l'un des piliers de toute la pensée traditionnelle du droit constitutionnel anglais : la « continuing sovereignty ».

La question au cœur de cette notion est simple : un organe qui est « sovereign » a-t-il vraiment le pouvoir de juridiquement tout faire? Nous avons vu que la doctrine de la « parliamentary sovereignty » écarte non seulement toute contrainte procédurale — y compris une formalité de publication ou de majorité qualifiée — mais aussi toute limitation des pouvoirs souverains pendant une certaine période ou dans des circonstances exceptionnelles. L'on pourrait donc croire que la « sovereignty » ainsi conçue confère un pouvoir légal illimité et que la « Queen in Parliament » serait juridiquement toute-puissante. Mais c'est précisément là que la doc-

(50) Voy. p.ex. Cour supérieure de justice, 18 juin 1952, *Pastierie luxembourgeoise*, tome XV, 1950-53, 411.

(51) Parmi les travaux préparatoires du Code civil dont les auteurs furent TRONCHET, BIGOT-PRÉAUMEU, PORTALIS et MALVILLE, les écrits de Portalis occupent une place prééminente, en particulier son *Exposé général du système du Code civil* et le *Discours préliminaire*. En 1805, tous les travaux préparatoires du Code civil de 1804, dont ceux de Portalis, ont été rassemblés dans un recueil par Loce. Cette codification témoigne de l'importance que l'on attachait déjà à l'époque aux travaux préparatoires. Voy. J.-G. LOCE, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou conférence historique, analytique et raisonnée du projet du Code civil, des observations des tribunaux, des exposés de motifs, des rapports et discours etc.*, dédié à S.M. l'Empereur et Roi, 3 tomes en 2 volumes, Paris, Imprimerie impériale, 1805, 720 et 810 pages. Voy. aussi J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire au Code civil*, Bordeaux, Confluences, 1999, 78 p.

trine de la « parliamentary sovereignty » prend un virage inattendu : elle consacre exactement l'opposé. La « Queen in Parliament » ne dispose *justement pas* d'un pouvoir juridique illimité. Il existe une limite à ses pouvoirs ; il y a une chose — une seule, il est vrai — qu'elle est juridiquement incapable d'accomplir : *elle ne peut s'obliger elle-même*. C'est cela, la « continuing sovereignty »⁽⁵²⁾.

15. Cette doctrine de la « continuing sovereignty », inexistante sur le continent, génère des différences fondamentales entre les notions de « Sovereign » de droit anglais et de « Souverain » des ordres juridiques continentaux. Afin de pleinement faire ressortir celles-ci, il convient de brièvement retracer les contours de la notion de « Souverain » telle que la conçoit la pensée juridique continentale.

Sur le continent, il existe dans tous les Etats une longue tradition de Constitutions formelles qui parachevent comme corps suprême de règles les ordres juridiques des différents Etats. En principe, la signification du terme « Souverain » y coïncide avec celui de « Constituant », ce qui s'explique par le fait que le terme « Souverain » est en général employé pour désigner le pouvoir normatif suprême d'un ordre juridique étatique alors que le terme « Constituant » désigne le pouvoir habilité à produire des normes à rang constitutionnel. Or, puisque les normes constitutionnelles sont les normes suprêmes de l'ordre juridique en question, les termes « Souverain » et « Constituant » peuvent être traités comme étant en principe synonymes. Ceci est important dans la mesure où la pensée juridique continentale connaît deux types de Constituants, à savoir le Constituant originaire et le Constituant dérivé⁽⁵³⁾. Or, on peut constater qu'elle a toujours considéré ces deux types de

(52) Pour un exposé théorique sur le problème, voy. H. HART, *The concept of Law*, 2^e édition, Oxford, Clarendon Press, 1994, 147-154, surtout 150.

(53) Voy. p. ex. M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 74-76, O. PFERSMANN, « La théorie du pouvoir constituant », in L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2000, 125-126, et MAUNZ-DÖRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, Munich, Beck, édition continue, art. 79, n° 22.

(54) En langue allemande, la terminologie correspondante est « Verfassungsgeber » et « Verfassungsgesetzgeber ».

Constituants comme Souverains : prétendre le contraire⁽⁵⁵⁾ mènerait à conclusion peu sérieuse que la Belgique serait depuis 170 ans sans Souverain.

Cependant, si Constituant originaire et Constituant dérivé sont considérés tous les deux comme des Souverains, cela ne doit pas masquer le fait qu'il y a d'importantes différences entre ces deux notions : ainsi, alors que le Constituant dérivé ne peut modifier la Constitution qu'en respectant les règles établies par le Constituant originaire pour la modification de celle-ci, le Constituant originaire n'est lié par aucune règle de droit, même pas par une règle de droit d'un Constituant originaire antérieur⁽⁵⁶⁾. Quand le Constituant originaire belge a promulgué la Constitution du 7 février 1831, il a pu le faire *parce qu'il n'était point tenu* par les dispositions de la Loi fondamentale des Pays-Bas du 24 août 1814⁽⁵⁷⁾, tout comme le Constituant originaire français de la V^e République n'était pas non plus tenu par les dispositions du droit de la IV^e République.

16. L'intervention du Constituant originaire se caractérise par deux points. D'une part, comme il ne peut *par essence* être lié par une règle de droit antérieure, il serait inexact d'écrire que le Constituant originaire belge aurait établi la Constitution belge *en violation* du droit néerlandais ou que le Constituant français de la V^e République aurait établi la Constitution *en violation* du droit constitutionnel de la IV^e République : la formulation exacte est que le droit antérieur leur est *inapplicable*.

D'autre part, chaque intervention du Constituant originaire constitue une *rupture dans la continuité juridique*. Ce point ressort fort bien de la Loi constitutionnelle française du 3 juin 1958 qui commence par les termes « *Par dérogation* aux dispositions de son article 90, la Constitution [de la IV^e République] sera révisée (...) dans les formes suivantes : (...) »⁽⁵⁸⁾. Or, toute la doctrine conti-

(55) A savoir prétendre que seul le Constituant originaire serait à considérer comme Souverain.

(56) « Les modalités d'exercice de ce pouvoir [de constituant originaire] ne sont déterminées par aucune règle antérieure ». G. BURDEAU, *Traité de science politique*, cité par F. DELVÈREZ, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, 66.

(57) Voy. en particulier les articles 229 à 234 de celle-ci. *Journal Officiel du Royaume des Pays-Bas*, 28 août, Supplément au numéro 29.

(58) C'est nous qui soulignons. Cette loi peut être trouvée dans *Les Constitutions de France*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 1996, 291.

mentale et américaine attache la plus grande importance à ce que cette continuité juridique au niveau de la Constitution ne soit justement *pas* rompue⁽⁵⁹⁾. Quand RIVERO écrit qu'en France, « tant et tant de Constitutions, au fil des révolutions, se sont succédées (...) que l'opinion s'est accoutumée à n'y voir que des documents précaires »⁽⁶⁰⁾, quand il souligne que « dans le prestige dont jouit la Constitution [des Etats-Unis] de 1787 (...) sa pérennité est pour beaucoup dans la révérence que lui porte l'opinion »⁽⁶¹⁾, il illustre parfaitement cette pensée. Partout sur le continent européen et aux Etats-Unis, l'un des principes fondamentaux au niveau constitutionnel est que dans toute la mesure du possible le recours au Constituant originaire doit être évité : même des changements considérables dans la structure d'un Etat doivent se faire au niveau du Constituant dérivé, c'est-à-dire *en maintenant la continuité juridique* par une modification de la Constitution en conformité aux règles de modification établies par le Constituant originaire. Ce n'est donc pas par hasard que même la réunification allemande, pourtant l'un des plus grands changements territoriaux en Europe occidentale depuis la Seconde Guerre mondiale, a été réalisée au niveau du seul Constituant dérivé⁽⁶²⁾.

17. Après avoir apporté ces précisions, nous pouvons procéder à la comparaison entre la notion anglaise de « Sovereign » et la notion continentale de 'Souverain'. Le droit constitutionnel anglais ne connaît qu'un seul type de « Sovereign » qui se caractérise par deux points : il *n'est tenu par aucune norme juridique préexistante* et il *est à son tour juridiquement incapable de lier de futurs « Sovereigns »*. Ces deux points sont une conséquence directe du concept de la « continuing sovereignty », concept qui exclut qu'un « Sovereign » actuel puisse lier de futurs « Sovereigns ».

La conception anglaise du « Sovereign » contraste à deux égards fondamentalement avec celle, continentale, de 'Souverain'. Pre-

(59) Voy. p.ex. Delpeérée qui consacre dans son ouvrage toute une section à la *stabilité* de la Constitution. F. DELPEÉRE, *o.c.*, 63-86, et E. ZOLLER qui parle de « la rigidité constitutionnelle » (E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, 75-78).

(60) J. RIVERO, « La fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, 7.

(61) *Ibidem*.

(62) En application de l'ancien article 23 de la Loi Fondamentale du 23 mai 1949. Voy. aussi O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et alia, *o.c.*, 126.

mièrement, tandis que sur le continent le recours à un Souverain *non lié* par des Souverains antérieurs — c'est-à-dire le recours au Constituant originaire — est évité dans toute la mesure du possible, le droit constitutionnel anglais aboutit précisément au résultat inverse puisqu'il fait intervenir le Souverain non lié par les Constituants antérieurs *le plus possible* : pour s'en apercevoir, il suffit de rappeler que tous les « Acts of Parliament », adoptés par centaines chaque année, sont formellement des normes d'un « Sovereign » tenu par aucune norme juridique du passé⁽⁶³⁾.

Deuxièmement, et par opposition au « Sovereign » de droit anglais, le 'Souverain' continental *peut* se lier lui-même : comme il y a deux types de 'Souverains' — Constituant originaire et dérivé — et comme le premier peut lier le second, l'on peut affirmer que la notion continentale de 'Souverain' conçoit parfaitement qu'un Souverain se lie lui-même.

Concrètement, le Constituant originaire d'un pays peut par exemple subordonner la révision de certaines dispositions constitutionnelles à la révision préalable d'autres ou peut même interdire toute révision de certaines dispositions constitutionnelles. Tel est par exemple le cas en Allemagne où l'article 79, paragraphe 3, de la Loi Fondamentale du 23 mai 1949 dispose que notamment les articles 1 et 20 ne peuvent être modifiés⁽⁶⁴⁾ ou en France où le dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958⁽⁶⁵⁾ dispose que « la forme républicaine du Gouvernement ne

(63) Il convient par ailleurs de remarquer qu'il serait insuffisant de tenter de justifier ce recours fort fréquent à un « Sovereign » non lié par les normes du passé par le fait que le droit constitutionnel anglais ne connaît qu'un seul type de « Sovereign », puisque le recours à celui-ci pourrait aisément être évité par l'utilisation de normes d'un rang inférieur dans la hiérarchie des normes telles que les « bye-laws ».

(64) « Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig. »

(65) Une disposition analogue figurait déjà dans l'article 2 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884 et le texte actuel a été établi par l'article 95 de la Constitution du 27 octobre 1946. L'article 139 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 contient d'ailleurs la même disposition : « La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale. » Sur cette dernière disposition, voy. aussi *infra*, note 71.

peut faire l'objet d'une révision ». Il est vrai que ces dispositions se prêtent à deux interprétations différentes, et la doctrine y a été attentive⁽⁶⁶⁾ : soit ces articles ne font que interdire la révision d'autres articles mais demeurent eux-mêmes révisables⁽⁶⁷⁾ (68), soit on estime que l'interdiction de révision *inclut* l'article qui stipule cette interdiction de révision, étant donné que l'interdiction de révision serait privée de toute efficacité si elle n'incluait pas l'article qui stipule cette interdiction⁽⁶⁹⁾ (70). Mais peu importe si les Constituants originaires allemand ou français — qui sont des Souverains — ont effectivement instauré des clauses irrévissables pour

(66) Pour une étude approfondie de ce problème en Allemagne, voy. surtout O. PERSMANN, « La révision constitutionnelle en Allemagne et en Autriche : théorie, pratique, limites », in *La Révision de la Constitution*, [Association française de constitutionnalistes], Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Paris, Economica, 1993, 7-65; pour un très bref aperçu voy. D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la 1^{re} République*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 1999, 114.

(67) Pour ce qui est du cas allemand, voy. sur cette position (assez minoritaire) MAUNZ-DÜRIG, *o.c.*, art. 79, n° 50.

(68) Pour ce qui est du cas français, voy. notamment J. LAFFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e édition, Paris, Editions Domat, 1947, 290. Dans une contribution nettement plus récente, Jouanjan constate qu'« on connaît l'argument opposé par la grande majorité de la doctrine française à la reconnaissance d'une valeur obligatoire de l'art. 89 al. 5 de la Constitution de 1958 : (...) l'article 89 al. 5 (...) ne se protège pas lui-même explicitement » (O. JOUANJAN, « Révision de la Constitution et Justice constitutionnelle : République fédérale d'Allemagne », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° X, 1994, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 229-244, ici 236).

(69) Pour ce qui est du cas allemand, une large majorité de la doctrine constitutionnelle de ce pays soutient en effet, et ce depuis l'adoption de la Loi Fondamentale, que l'article 79(3) est lui-même irrévissable. Voy. notamment Th. MAUNZ, *Festschrift für Fejoret*, 1952, 145, H. PETERS, *Festschrift für Leau*, 1953, 233. Références citées dans MAUNZ-DÜRIG, *o.c.*, art. 79, n° 50; et Jouanjan écrit dès lors que « l'article 79 al. 3 se protège lui-même (...) ». Il faut admettre l'intangibilité absolue de l'article 79 al. 3 LF » (O. JOUANJAN, *o.c.*, 236-237).

(70) Pour ce qui est du cas français, voy. O. PERSMANN, « Les interdictions de réviser », in L. FAVOREU et autres, *o.c.*, 137-139. L'auteur applique au cas français le même raisonnement qu'au cas allemand. Voy. également Zoller qui écrit que l'article 89(5) constitue une « clause non révisable » (E. ZOLLER, *o.c.*, 83).

le Constituant dérivé. L'essentiel est qu'ils *pourraient* le faire⁽⁷¹⁾ et qu'ils *sont* donc en mesure de limiter la souveraineté d'un autre Souverain, le Constituant dérivé⁽⁷²⁾ (73).

*
*
*

18. Dans les quelques pages qui précèdent, nous avons brièvement esquissé les traits caractéristiques de la notion de « parliamentary sovereignty » : l'exclusion de toute atteinte temporaire au pouvoir de modification, l'exclusivité de la majorité simple, l'impossibilité d'instaurer des exigences procédurales spécifiques, l'interdiction de recourir aux travaux préparatoires et la notion de « continuing sovereignty ».

Ce concept de « sovereignty » pose des problèmes complexes et fort peu apparents au premier regard. Dans un article dont la lec-

(71) Comme en Italie, où il ne fait pas de doute que l'article 139 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 constitue une disposition irrévissable : « L'article 139 C. selon lequel 'la forme républicaine ne peut être l'objet d'une révision constitutionnelle' est l'exemple le plus clair de limite explicite. Les interdictions des plus autorisés estiment que cette disposition ne porte pas tant interdiction de rétablissement du régime monarchique qu'interdiction d'abandonner cet ensemble de principes fondamentaux qui sont le fondement des choix républicains opérés en 1946 (...). Cela conduit à rejeter, entre autres, la thèse formaliste selon laquelle une restauration monarchique éventuelle serait possible avec deux révisions successives, la première pour abroger l'article 139, la deuxième pour modifier la discipline relative au chef de l'Etat » (A. PIZZORUSSO et E. ROSSI, « Révision de la Constitution et Justice constitutionnelle : Italie », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° X, 1994, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 133-143, ici 138. C'est nous qui soulignons).

(72) Illustrons ceci à l'aide de l'exemple allemand : ceux qui affirment que l'article 79(3) de la Loi Fondamentale ne crée pas de dispositions constitutionnelles irrévissables basent leur argumentation sur un raisonnement formaliste, à savoir que cet article mentionne comme irrévissables les seuls articles 1 et 20 mais ne mentionne pas l'article 79(3) lui-même. Selon eux, les articles 1 et 20 pourraient ainsi être modifiés après modification de l'article 79(3). Mais si l'on pose que l'article 79(3) peut être modifié, il faut rester cohérent et admettre que l'on pourrait compléter la liste des articles irrévissables qu'il contient — liste qui n'inclut actuellement que les numéros 1 et 20 — par le numéro 79(3).

(73) Comme clauses établissant des interdictions de réviser, voy. aussi l'article 110, alinéa 1^{er}, de la Constitution grecque et l'article 288 de la Constitution portugaise.

ture est devenue obligatoire pour tout étudiant anglais en droit⁽⁷⁴⁾, le constitutionnaliste H.W.R. WADE de Cambridge a fait ressortir certaines graves difficultés constitutionnelles que cette notion soulève. Pour illustrer le danger de son apparente simplicité, WADE opte au début de son exposé délibérément pour une définition très candide de la « parliamentary sovereignty » : « An orthodox English lawyer, brought up (...) under the doctrine of parliamentary sovereignty (...) would say that it merely meant that no Act of the sovereign legislature (composed of the Queen, Lords and Commons) could be invalid in the eyes of the Courts; that it was always open to the legislature, so constituted, to repeal any previous legislation whatever; that therefore no Parliament could bind its successors; and that the legislature had only one process for enacting sovereign legislation, whereby it was declared to be the joint Act of the Crown, Lords and Commons (...) »⁽⁷⁵⁾.

Il est temps d'examiner les problèmes dont cette définition fait abstraction dans la deuxième partie vers laquelle nous nous tournons maintenant.

II. — PROBLÈMES CONTEMPORAINS DE LA DOCTRINE CLASSIQUE DE « PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY »

19. Si la doctrine de « parliamentary sovereignty » pose problème, c'est avant tout en raison du concept qui se trouve au centre de celle-ci : la « continuing sovereignty ». Le postulat que le « Sovereign » ne peut pas se lier lui-même débouche en effet dans bien des domaines sur des situations juridiquement peu souhaitables et même surprenantes. Dans cette seconde partie, nous examinerons l'impact de la « parliamentary sovereignty » dans différentes matières : en droit anglais interne, en droit des traités, ainsi que dans ses rapports avec les droits de l'homme et le droit communautaire⁽⁷⁶⁾.

(74) H.W.R. WADE, « The Basis of Legal Sovereignty », *Cambridge Law Journal*, 1955, 172-197.

(75) *Ibidem*, 174.

(76) D'autres domaines seraient également dignes d'un examen, comme celui du droit colonial, matière dans laquelle la « parliamentary sovereignty » a suscité d'importants problèmes. Si nous ne pouvons aborder ce point

a) « *Parliamentary sovereignty* » et droit interne : la règle de l'« implied repeal »

20. En ce qu'elle stipule que le « Sovereign », c'est-à-dire la « Queen in Parliament », ne peut se lier et n'est soumise à aucune exigence procédurale ou de forme⁽⁷⁷⁾, la doctrine de la « parliamentary sovereignty » se trouve à l'origine d'une autre règle essentielle de droit anglais, celle de l'« implied repeal ». Celle-ci peut être résumée comme suit : si la « Queen in Parliament » vote un « Act of Parliament » et si ultérieurement elle vote un second « Act » dont certaines dispositions contredisent le premier, le premier « Act », dans la mesure où il sera devenu incompatible avec le second, ne sera plus appliqué. Mais si dans la suite le second « Act » est lui-même abrogé, le premier « Act » redevient alors applicable dans toutes ses dispositions; « it springs back into force »⁽⁷⁸⁾ ⁽⁷⁹⁾.

pour des raisons de place, il échet néanmoins de signaler l'existence d'un antagonisme fondamental entre le concept de « continuing sovereignty » d'une part et les notions de « décolonialisation » et d'« acquisition définitive d'indépendance » d'autre part. En effet, dès lors que l'on tient pour acquis que la « Queen in Parliament » ne peut se lier à l'avenir, on ne voit pas, d'un point de vue strictement théorique, comment le « Sovereign » du Royaume-Uni pourrait reconnaître, par un « Act in Parliament », l'indépendance définitive — c'est-à-dire irrévocable — d'une colonie britannique.

(77) Abstraction faite de celle — constituant une partie de la Grundnorm — qui stipule que pour être valide un « Act » doit être approuvé par toutes les trois composantes de la « Queen in Parliament ».

(78) Sur la règle de l'« implied repeal », voy. notamment I. LOVELAND, *o.c.*, 30-31, et A.W. BRADLEY et K.D. EWING, *o.c.*, 65-66.

(79) Il s'indique de démontrer *en quoi exactement* la règle de l'« implied repeal » est une conséquence directe de la doctrine de la « parliamentary sovereignty ». La doctrine de la « parliamentary sovereignty » implique notamment l'absence de toute exigence procédurale dans l'élaboration des « Acts of Parliament » et le fait que le « Sovereign » — à savoir la « Queen in Parliament » — ne peut se lier et ne peut pas non plus être lié par ses prédécesseurs. Il en découle que la « Queen in Parliament » doit avoir la possibilité d'élaborer de nouveaux « Acts » — et donc de modifier le droit — sans être tenue par une exigence d'« abrogation formelle de tous les « Acts » incompatibles antérieurs, puisqu'une telle exigence constituerait une règle subordonnant la validité des « Acts of Parliament » à certaines conditions et transgresserait ainsi à la fois la règle selon laquelle la « Queen in Parliament » n'est tenue par aucune condition de procédure et le précepte que le « Sovereign » ne peut se lier.

S'il est vrai que sur le plan des principes, il existe dans les ordres juridiques continentaux une règle régissant le problème des « abrogations implicites » d'une loi ancienne par une loi nouvelle⁽⁸⁰⁾, l'on peut cependant constater que le problème causé par un conflit entre deux dispositions législatives contradictoires (et de dates différentes) y est souvent réglé à l'aide d'autres moyens, notamment par application d'un *canon d'interprétation* tel que « *lex specialis derogat lex generalis* »⁽⁸¹⁾.

Ceci s'explique probablement avant tout par la circonstance que la pensée juridique continentale semble partir de l'idée qu'un changement de loi doit en principe se faire par une *abrogation formelle de la loi ancienne*, et non par une simple superposition de dispositions législatives contradictoires dans laquelle la dernière version en date prime sur toutes les versions antérieures, sans qu'il soit besoin de les abroger formellement.

21. Pour mesurer les conséquences pratiques d'un usage fréquent de la règle de l'« implied repeal » par la « Queen in Parliament », il suffit d'analyser un recueil de lois anglaises⁽⁸²⁾ : sous un même mot-clé, comme par exemple celui d'« universités », l'on trouve plusieurs « Acts » de dates différentes mais dont aucun ne mentionne le fait qu'il est susceptible d'entraîner de *plein droit* une abrogation partielle des « Acts » antérieurs. Il s'ensuit que pour pouvoir correctement appliquer un ancien « Act », il faut impérativement lire en parallèle *toutes les dispositions émises postérieurement* à la création de celui-ci, puisqu'il ne sera en vigueur dans toutes ses dispositions que pour autant que la règle de l'« implied repeal » n'ait trouvé à s'appliquer à aucune de celles-ci. Dans le

(80) Voy. notamment H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e édition, tome premier, Bruxelles, Bruylant, 1962, 317, n^{os} 218-219 et Cass., 29 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, 215.

(81) Ou par le célèbre « postulat de rationalité du législateur ». La même idée se trouve exprimée dans l'adage « le législateur ne fait rien d'inutile ». Sur le canon d'interprétation « *lex specialis derogat lex generalis* », voy. notamment R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, tome premier, Bruxelles, Bruylant, 1954, 19; R. VIGNERON, *Introduction générale au droit*, Notes de cours, Liège, Presses universitaires de Liège, 1991, 83; et P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Centre Universitaire de l'Etat, 1960, 350, n^o 238(2).

(82) Comme par exemple les Codes « *Halsbury's Statutes of England and Wales* », Londres, Butterworths.

cas de *plusieurs* « Acts » contradictoires consécutifs, cela peut mener à des invalidations partielles en cascade, ce qui ne facilite guère la correcte application des textes. Face à de telles constructions, le juriste continental, élevé dans l'idéal — certes partiellement illusoire — de la connaissance par tous les citoyens de la loi applicable à *la seule lecture du texte*, ne peut qu'éprouver une certaine sensation de désordre. Celle-ci s'amplifiera encore au vu des hésitations que son collègue anglais aura à la lecture d'un document comme — pour rester dans l'exemple du mot-clé « universités » — l'« Oxford and Cambridge Act » de 1571, texte rédigé sous le règne de la Reine Elisabeth I^{re}⁽⁸³⁾ et qui incorpore dans un « Act of Parliament » notamment la Charte de l'Université d'Oxford rédigée par le Roi Edouard III⁽⁸⁴⁾ en 1375. *Quoique jamais formellement abrogé*, l'« Act » de 1571 a au cours des siècles été suivi d'une bonne vingtaine d'autres « Acts » applicables aux universités⁽⁸⁵⁾ et la question de savoir lesquelles de ses dispositions sont encore effectivement en vigueur à l'heure actuelle est à vrai dire assez problématique⁽⁸⁶⁾ (87).

(83) La Reine Elisabeth I^{re} a régné de 1558 à 1603.

(84) Le Roi Edouard III a régné de 1327 à 1377.

(85) Comme par exemple les « Acts » suivants : Oxford University Act 1854, Oxford University Act 1857, Oxford University Act 1860, Oxford University Act 1862, Universities Test Act 1871, College Charter Act 1871, Universities of Oxford and Cambridge Act 1877, Universities of Oxford and Cambridge Act 1923, Universities and College Estates Act 1925, Universities and College (Trusts) Act 1943, Universities and College Estates Act 1964, etc. Pour plus de détails, voy. les Codes « *Halsbury's Statutes of England and Wales* », 4^e édition, réédition t. 15 (1997), 21.

(86) Avant 1859, il fallait même remonter encore plus loin dans le temps que 1571, et ce en raison des « Letters of Patent » du 29 mai 1247 dans lesquels le Roi Henri III octroyait certains droits aux enseignants de l'Université d'Oxford. Ce n'est qu'en 1859, sous le règne de la Reine Victoria (1837-1901), que ces « Letters of Patent » — documents qui constituent formellement des « Acts of Parliament » — ont été formellement abrogés par un autre « Act ». En ce sens voy. les Codes « *Halsbury's Statutes of England and Wales* », 4^e édition, réédition t. 15 (1997), 23.

(87) Nous admettons qu'il s'agit là de cas extrêmes, mais ils ne sont pas moins révélateurs des problèmes que cause l'usage systématique de la règle de l'« implied repeal ».

b) « *Parliamentary sovereignty* » et *droit interne* : *pourrait-on supprimer la Chambre des Lords* ?

22. Comme nous l'avons vu, le terme « *parliamentary sovereignty* » signifie « *sovereignty* » de la « *Queen in Parliament* » — celle-ci étant composée de la Reine, de la Chambre des Communes et de la *Chambre des Lords* —, et aucun « *Act of Parliament* » n'est valable s'il n'a obtenu l'assentiment de ses trois branches. Supposons maintenant que la « *Queen in Parliament* » soit saisie d'une « *Bill* »⁽⁸⁸⁾ visant à abroger l'une de ses composantes, par exemple la Chambre des Lords. L'on comprend aisément qu'un tel projet touche aux fondations mêmes du droit constitutionnel du Royaume-Uni et que nous ne pourrions en débattre sans aborder la question du contenu précis de la *Grundnorm* — ou, pour utiliser le terme de HART, de la « *rule of recognition* »⁽⁸⁹⁾ — de l'ordre juridique anglais.

A cet égard, il convient de rappeler quatre points importants. D'abord, la *Grundnorm* d'un ordre juridique étatique ne tient pas nécessairement en une seule norme indivisible mais peut au contraire être composée de plusieurs normes qui forment un ensemble cohérent. Ensuite, la *Grundnorm* n'est pas une norme de *droit*⁽⁹⁰⁾, mais une norme *politique* qui est logiquement antérieure

(88) C'est-à-dire d'une proposition ou d'un projet d'un « *Act of Parliament* ». (89) Voy. H. HART, *o.c.*, 100-123. Il définit la « *rule of recognition* » comme étant l'« *ultimate rule* (...) which provides a system of rules with its criteria of validity ». *Idem*, 110. Voy. également *idem*, 106-107. Dans le cadre du présent article, nous faisons abstraction des minimes différences existant entre le concept de *Grundnorm* et de celui de « *rule of recognition* ».

(90) Kelsen écrit que la *Grundnorm* n'a « pas été créée suivant une procédure juridique, elle n'est pas une norme de droit positif; elle n'est pas 'posée' mais 'supposée' » (H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit, Traduction de la première édition par H. Thevenaz*, 2^e édition, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1988, 124-125. C'est nous qui soulignons). Dans la seconde édition de son ouvrage *Reine Rechtslehre*, Kelsen développe davantage ses idées : « In diesem Sinne ist die *Grundnorm* die Einsetzung des Grundtatbestandes der Rechtssetzung und kann in diesem Sinne als Verfassung im rechtologischen Sinne zum Unterschied von der Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne bezeichnet werden. Sie ist der Ausgangspunkt eines Verfahrens: des Verfahrens des positiven Rechtssetzung. Sie ist selbst keine gesetzte, durch *Gewohnheit* oder durch den *Akt eines Rechtsorgans gesetzte, keine positive, sondern eine vorausgesetzte Norm, sofern die verfassungsgebende Instanz als eine höchste Autorität angesehen wird und daher durch keine von einer höheren Autorität gesetzte Norm als zur Verfas-*

au droit⁽⁹¹⁾. En conséquence, la détermination précise de son contenu est « [a] *political question* »⁽⁹²⁾ et non une question de droit. Troisièmement, la *Grundnorm* n'est pas immuable mais peut changer. Cependant, comme celle-ci constitue la toute première règle, précédée d'aucune autre, la question de son changement est nécessairement une pure question de fait : un changement de la *Grundnorm se constate*; son changement ne saurait être généré par l'application d'une autre règle. Enfin, après avoir dit que le changement de la *Grundnorm se constate*, il faut préciser qui le constate : ce sont les *judges* qui sont en mesure de ce faire⁽⁹³⁾. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'énoncé de WADE qui dit que, bien que la *Grundnorm* ne soit pas une règle de droit, elle constitue « a rule of common law »⁽⁹⁴⁾, c'est-à-dire une règle non écrite *dérogée par les juges*.

23. La *Grundnorm* de l'ordre juridique anglais consiste ainsi en un ensemble de règles différentes dont bon nombre ressortent déjà des pages qui précèdent. Ainsi, toute la doctrine de la « *parliamentary sovereignty* » fait partie de la *Grundnorm*. Ceci peut être démontré par le raisonnement suivant : étant donné que l'« *Act of Parliament* » constitue la norme juridique suprême au Royaume-Uni et étant donné que la doctrine de la « *parliamentary sovereignty* » régit précisément l'élaboration et la validité de cette norme⁽⁹⁵⁾, la doctrine de la « *parliamentary sovereignty* » est logiquement antérieure à la norme suprême de l'ordre juridique en question et fait

sunggebung ermächtigt angesehen werden kann » (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e édition, Vienne, Deuticke, 1960, 202. C'est nous qui soulignons).

(91) « [I]t is the ultimate *political* fact upon which the whole system of legislation hangs. Legislation owes its authority to the rule: the rule does not owe its authority to legislation. To say that Parliament can change the rule, merely because it can change any other rule, is to put the cart before the horse ». W. WADE, *o.c.*, 188. C'est l'auteur qui souligne.

(92) *Idem*, 197.

(93) W. WADE, *o.c.*, 187-188, et H. HART, *o.c.*, 101-102. S'il est vrai que Hart pense que les juges ne sont pas les seuls à dégager la *Grundnorm*, il admet cependant que « what they say has a special authoritative status » (*idem*, 102). C'est nous qui soulignons.

(94) W. WADE, *o.c.*, 187.

(95) Notamment en énonçant que la « *Queen in Parliament* » se compose de trois composantes, et que pour être valide, tout « *Act of Parliament* » doit avoir été approuvé par chacune de celles-ci.

dès lors partie de la Grundnorm⁽⁹⁶⁾. Mais si la doctrine de la « parliamentary sovereignty » fait partie de la Grundnorm, l'étude de la première (étude que nous avons menée au cours des pages qui précèdent) nous a permis — sans en avoir pleinement eu conscience — d'acquiescer une assez bonne connaissance du contenu de la seconde : exclusion de toute atteinte temporaire au pouvoir de modification, exclusivité de la majorité simple, impossibilité d'instaurer des exigences procédurales spécifiques, interdiction de recourir aux travaux préparatoires et « last but certainly not least », la fameuse « continuing sovereignty ».

Le fait que le concept de la « parliamentary sovereignty » constitue une partie intégrante de la Grundnorm explique également pourquoi nous avons analysé de manière aussi approfondie l'évolution de l'« exclusionary rule »⁽⁹⁷⁾. Reprenons l'arrêt *Pepper v Hart*⁽⁹⁸⁾ : les « Law Lords » — juges suprêmes du pays — y déclarent que l'interprétation d'un « Act of Parliament » — et donc de la norme juridique suprême du Royaume-Uni — pourra désormais être basée⁽⁹⁹⁾ sur les travaux préparatoires de l'« Act » en question. En définitive, cette décision d'apparence banale signifie une chose extrêmement importante : comme l'« exclusionary rule » constitue un aspect de la doctrine de la « parliamentary sovereignty » et comme celle-ci constitue à son tour une partie de la Grundnorm, les juges dans *Pepper v Hart* n'ont pas seulement modifié une règle applicable à quelques rares cas mais ont bel et bien constaté un changement de la Grundnorm⁽¹⁰⁰⁾.

(96) Voy. notamment Hart qui écrit : « Plainly the rule that what the Queen in Parliament enacts is law (...) is not a rule on the same level as the 'laws strictly so called' which it is used to identify. Even if it were enacted by statute [c'est-à-dire par un 'Act of Parliament'], this would not reduce it to the level of a statute; for the legal status of such an enactment necessarily would depend on the fact that the rule existed antecedently to and independently of the enactment ». HART, *o.c.*, 111. C'est nous qui soulignons.

(97) Voy. *supra*, n° 10-13.

(98) Voy. *supra*, note 34.

(99) Du moins dans certains cas.

(100) Apporçons encore quelques précisions. Puisque l'arrêt *Pepper v Hart* a modifié l'« exclusionary rule », la contestation que ce jugement constitue une décision par laquelle les juges consacrent un changement de la Grundnorm revient à affirmer que l'« exclusionary rule » ne fait pas partie de la Grundnorm.

24. Après avoir déblayé le terrain, nous sommes maintenant en mesure de nous prononcer sur la question de l'éventuelle suppression de la Chambre des Lords. Supposons donc que la « Queen in Parliament » élabore un « Act » portant suppression de la Chambre des Lords. L'on pourrait croire à première vue qu'un tel « Act », dès lors qu'il a reçu l'assentiment des trois composantes de la Queen in Parliament — et donc également de la Chambre des Lords — aura été établi en pleine conformité avec les règles de la « parliamentary sovereignty » et sera en conséquence parfaitement valable. Un telle manière de voir les choses n'a cependant pas fait l'unanimité au sein de la doctrine constitutionnelle anglaise et un débat académique — dont le caractère fort abstrait et presque détaché des réalités peut surprendre — a eu lieu⁽¹⁰¹⁾.

C'est ainsi que la doctrine britannique s'est interrogée sur les conséquences normatives que cet hypothétique « Act of Parliament » serait susceptible de générer⁽¹⁰²⁾ au sein de l'ordre juridique britannique : ne faudrait-il pas admettre que dès l'entrée en vigueur de cet « Act » plus aucune « Bill » ne pourra devenir un « Act of Parliament », en raison de l'impossibilité — par hypothèse — d'obtenir l'assentiment de la Chambre des Lords ? Et cette incapacité à l'avenir d'élaborer des « Acts of Parliament » ne constituerait-elle pas une sorte d'« anesthésie générale » de tout le système normatif du Royaume-Uni ?

Or, une telle manière de voir ne peut être admise. En effet, si l'« exclusionary rule » ne faisait pas partie de la Grundnorm, il devrait être possible de la modifier par une règle de droit, comme par exemple par un « Act of Parliament » (qui est la règle de droit suprême de l'ordre juridique en question). Or, cela n'est pas concevable puisque, pour être pleinement efficace, cette norme de droit devrait avoir la prétention de régir l'interprétation des « Acts » tant passés que futurs, ce qui constituerait une tentative de lier de futurs « Sovereigns » par un « Act », tentative qui échouera en raison du concept de « continuing sovereignty » (dont il ne peut être contesté qu'il fait partie de la Grundnorm). Des lors, la seule manière d'expliquer que les « Acts » du « Sovereign » peuvent être interprétés à l'aide de travaux préparatoires — et ce même à l'avenir — est d'admettre que l'« exclusionary rule » se situe au niveau de la Grundnorm et que les juges ont dans l'arrêt *Pepper v Hart* constaté une modification de celle-ci.

(101) Voy. *infra*, note 104.

(102) Pour autant bien sûr que les juges continuent à adhérer à la présente Grundnorm et ne constatent pas, après l'éventuelle suppression de la Chambre des Lords, un changement dans son chef.

25. Nous l'avons laissé entendre, il convient de garder une attitude réservée à l'égard de tels raisonnements jusqu'au-boutistes (103), basés sur le présupposé que la « Queen in Parliament » aurait le pouvoir d'adopter avec l'assentiment de ses trois composantes un « Act » supprimant la Chambre des Lords. On peut en effet douter de la pertinence de ce postulat (104), avant tout parce qu'il semble difficilement conciliable avec l'unique interdiction que le droit constitutionnel anglais formule à l'égard de la « Queen in Parliament » : celle de ne pas se lier elle-même. Au vu des conséquences décrites plus haut — irréversibilité définitive de tous les « Acts of Parliament » — nous pensons effectivement que la « Queen in Parliament » se lierait *bel et bien*. Par ailleurs, les auteurs nous semblent fondés à souligner la *grande particularité* de l'« Act » qui abrogerait la Chambre des Lords, particularité qui peut être le plus aisément démontrée en forme de paradoxe : s'il est admis par tout le monde comme élément essentiel de la doctrine de « parliamentary sovereignty » que tout « Act of Parliament » peut *toujours* et nécessairement être modifié même s'il stipule qu'il ne peut pas l'être, comment se fait-il alors que l'hypothétique norme abrogeant la Chambre des Lords — norme qui elle aussi est un « Act of Parliament » — ne pourra pas être modifiée, alors même qu'elle stipulerait expressément qu'elle pourra l'être ?

26. Même si la distinction peut paraître assez formaliste, il faut bien dissocier la discussion relative à la *suppression* de la Chambre des Lords de celle touchant à sa *réforme*. Si la première soulève, comme nous l'avons brièvement démontré, un certain nombre d'interrogations au niveau constitutionnel, la seconde ne se heurte, du moins constitutionnellement (105), à aucun obstacle. Tout le monde semble avoir saisi cette différence car même le Gouverneur BLAIR qui a sensiblement réformé la Chambre Haute par

(103) Tel est notamment l'avis de BRADLEY et EWING, *op. cit.*, 78.

(104) G. WINTERTON, « Is the House of Lords Immortal? », *Law Quarterly Review*, tome 95, 1979, 386, et P. MURFIELD, « Can the House of Lords Lawfully be Abolished? », *Law Quarterly Review*, tome 95, 1979, 37.

(105) *Politiquement*, les choses sont par contre toutes autres et l'on fait bien de garder le mot de Barendt en tête qui écrit avec pertinence que la « [r]eform of the composition of the House of Lords remains one of the most intractable problems of constitutional reform » (E. BARENDT, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 95).

l'important « House of Lords Act 1999 » (106) n'a jamais envisagé son abrogation. La suppression pure et simple de la Chambre des Lords est de plus politiquement inutile car si elle a fait l'objet de nombreuses critiques au cours des dernières décennies (107), ce n'est pas tellement en raison de son *existence* mais en raison de sa *composition* : encore aujourd'hui, c'est-à-dire *après* le « House of Lords Act 1999 », il n'y a toujours pas d'élections pour celle-ci, et elle possède la singularité d'être une Assemblée parlementaire *sans compter un seul élu en son sein* (108). Tous ses membres sont, selon la formule consacrée, « selected, not elected ».

Une nouvelle intervention législative instaurant des élections, directes ou indirectes, au niveau de la Chambre Haute n'est donc pas à exclure, bien que certaines voix aient fait remarquer que « it would be difficult to establish an elected Second Chamber without undermining the democratic legitimacy of the Commons » (109). Quoi qu'il en soit, ceci constituerait bien une nouvelle *réforme* (110) et non une abrogation.

c) « Parliamentary sovereignty » et droit des traités

27. Examinons maintenant la position du droit constitutionnel anglais à l'égard des traités internationaux. Il importe avant tout de dégager les *fondements conceptuels des rapports entre le droit*

(106) Voy. *supra*, n° 4, surtout note 6.

(107) Le reproche principal qu'on lui fait est dès lors de ne pas être suffisamment démocratique : « Discussion of Lords reform frequently proceeds on the assumption that the upper house's legal and conventional subordination to the Commons is desirable because of what one might intuitively regard as democratic reasons. The Lords may be portrayed as an elitist, non elected body, which has not legitimate power to obstruct the wishes of the people, such wishes invariably being accurately expressed in the lower house » (J. LOVELAND, *op. cit.*, 175).

(108) Il est vrai qu'il n'y a pas non plus d'élections pour le « Bundesrat » allemand qui est composé de représentants des Gouvernements des « Länder », mais l'on peut à notre avis néanmoins dire qu'il est composé d'élus (indirects, il est vrai) puisque les Gouvernements sont à leur tour issus d'élections législatives dans les « Länder ».

(109) E. BARENDT, *ibidem*.

(110) Voy. notamment P. NORTON, « La réforme de la Chambre des Lords », *Pouvoirs*, n° 93, § 39-52, et D. OLIVER, « The Reform of the United Kingdom Parliament », in J. JOWELL et D. OLIVER (éds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 261-291.

interne et le droit international tels que les perçoit le droit constitutionnel anglais. Pour ce dernier, il existe en effet deux ordres juridiques entièrement distincts, celui du droit interne et celui du droit international. Les deux sont étanches, de sorte qu'aucune norme de droit international ne peut pénétrer dans l'ordre juridique interne sans le concours d'une norme de ce dernier. Cette conception rigoureusement dualiste s'applique à tous les traités internationaux auxquels le Royaume-Uni est partie.

A ce stade, il convient d'observer que la circonstance que le Royaume-Uni ait procédé à la ratification d'un traité international n'entraîne aucune modification de son droit interne. Il est vrai qu'une règle similaire peut être retrouvée dans de nombreux autres Etats. Mais si le Royaume-Uni ne se distingue pas au niveau du contenu de la règle, il le fait au niveau de sa justification : le droit constitutionnel la cherche en effet dans le concept de « parliamentary sovereignty ». Il insiste ainsi sur les conséquences qu'il y aurait pour cette dernière si l'on permettait au Gouvernement de « create new laws simply by coming to an agreement with foreign countries. If one allowed that to happen, one would essentially be saying that it is the government rather than the King in Parliament that is the sovereign lawmaker, as the government could bypass the refusal of the House of Commons and (...) the House of Lords to consent to its proposed laws » (111).

Ensuite, il faut opérer une distinction importante. Il faut en effet distinguer, parmi les traités ratifiés par le Royaume-Uni, ceux qui n'ont pas été suivis d'un « Act » de la « Queen in Parliament », de ceux qui ont été suivis d'un tel « Act » (112).

28. Examinons d'abord les traités de la première catégorie. Pour ceux-ci, la conception dualiste s'applique dans toute son intégralité : les ordres juridiques international et national étant entièrement étanches, les normes du traité ne peuvent pénétrer dans l'ordre juridique interne et il est impossible de les invoquer devant

un juge britannique interne (113) (114). Ceci vaut même, chose importante à préciser, pour des traités dits « directement applicables » : « under our constitutional law, adherence to a treaty does not of itself have the effect of changing our internal law even where provisions of the treaty are intended to have direct internal effect as law within the participating states » (115).

Mais dès lors que les normes de droit international ne peuvent être invoquées dans l'ordre juridique interne, tout conflit entre une norme de droit international et de droit interne est exclu en droit anglais, et cette circonstance rend à son tour sans objet une interrogation familière de la pensée juridique continentale : celle de savoir si les normes de droit international ont primauté sur les normes de droit interne. Car tout débat de primauté présuppose nécessairement que les normes de droit international puissent être appliquées en droit interne de la même manière que les normes de droit interne.

29. Passons aux traités de la seconde catégorie, c'est-à-dire à ceux ratifiés par le Royaume-Uni et suivis d'un « Act » en droit interne. Selon le droit constitutionnel anglais, il est en effet possible de voter, au moment de la ratification d'un traité ou ultérieurement, un « Act of Parliament » qui a pour effet d'incorporer celui-ci dans l'ordre juridique interne : l'incorporation autorise la norme de droit international à pénétrer dans l'ordre juridique interne et à y déployer ses effets. Ceci est d'une grande importance car l'incorporation crée ainsi une exception — la seule — à l'établissement des ordres juridiques national et international : la norme de droit international coexistera au sein de l'ordre juridique interne du Royaume-Uni avec les normes de droit interne et elle pourra être appliquée par les juridictions britanniques internes. C'est donc ainsi que l'on peut lire « that a treaty signed by the British government can (...) have legal effect in Britain if it is incorporated into British law by an Act of Parliament » (116).

(113) *Cheney v Conn* [1968] 1 All ER 779.

(114) Ceci a notamment été le cas pour la Convention européenne des droits de l'homme avant son incorporation par le « Human Rights Act 1998 ». Voy. *infra*, n^{os} 32-36.

(115) Cmnd [Command Papers of the House of Commons] 3301, § 22, année 1967, cité par A.W. BRADLEY et K.D. EWING, *o.c.*, 149.

(116) I. LOVELAND, *o.c.*, 32. C'est nous qui soulignons.

(111) I. LOVELAND, *o.c.*, 32.

(112) A.W. BRADLEY et K.D. EWING, *o.c.*, 62, I. LOVELAND, *o.c.*, 33.

Malgré cette coexistence, au sein de l'ordre juridique interne du Royaume-Uni, de normes de droit interne et de droit international, le droit constitutionnel exclut conceptuellement l'éventualité d'un conflit entre des normes de droit interne et de droit international incorporé : en effet, si les dispositions d'un traité incorporé se voient contredites par un « Act » postérieur, le droit constitutionnel anglais n'y voit non pas un conflit entre une norme de droit international et une norme de droit interne postérieure, mais un pur conflit entre deux normes contradictoires de droit interne : d'une part, l'« Act » d'incorporation du traité en question, d'autre part, l'« Act » postérieur⁽¹¹⁷⁾.

Cette solution peut être déduite du raisonnement suivant. Dès lors qu'une norme d'un traité international incorporé se trouve en contradiction avec une norme d'un « Act » postérieur à cette incorporation, se pose pour le juge du fond — juge qui se trouve dans l'ordre juridique interne — la question de savoir laquelle de ces deux normes, celle du traité ou celle de l'« Act » postérieur, il devra appliquer au litige pendant devant lui. Ceci constitue donc bien d'un problème d'application de normes au sein de l'ordre juridique anglais. Or, et nous l'avons déjà dit, l'application d'une norme de droit international — tel que le traité en question — en droit interne anglais est régie *non pas* par une norme de droit international mais par une norme de droit interne, à savoir par l'« Act » qui a procédé à son incorporation⁽¹¹⁸⁾. Par conséquent, tout conflit lié à l'application d'un traité en droit anglais interne est nécessairement et exclusivement un conflit de droit interne, à savoir entre l'« Act » d'incorporation du traité et l'« Act » postérieur. Or, un tel litige entre deux « Acts » consécutifs et contradictoires⁽¹¹⁹⁾ est aisé à résoudre : il se règle conformément aux règles traditionnelles de droit interne, c'est-à-dire soit par abrogation expresse, soit — comme nous l'avons déjà vu⁽¹²⁰⁾ — par application de la doctrine de l'« implied repeal ».

(117) Voy. notamment P.F. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 1998, 280, et I. LOVELAND, *o.c.*, 31-32, 356.

(118) A.W. BRADLEY et K.D. EWING, *o.c.*, 62.

(119) Voy. l'arrêt *Mortensen v Peters* (*infra*, note 138), et I. LOVELAND, *o.c.*, 32.

(120) Voy. *supra*, n^o 20-21.

On voit ainsi que les dispositions d'un traité incorporé ne contiennent à déployer leurs effets en droit interne qu'aussi longtemps que demeure applicable l'« Act » qui a procédé à leur incorporation. Le jour où celui-ci est explicitement abrogé ou disparaît en application de la règle de l'« implied repeal »⁽¹²¹⁾, elles cessent d'être applicables en droit interne, et ce même si le Royaume-Uni enfonce, ce faisant, ses engagements sur le plan international. A nouveau, c'est la doctrine de « parliamentary sovereignty » qui en fournit la justification : en effet, comme l'observe LOVELAND, le fait que l'applicabilité d'un traité international cesse au moment de la disparition de l'« Act » d'incorporation n'est en réalité qu'une « logical consequence of the parliamentary sovereignty doctrine »⁽¹²²⁾.

Une application particulièrement tranchante de ce qui précède a été donnée dans le célèbre arrêt *Cheney v Conn*⁽¹²³⁾. Dans cette décision, la Cour, après avoir réaffirmé le caractère suprême et omnipotent d'un « Act of Parliament », souligne vigoureusement que même si sa contrariété au droit international est avérée, rien ne permet de l'écartier : « what the statute itself enacts cannot be unlawful, because what the statute says is itself the law, and the highest form of law in this country. It is the law which prevails over every other form of law, and it is not for the court to say that a parliamentary enactment, the highest law in this country, is illegal »⁽¹²⁴⁾.

(121) Comme par exemple dans l'arrêt *Mortensen v Peters* (voy. *infra*, note 138). En effet, le « Herring Fishery (Scotland) Act 1899 » qui étend les eaux territoriales écossaises au-delà de trois milles marins est postérieur à l'« Act » qui avait incorporé les dispositions des traités que le Royaume-Uni avait conclus (et qui stipulaient que les eaux territoriales ne pouvaient excéder trois milles marins). Dans un tel conflit entre deux « Acts » contradictoires, la doctrine de l'« implied repeal » trouve à s'appliquer : dans la mesure où ils sont inconciliables, l'« Act » postérieur abroge l'« Act » antérieur. En l'occurrence, le « Herring Fishery (Scotland) Act 1899 » a donc eu pour effet d'abroger les dispositions internes qui avaient incorporé les traités que le Royaume-Uni avait ratifiés.

(122) I. LOVELAND, *o.c.*, 32. Le même auteur constate par ailleurs que « this conclusion is entirely consistent with both traditional Diceyan theory and the political outcome of the 1688 revolution » (*ibidem*). Voy. aussi C. MUNRO, *o.c.*, 146.

(123) Voy. *supra*, note 113.

(124) Extrait du discours du Juge Ungood-Thomas, dans *Cheney v Conn* [1968] 1 All ER 782. C'est nous qui soulignons.

30. En dépit de cette position inflexible — qui a pour seul avantage celui d'être dotée d'une netteté conceptuelle impeccable — certains ont néanmoins tenté, d'invoquer devant un juge britannique que la contrariété d'un « Act » aux engagements internationaux du Royaume-Uni. L'un des plus célèbres exemples est l'arrêt *Mortensen v Peters* de 1906⁽¹²⁵⁾. Dans cette affaire, un ressortissant danois, capitaine d'un bateau de pêche norvégien, avait demandé à un tribunal anglais de prononcer l'inapplicabilité du « Herring Fishery (Scotland) Act 1899 » qui répertorie les eaux territoriales écossaises. Cet « Act » désignait entre autres toutes les eaux du Moray Firth comme partie des eaux territoriales, alors que la plupart des eaux de cette baie se trouve au-delà d'une ligne de trois milles marins à partir de la côte et que le Royaume-Uni avait adhéré vers la fin du 19^e siècle à une série de traités internationaux limitant les eaux territoriales des États signataires à trois milles marins⁽¹²⁶⁾. Visiblement irritée par cette demande de déclarer un « Act of Parliament » inapplicable — requête qui doit paraître à tout juge britannique extrêmement irrévérencieuse à l'égard de la « sovereignty » de la « Queen in Parliament » — la High Court of Justiciary n'a accepté aucun argument de droit international et a sèchement répliqué que « [i]n this Court we have nothing to do with (...) whether an act of the legislature is (...) in contravention of (...) international law. For us, an Act of Parliament duly passed by Lords and Commons and assented to by the King, is supreme, and we are bound to give effect to its terms »⁽¹²⁷⁾⁽¹²⁸⁾. L'hostilité du tribunal à l'égard du demandeur se ressent à chaque mot.

31. Avant de passer à la section suivante, il convient encore de mentionner deux points : d'une part, il faut faire état de la faculté, pour la « Queen in Parliament », de n'incorporer que certaines parties d'un traité⁽¹²⁹⁾. D'autre part, il est important de voir qu'il n'est pas requis, pour que l'incorporation soit valablement accomplie, que l'« Act » qui y procède contienne une sorte de « recopiage

(125) *Mortensen v Peters* (1906) 14 SLT [Scottish Law Times] 227.

(126) A.W. BRADLEY et K.D. EWING, *o.c.*, 62, et I. LOVELAND, *o.c.*, 32.

(127) Voy. *supra*, note 125. C'est nous qui soulignons.

(128) Comme décision allant dans le même sens, voy. *Inland Revenue Commissioners v Collico Dealings Ltd* [1962] AC 1.

(129) *Ibidem*. Comme exemple d'une telle incorporation partielle, voy. le « Human Rights Act 1998 ». Nous y reviendrons plus en détail (*infra*, note 137).

en toutes lettres » des dispositions du traité international qu'il entend incorporer en droit interne. En effet, *dès lors que l'« Act » permet de déterminer avec certitude* quelles dispositions il a entendu incorporer⁽¹³⁰⁾, l'incorporation a été valablement accomplie⁽¹³¹⁾. Ceci n'est guère surprenant : l'ordre juridique du Royaume-Uni contient un grand nombre de normes non écrites et la « Queen in Parliament » n'est liée — nous l'avons dit⁽¹³²⁾ — par aucune contrainte formelle ou procédurale. On ne voit dès lors pas comment on pourrait justifier — surtout au regard du principe de « parliamentary sovereignty » — l'existence d'une hypothétique obligation, faite au « Sovereign »⁽¹⁾, de devoir reproduire, tel un scribe, dans l'« Act » d'incorporation le libellé exact de toutes les normes incorporées⁽¹³³⁾.

Après avoir ainsi dégagé les principes fondateurs qui régissent en droit constitutionnel anglais les rapports entre droit international et droit interne, il convient d'examiner deux points particuliers : la place respective des règles protégeant les droits de l'homme et de celles du droit européen.

d) « Parliamentary sovereignty » et droits de l'homme

32. Nous avons vu que l'adhésion inconditionnelle de l'ordre juridique anglais à la doctrine de la « parliamentary sovereignty » a pour conséquence en droit interne de dénaturer tous les traités internationaux en documents précaires. En effet, l'effectivité des traités au Royaume-Uni est laissée à la merci d'un « Sovereign » aussi puissant qu'imprévisible. Si même il donne aujourd'hui, par un « Act », son approbation expresse à un traité conclu pour une

(130) Question qui sera le cas échéant tranchée par un juge.

(131) Voy. A.W. BRADLEY et K.D. EWING, *o.c.*, 360-361. Les auteurs soulignent notamment que « the Courts' approach does not turn on the precise method of incorporation, provided it appears, if necessary from extrinsic evidence, that a statute was enacted in pursuance of an international obligation » (C'est nous qui soulignons).

(132) Voy. *supra*, n° 9.

(133) D'autant plus que le problème n'est susceptible de se poser qu'à l'occasion d'incorporations partielles, puisque dans l'hypothèse d'une incorporation intégrale d'un traité, la question de savoir lesquelles de ses dispositions ont été incorporées et lesquelles ne l'ont pas été ne se pose pas, puisqu'elles ont été toutes incorporées.

période fixe de dix ans, rien ne l'empêche de décider demain exactement le contraire : pour le droit constitutionnel anglais, cela est axiomatique. C'est dans cette optique qu'il convient d'analyser les rapports entre le droit constitutionnel interne du Royaume-Uni, d'une part et les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, d'autre part. Par souci de brièveté, nous nous limitons à la seule Convention européenne des droits de l'homme, mais le problème se pose pour tous les instruments internationaux du domaine.

33. Quant à la place de la Convention européenne des droits de l'homme en droit britannique, on doit bien admettre que « [l]a méconnaissance théorique de hiérarchie des normes en droit constitutionnel britannique correspond, au fond, à une négation explicite de la primauté de la CEDH sur un acte du législateur contraire et postérieur »⁽¹³⁴⁾ et constater que la position de départ du droit anglais interne à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme a été très peu réceptive⁽¹³⁵⁾. Ce qui doit alors susciter notre intérêt est l'allégation que cette situation aurait été *fondamentalement modifiée* par l'existence, depuis peu, au Royaume-Uni d'un instrument de *droit interne*⁽¹³⁶⁾, *incorporant* une large partie⁽¹³⁷⁾ des dispositions de la CEDH en droit britannique interne : le « Human Rights Act 1998 ».

(134) P.M. MABAKA, « L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique — Quelques réflexions », *Revue européenne de Droit public*, 2000, 77-110, ici 99.

(135) Voy. *supra*, n° 28, surtout note 114.

(136) Le débat sur la nécessité d'un tel instrument d'incorporation de droit interne peut aisément être retracé jusque dans les années 1980. Voy. par exemple les réflexions, à cet égard, de F.A. MANN, « Britain's Bill of Rights », *Law Quarterly Review*, 1978, n° 94, 512-533, de A.W. BRADLEY, « The Constitutional Protection of Human Rights », *Public Law*, 1988, 297-303, et de J.M. FINNIS, « A Bill of Rights for Britain? The Moral of Contemporary Jurisprudence », *Protocols of the British Academy*, 1985, n° 71, 303-331.

(137) Mais pas toutes. Ainsi, les articles 1^{er}, 13, 15 et 19 à 59 n'ont pas été incorporés par le « Human Rights Act ». Pour ce qui est des quatre protocoles additionnels actuellement existants (portant les n°s 1, 4, 6 et 7), le Royaume-Uni n'en a ratifié que deux, à savoir les 1^{er} et le 6^e protocoles additionnels, et le « Human Rights Act » ne contient en conséquence que ces deux protocoles additionnels. Mais même ces deux protocoles additionnels ne sont pas pleinement applicables au Royaume-Uni, car celui-ci a émis une réserve relative à l'article 2 du 1^{er} protocole additionnel (droit à l'éducation). Dès lors, bien que le « Human

L'« Act » constitue l'un des points centraux du programme gouvernemental du Premier ministre BLAIR et a pour objectif « to give people in the United Kingdom opportunities to enforce their rights under the European Convention in British courts rather having to incur the cost and delay of taking a case to the European Human rights Court in Strasbourg (...) In other words : to bring these rights home »⁽¹³⁸⁾ (139).

34. Il ne fait aucun doute que le document en question a un impact important sur l'ordre juridique britannique, et si nous n'irions pas jusqu'à affirmer — comme d'autres l'ont fait — qu'il constitue « the most significant statement of human rights in domestic law since the 1689 Bill of Rights »⁽¹⁴⁰⁾, il faut en tout cas admettre que « few legislative measures in the last 25 years have attracted so much political, academic and professional scrutiny as the Human Rights Act 1998 »⁽¹⁴¹⁾. Les réactions abondantes — et généralement fort positives — dont le « Human Rights Act » a ainsi pu faire l'objet proviennent à la fois du monde politique et judiciaire et ont stimulé un important débat doctrinal qui s'est s'efforcé avant tout de déterminer les effets du « Human Rights Act » sur les normes de l'ordre juridique britannique⁽¹⁴²⁾, tant sur les

Rights Act » comprend le texte intégral du 1^{er} protocole additionnel, son article 2 demeure, en raison de la réserve au niveau international, dépourvu de tout effet normatif au Royaume-Uni. Voy. aussi *infra*, note 139.

(138) Lord LESTER of Herne Hill et D. PANNICK, *Human Rights Law and Practice*, Londres, Butterworths, 1999, 15. C'est nous qui soulignons.

(139) Le « Human Rights Act 1998 » a été signé par la Reine le 9 novembre 1998 et est en vigueur dans tout le Royaume-Uni depuis le 2 octobre 2000. Il était déjà entré en vigueur en Écosse à une date légèrement antérieure. — Depuis le 2 octobre 2000, le « Human Rights Act » a déjà fait l'objet d'une première modification, par le « Human Rights Act (Amendment) Order » (S.I. 2001 No. 1216), en vue d'adapter le « Human Rights Act » au fait que le Royaume-Uni a mis fin, de sa propre initiative, le 26 février 2001, à la dérogation dont il bénéficiait relativement à l'article 5(3) de la Convention. Voy. *Public Law*, 2001, 612.

(140) J. STRAW, à l'époque ministre des Affaires intérieures du Royaume-Uni, cité par J. WADHAM et H. MOUNTFIELD, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Londres, Blackstone, 1999, page ix.

(141) I. LOVELAND, *o.c.*, 595.

(142) Pour un premier bilan provisoire des effets du « Human Rights Act », un après son entrée en vigueur, voy. F. KLUG et K. STAMER, « Incorporation through the 'front door' : the first year of the Human Rights Act », *Public*

dispositions *déjà existantes* que sur des normes *futures*. Des contributions lucides, rédigées sous des plumes aussi illustres que celles de BRADLEY (143), CRAIG (144), LORD LESTER of HERNE HILL (145), OLIVER (146), ou encore de WADHAM (147) peuvent ainsi être consultées.

35. Mais malgré cet engouement, il faut faire remarquer que, d'un point de vue strictement formel, le « Human Rights Act » est *bel et bien un « Act of Parliament »*, incapable de générer des effets juridiques contraignants sur de futurs législateurs. Si ce point est relativement peu mis en exergue par la doctrine anglaise, cela est sans doute dû au fait que, pour un juriste de formation britannique et élevé sous le dogme intransigeant de la « continuing sovereignty », cela va sans dire. Pour un juriste continental en revanche, il s'agit d'un élément dont il devra impérativement tenir compte s'il ne veut pas se méprendre de manière assez fondamentale sur la portée normative du « Human Rights Act ». Il pourrait cependant le perdre de vue assez facilement, et le risque d'erreur est encore renforcé par des commentaires affirmant que « the Human Rights Act (...) is no ordinary law » (148). Si une telle phrase est limpide pour le juriste anglais — pour lui, il va de soi qu'elle ne parle en rien du statut *formel* de l'« Act » dans la hiérar-

Law, 2001, 654-665, J. WADHAM, « The Human Rights Act : One year on », *European Human Rights Law Review*, 2001, 620-639, et E. MARTIN SALGADO et C. O'BRIEN, « Table of Cases under the Human Rights Act », *European Human Rights Law Review*, 2001, 677-704.

(143) A.W. BRADLEY, « The Sovereignty of Parliament and the Human Rights Act 1998 », in J. JOWELL et D. OLIVER (éds.), *o.c.*, 51-56.

(144) P. CRAIG, « The Human Rights Act 1998 », in P. CRAIG, *Administrative Law*, 4^e édition, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 552-573, et « The Courts, the Human Rights Act and Judicial Review », *Law Quarterly Review*, 2001, n° 117, 589.

(145) LORD LESTER of HERNE HILL et D. PANNICK, *Human Rights Law and Practice*, cité, 524 pages, LORD LESTER of HERNE HILL, « Human Rights and the British Constitution », in J. JOWELL et D. OLIVER (éds.), *o.c.*, 89-110, et « Developing Constitutional Principles of Public Law », *Public Law*, 2001, 684-694, surtout 690-693.

(146) VOY. D. OLIVER, *o.c.*, particulièrement 281-282, et « Chancel Repairs and the Human Rights Act », *Public Law*, 2001, 651-653.

(147) J. WADHAM et H. MOUNTFIELD, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, cité, 294 pages.

(148) LORD LESTER of HERNE HILL et D. PANNICK, *o.c.*, 17-18.

chie des normes mais seulement de l'importance *matérielle* de celui-ci — le juriste continental risque de comprendre une telle allégation précisément dans l'*autre* sens — le sens formel —, à savoir que l'énoncé 'le « Human Rights Act » n'est pas une loi ordinaire' serait à comprendre de la même manière que l'énoncé « les Constitutions ne sont pas des lois ordinaires ».

Il est bien sûr parfaitement exact de souligner le caractère ambivalent et novateur du « Human Rights Act » et d'insister sur les développements éminemment positifs qu'il est susceptible de générer au niveau des pouvoirs *subordonnés*. Mais cela ne peut masquer le fait qu'*au niveau du pouvoir législatif*, le constat doit être tout autre : en dépit de toutes les vertus bénéfiques qu'on lui prête, le « Human Rights Act » ne peut qu'être qualifié de *simple déclaration d'intention* (149), dès lors qu'il est susceptible, comme tout autre « Act of Parliament », d'être supprimé en quelques heures, à la majorité simple (150), et sans procédure particulière (151). Et si

(149) C'est ainsi que Thomas constate que « the Human Rights Act will still allow the Government to breach fundamental Rights by means of an Act of Parliament and provide no effective remedy if it chooses to do so » (R. THOMAS, « Constitutional Reform and the Human Rights Act 1998 », *Revue européenne de droit public*, 1999, 1255-1263, ici 1257). Voy. aussi Zucca qui écrit similairement que « the long-standing British doctrine of parliamentary sovereignty does not seem to allow a limitation of the legislative power, even on the grounds of rights protection » (L. ZUCCA, « Do Courts Have to Show Deference : Notes on Paul Craig's View on the Human Rights Act », *German Law Journal, European Sector*, vol. 2, n° 18, 1^{er} décembre 2001, disponible sur l'internet à l'adresse www.germanlawjournal.com). Voy. en outre la collection d'articles de T. CAMPBELL, K.D. EWING et A. TOMKINS (éds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, xxxv + 423 pages, en particulier les contributions de J. GOLDSWORTHY, « Legislative Sovereignty and the Rule of Law », 61-78, de K.D. EWING, « The Unbalanced Constitution », 103-117, et de J. ALLAN, « The Effect of a Statutory Bill of Rights where Parliament is Sovereign : The Lesson from New Zealand », 375-390.

(150) L'idée d'instaurer pour la modification du « Human Rights Act » une exigence de majorité qualifiée est incompatible avec la doctrine de la « parliamentary sovereignty », et cette dernière fait de ceux qui voudraient suggérer une telle modification un groupe de contestataires invétérés des fondements même du droit constitutionnel anglais.

(151) A cet égard, il faut notamment mentionner que la « déclaration d'incompatibilité » qu'un juge britannique peut faire en cas de conflit entre le « Human Rights Act » et un autre « Act » n'a pas pour effet de systématiquement mener à l'application du « Human Rights Act » : en effet, si le « Human

même l'on postulait que, *de facto*, le « Human Rights Act » ne sera pas abrogé ou amendé⁽¹⁵²⁾, il nous reste toujours, face à un tel texte non modifié, une autre interrogation encore plus incisive : celle de se demander si l'idée d'une protection durable des droits fondamentaux par un texte de base de droit anglais interne n'est pas en soi rendue impossible par l'existence du concept de l'« implied repeal »⁽¹⁵³⁾ ⁽¹⁵⁴⁾, qui permet des modifications législatives sans même qu'il soit besoin d'abroger ou de modifier le libellé de l'ancien texte.

Rights Act » se trouve contredit par un « Act » postérieur, ce sera le dernier « Act » en date qui sera appliqué et le « Human Rights Act » sera écarté (nonobstant le fait que cela constitue sur le plan international une violation de la Convention européenne des droits de l'homme). Par ailleurs, il convient de consacrer quelques mots à la célèbre « obligation interprétative » prévue à la Section 3 du « Human Rights Act ». Cette disposition prévoit que les juges devront essayer, dans toute la mesure du possible, d'interpréter les autres « Acts » de manière conforme au « Human Rights Act ». S'il est tout à fait pertinent de souligner l'importance pratique d'une telle disposition, celle-ci ne constitue cependant pas une altération des principes de la doctrine de la « parliamentary sovereignty » : d'une part, le destinataire de l'obligation interprétative est le seul juge et non la « Queen in Parliament », d'autre part, le « Human Rights Act » stipule expressément que cette obligation « does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation ». Dès lors, si le juge interne ne parvient pas à concilier les dispositions du « Human Rights Act » avec celles d'un « Act » postérieur incompatible, le « Human Rights Act » sera bel et bien écarté au profit d'un « Act » incompatible avec les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme : procédé qui constitue un exemple particulièrement fort de la théorie orthodoxe de la « parliamentary sovereignty ».

(152) Postulat qu'il serait naturellement impossible de faire de *jure*, puisque la « Queen in Parliament » ne peut se lier.

(153) Voy. *infra*, n° 63 et note 241.

(154) La question des effets de dispositions protectrices des droits de l'homme sur la doctrine de la « parliamentary sovereignty » et la notion d'« implied repeal » se pose non seulement au Royaume-Uni mais également dans d'autres Etats anciennement britanniques, dans lesquels elle surgit « par ricochet », en raison des liens particuliers que ces ex-colonies ont gardés avec l'ordre juridique et le droit constitutionnel britanniques. Sur la question des effets de dispositions protectrices des droits de l'homme en droit constitutionnel néo-zélandais, voy. alors A. BUTLER, « Implied Repeal, Parliamentary Sovereignty and Human Rights in New Zealand », *Public Law*, 2001, 586-598.

36. Au vu de ces éléments, d'aucuns ont conclu que l'effet de « l'insertion de la Convention européenne en droit [anglais] interne (...) restera purement théorique si la norme conventionnelle ne prime pas la norme interne contraire »⁽¹⁵⁵⁾. Sans nécessairement adhérer à un tel constat⁽¹⁵⁶⁾, le constitutionnaliste continental de formation kelsenienne peut en tout cas constater que le « Human Rights Act 1998 » n'établit pas, du moins au niveau du rapport entre législateur et citoyen, un système de protection d'un degré comparable à celui généralement existant dans les ordres juridiques continentaux. La doctrine de la « parliamentary sovereignty », faut-il le dire, y est pour beaucoup⁽¹⁵⁷⁾.

e) « Parliamentary sovereignty » et droit communautaire

37. Ce n'est pas par hasard que nous avons gardé le problème des rapports entre la doctrine de la « parliamentary sovereignty » et le droit des Communautés européennes pour la fin du présent article : il est le plus difficile de tous et pour le traiter utilement, il faut disposer des éléments conceptuels qui précèdent⁽¹⁵⁸⁾.

i) Il est nécessaire d'incorporer le droit communautaire dans l'ordre juridique interne du Royaume-Uni

38. Nous avons déjà eu l'occasion, dans les pages qui précèdent⁽¹⁵⁹⁾, d'exposer plus amplement la conception qu'a le droit constitutionnel britannique des rapports entre droit national et international. Celle-ci, d'un dualisme intransigeant, fait état de deux ordres juridiques distincts, l'un national, l'autre international,

(155) P.M. MABAKA, *o.c.*, 99.

(156) L'auteur n'a pas tort, mais il faut bien avouer que l'on ne voit pas — du moins aussi longtemps que la Grundnorm de l'ordre juridique du Royaume-Uni n'aura pas changé — comment une norme juridique quelconque, interne ou internationale, puisse primer un « Act of Parliament ».

(157) Voy. aussi N. BAMBORTH, « Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, 1998, 572-582, et S. KENTRIDGE, « Parliamentary Supremacy and the Judiciary under a Bill of Rights », *Public Law*, 1997, 96-112.

(158) A cet égard, la conception anglaise en matière de droit des traités (*supra*, n° 27-31), la notion d'« implied repeal » (*supra*, n° 20-21) et le concept de « continuing sovereignty » (*supra*, n° 14-17) revêtent une importance particulière.

(159) Voy. *supra*, n° 27-31.

et suppose en principe une stricte étanchéité de l'un par rapport à l'autre : les normes de droit international sont incapables de pénétrer dans l'ordre juridique national. A cela il y a, nous l'avons vu⁽¹⁶⁰⁾, une seule exception, à savoir les normes de droit international qui ont fait l'objet d'un « Act » d'incorporation⁽¹⁶¹⁾.

Ces données de départ sont essentielles pour analyser les conséquences constitutionnelles de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes, telle qu'elle a eu lieu au 1^{er} janvier 1973. Afin de comprendre toute la portée du problème, remontons dans le temps jusqu'au moment de l'adhésion et situons-nous en 1967, année qui se trouve au beau milieu de la phase préparatoire : à ce moment, les discussions constitutionnelles sur la meilleure technique d'adhésion battent leur plein.

39. Dans toute la discussion de l'époque, un point est contesté : il ne suffit pas, pour que l'adhésion aux trois Communautés⁽¹⁶²⁾ soit pleinement accomplie, de simplement ratifier leurs traités fondateurs⁽¹⁶³⁾. Il est en outre impératif de permettre aux dispositions du droit communautaire — ou du moins à certaines d'entre elles — de pénétrer dans l'ordre juridique interne et d'y déployer leurs effets : la possibilité de pouvoir invoquer, devant un juge anglais interne, certaines dispositions-clés du droit communautaire, telle que la libre circulation des marchandises, est en effet une condition essentielle pour leur pleine efficacité. Il faut donc procéder à une incorporation — du moins partielle — du droit communautaire par un « Act » de la « Queen in Parliament ». Mais — et c'est ici que se trouve le nœud du problème — dès lors qu'il est

(160) Voy. *supra*, n° 29.

(161) Et à condition bien sûr que cet « Act » d'incorporation soit toujours applicable.

(162) A savoir la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), la Communauté économique européenne (CEE) — dont l'appellation a depuis été modifiée en « Communauté européenne » (CE) — et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA). La Communauté européenne du charbon et de l'acier a cessé d'exister le 23 juillet 2002, par suite de l'expiration, à cette date, du Traité instituant celle-ci. Ses avois et compétences ont été intégralement transférés à la Communauté européenne.

(163) Le Traité de Paris du 18 avril 1951 établissant la CECA et le Traité de Rome du 23 mars 1957 établissant la CEEA et la CEEA.

admis qu'il faut procéder à une incorporation, quel doit être le contenu exact de l'« Act » qui y procède?

40. Dans un premier temps, il faut aborder la question de savoir si l'« Act » en question doit nécessairement incorporer toutes les dispositions du droit communautaire ou s'il peut limiter l'incorporation à certaines d'entre elles seulement⁽¹⁶⁴⁾. Cette question ne peut être résolue sans avoir recours au concept de l'effet direct du droit communautaire. L'effet direct peut être défini comme étant « le droit pour toute personne de demander à son juge [national] de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève »⁽¹⁶⁵⁾. Pour permettre aux normes communautaires de bénéficier d'un tel effet direct également au Royaume-Uni, c'est-à-dire pour faire en sorte qu'elles puissent être invoquées devant un juge interne anglais, il faut impérativement incorporer celles-ci. Dès lors, nous pouvons répondre à la question relative au contenu exact de l'« Act » d'incorporation, que celui-ci doit à tout le moins incorporer les normes communautaires dotées d'un effet direct.

Mais si l'« Act » d'incorporation doit à tout le moins incorporer les normes communautaires dotées d'un effet direct, il se pose inévitablement la question de déterminer quelles normes du droit communautaire en sont dotées et lesquelles ne le sont pas : avant tout,

(164) Pour autant bien sûr qu'une incorporation de tout le droit communautaire soit possible en droit constitutionnel anglais.

(165) R. LACOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 248, cité par S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3^e édition, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2001, 364. Voy. également la définition fournie par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Sinmentalhal* du 9 mars 1978 : « l'applicabilité directe (...) signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité; qu'ainsi, ces dispositions sont une source immédiate de droits et obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des Etats membres ou des particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire; que cet effet concerne également tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence a, en tant qu'organe d'un Etat membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire » (*Rec.*, 1978, 629, ici 643).

l'effet direct bénéficie-t-il à toutes les normes communautaires ou seulement à certaines d'entre elles?

41. On peut d'emblée répondre qu'un nombre considérable de normes de droit européen ne bénéficie pas de l'effet direct. Cependant, pour pouvoir donner une réponse plus précise, il faut examiner séparément l'effet direct des dispositions du droit communautaire *originaires* — les dispositions des traités — d'une part, et l'effet direct des dispositions du droit communautaire *dérivé* — les règlements, décisions et directives — d'autre part⁽¹⁶⁶⁾. Comme il s'agit d'une question de droit communautaire et non de droit constitutionnel anglais, nous nous permettons de rester bref et de renvoyer à des ouvrages qui traitent plus amplement de ces questions⁽¹⁶⁷⁾. Sans entrer dans tous les méandres du problème, on peut toutefois *grosso modo* en dire ceci :

— les dispositions du droit communautaire *originaires*, c'est-à-dire les dispositions des traités, ne sont pas systématiquement dotées d'un effet direct⁽¹⁶⁸⁾. Pour qu'une disposition du traité puisse en bénéficier, plusieurs conditions énoncées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes⁽¹⁶⁹⁾ doivent être remplies⁽¹⁷⁰⁾. Pour ce qui est du droit communautaire *dérivé*, il faut en revanche distinguer : tandis que les dispositions des *directives* ne sont en principe pas dotées d'un effet direct⁽¹⁷¹⁾ — la jurisprudence de la Cour de

(166) Voy. notamment P.P. CRAIG et G. DE BURCA, *o.c.*, 168-175 (effet direct du droit communautaire originaires) et 175-193 (effet direct du droit communautaire dérivé).

(167) Pour plus de détails, voy. notamment P.P. CRAIG et G. DE BURCA, *o.c.*, 163-212, et S. VAN RAEPENBUSCH, *o.c.*, 362-383.

(168) P.P. CRAIG et G. DE BURCA, *o.c.*, 164 et 168, et S. VAN RAEPENBUSCH, *o.c.*, 366-367.

(169) Voy. notamment C.J.C.E., 5 février 1963, *van Gend en Loos*, *Rec.*, 1963, 1; C.J.C.E., 16 juin 1966, *Lütticke*, *Rec.*, 294; C.J.C.E., 3 avril 1968, *Molkerei-Zentrale*, *Rec.*, 212; C.J.C.E., 21 juin 1974, *Reyners*, *Rec.*, 631; C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, *Rec.*, 455; C.J.C.E., 9 mars 1978, *Sirmenthal*, *Rec.*, 629; C.J.C.E., 29 septembre 1987, *Zaera*, *Rec.*, 3697.

(170) P.P. CRAIG et G. DE BURCA, *o.c.*, 168-175, et S. VAN RAEPENBUSCH, *o.c.*, 368-369.

(171) P.P. CRAIG et G. DE BURCA, *o.c.*, 185-193, et S. VAN RAEPENBUSCH, *o.c.*, 371-378.

justice⁽¹⁷²⁾ est en effet assez restrictive à cet égard⁽¹⁷³⁾ —, les règlements et les décisions adressées à des particuliers en bénéficient toujours⁽¹⁷⁴⁾⁽¹⁷⁵⁾.

ii) *Un exercice de formulation : quelles normes du droit communautaire faut-il incorporer?*

42. Examinons maintenant, à la lumière de ce qui précède, notre question de départ relative au contenu exact de l'« Act » d'incorporation. Puisque l'effet direct du droit communautaire n'est pas généralisé, et puisque le droit européen n'exige pas que les dispositions communautaires qui ne sont pas dotées d'un effet direct puissent être invoquées devant un juge interne, la « Queen in Parliament » peut limiter l'incorporation aux normes de droit communautaire dotées d'un effet direct. C'est ainsi que l'on peut songer à un libellé tel que :

« Les dispositions du droit communautaire originaires et dérivées dotées d'un effet direct sont, telles qu'elles existent au moment de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes, incorporées en droit interne. »

La question de savoir si une norme communautaire est ou non dotée d'un effet direct se règle conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ».

Une telle formule ne règle cependant pas encore tous les aspects du problème de l'effet direct du droit communautaire, puisque l'« Act » ainsi conçu incorpore seulement les dispositions directement applicables qui existent au moment de l'adhésion. Mais pour pleinement se conformer aux exigences de l'effet direct du droit

(172) Voy. P.P. CRAIG et G. DE BURCA, *o.c.*, 186 et 190-191.

(173) C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn et Home Office du Royaume-Uni*, *Rec.*, 1337; C.J.C.E., 5 avril 1979, *Ratti*, *Rec.*, 1629; C.J.C.E., 26 février 1986, *Marshall*, *Rec.*, 1986, 723; C.J.C.E., 30 avril 1996, *CIA Security*, *Rec.*, 1-2201; C.J.C.E., 24 octobre 1996, *Krajeveld*, *Rec.*, 1-5403.

(174) P.P. CRAIG et G. DE BURCA, *o.c.*, 176-179, et S. VAN RAEPENBUSCH, *o.c.*, 369-370.

(175) L'effet direct des règlements est d'ailleurs expressément consacré dans les traités fondateurs : ainsi, l'article 249, al. 2, du Traité CE, et l'article 161, al. 2, du Traité EURATOM stipulent que le règlement « est directement applicable dans tout Etat membre ». A propos des décisions, l'article 249, al. 4, du traité CE et l'article 161, al. 4, du Traité EURATOM stipule que « la décision est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne ».

communautaire, le Royaume-Uni devra également inclure, dans l'« Act » d'incorporation voté au moment de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés, les normes communautaires futures dotées d'un effet direct⁽¹⁷⁶⁾. Ceci soulève cependant un problème fondamental et jusqu'alors inconnu en droit constitutionnel anglais : la « Queen in Parliament » peut-elle incorporer par « Act » des normes de droit international qui n'existent pas encore au moment de l'incorporation ?

43. Les documents parlementaires de 1967 font ressortir les hésitations que la Chambre des Communes avait sur la faisabilité d'une telle incorporation de normes communautaires futures : alors que « no new problem would be created by the provisions [of Community law] which were *in force* at the time we became a member of the Communities », une incorporation de normes communautaires qui n'existent pas encore au moment de l'incorporation créerait « a situation for which there is no precedent in this country »⁽¹⁷⁷⁾. Pour pouvoir examiner ce point, il faut rappeler que s'il n'est pas requis que l'« Act » d'incorporation cite nommément toutes les normes à incorporer, il doit néanmoins permettre de déterminer celles-ci avec certitude⁽¹⁷⁸⁾. Il se pose donc avant tout la question de savoir s'il est possible de *déterminer avec une précision suffisante les normes futures* que l'« Act » entend incorporer.

iii) *Un exercice de formulation (suite) : le problème inédit de la « déterminabilité » du droit communautaire futur à incorporer*

44. Examinons donc la question de savoir si les normes futures du droit communautaire que l'« Act » compte incorporer sont suf-

(176) D'un point de vue purement théorique, le Royaume-Uni disposerait encore d'une autre possibilité, à savoir de procéder régulièrement, par exemple annuellement, à une incorporation des dernières normes communautaires à effet direct. Une telle solution avait été suggérée par Wade (voy. H. W. R. WADE, « Sovereignty and the European Communities », *Law Quarterly Review*, vol. 88, 1972, 1-5, ici 4) mais n'a jamais été sérieusement envisagée par la « Queen in Parliament ».

(177) Cinnnd [Command Papers of the House of Commons] 3301, année 1967, paragraphe 22, cité par A. W. BRADLEY et K. D. EWING, *o.c.*, 149. C'est nous qui soulignons.

(178) Voy. *supra*, n° 31.

fisamment déterminables. Pour ce faire, nous devons nous demander quelles dispositions futures *précisément* l'« Act » devra viser. A première vue, on pourrait croire que celui-ci devrait incorporer toutes les normes communautaires futures dotées d'un effet direct. Ceci va cependant beaucoup trop loin, car cela inclurait les normes futures directement applicables du droit communautaire originaire : « la Queen in Parliament » aurait donné une inconditionnelle approbation *même aux modifications futures des traités fondateurs*⁽¹⁷⁹⁾. Etant donné que cela ne peut manifestement pas être son intention, le libellé de l'« Act » d'incorporation doit seulement viser, parmi les dispositions directement applicables du droit communautaire futur, celles qui relèvent du droit *dérivé*.

Au vu de ce degré de précision, la « Queen in Parliament » a estimé que l'exigence de déterminabilité était remplie⁽¹⁸⁰⁾ et a effectivement procédé, dans l'« Act » d'incorporation⁽¹⁸¹⁾, à l'incorporation des *normes communautaires futures dérivées directement applicables*⁽¹⁸²⁾.

45. En conclusion, et au vu de tout ce qui précède, nous pouvons donc affirmer que la formulation exacte de l'« Act » d'incorporation doit être la suivante :

« Les dispositions du droit communautaire originaire et dérivé dotées d'un effet direct, telles qu'elles existent au moment de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes, sont incorporées dans le droit interne. Sont en outre incorporées dans le droit interne, les dispositions futures du droit communautaire dérivé dotées d'un effet direct.

La question de savoir si une norme communautaire est ou n'est pas dotée d'un effet direct se règle conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ».

* * *

46. Après avoir fait ressortir, au cours de cet exercice de formulation, quelles normes du droit communautaire, passé et futur, il

(179) Pourvu seulement que les nouvelles dispositions des traités, telles qu'elles se présenteraient après la modification, soient dotées d'un effet direct.

(180) A. W. BRADLEY et K. D. EWING, *o.c.*, 149-150.

(181) Le « European Communities Act 1972 ».

(182) Voy. les sous-sections 2(1) et 1(3) du « European Communities Act 1972 ». Nous en parlerons plus en détail *infra*, n° 49-53.

faut incorporer, et pour quelles raisons, nous disposons maintenant des bases nécessaires pour pouvoir procéder en connaissance de cause à l'examen des *dispositions réelles* de l'« Act » d'incorporation, tel que la « Queen in Parliament » l'a adopté le 17 octobre 1972 : le « European Communities Act 1972 »⁽¹⁸³⁾. Comme nous allons le voir, les résultats de notre exercice de formulation s'y trouveront pleinement confirmés, même s'il conviendra de faire preuve d'une extrême attention lors de la lecture des dispositions.

iv) *Le « European Communities Act 1972 » : présentation générale*

47. Le « European Communities Act 1972 » ou, selon son titre officiel, « An Act to make provision in connection with the enlargement of the European Communities to include the United Kingdom, together with (for certain purposes) the Channel Islands, the Isle of Man and Gibraltar » est l'un des plus célèbres documents du droit constitutionnel anglais. C'est lui qui rend effective l'adhésion du Royaume-Uni aux trois Communautés européennes.

La première chose qui le caractérise est sa remarquable concision. Alors qu'il règle l'un des problèmes les plus complexes de tout le droit constitutionnel anglais⁽¹⁸⁴⁾, il ne contient que douze petites « sections » — l'équivalent des « articles » des lois continentales —, dont la plupart s'illustrent par ailleurs par leur étonnante banalité : la section 1 ne fait que définir un certain nombre de termes⁽¹⁸⁵⁾, et les sections 4 à 12 ne traitent que de points de menu détail. En faisant abstraction de ces sections-là, seules deux sections subsistent : les sections 2 et 3.

Face à celles-ci, le juriste continental ne peut qu'éprouver une étrange sensation d'incompréhension. Alerté par le titre de la section 2 (« General implementation of Treaties »), il s'efforce de les comprendre, mais tous ses efforts se trouvent frustrés par leur style

(183) Pour une version annotée du texte intégral, voy. par exemple les *Codes Halsbury's Statutes of England and Wales*, 4^e édition, vol. 17, Mise à jour 1999, Londres, Butterworths, 1999, 30-71.

(184) « There are several principles of startling constitutional significance in the BCA's few words » (I. LOVELAND, *o.c.*, 358).

(185) A l'exception de quelques mots contenus dans la sous-section 1(3). Voy. *infra*, n^{os} 51-52.

on ne peut plus alambiqué : il a beau les lire et relire, elles demeurent profondément impénétrables. Pure coïncidence ?

48. Il n'est pas exagéré de dire que le « Sovereign » anglais a employé, lors de la rédaction des sections 2 et 3 du « European Communities Act », un style d'une opacité tout à fait magistrale. Conscient de l'importance extrême de l'« Act », il s'est visiblement livré à un exercice de « cache-cache légistique », tendant à rédiger des dispositions manifestement illisibles. Il faut avouer que l'exercice est bien réussi : même un juriste anglais, expérimenté dans la lecture d'« Acts », risquerait — s'il n'avait pas eu, au cours de ses études, un enseignement de plusieurs heures sur les sections 2 et 3 du « European Communities Act » — de passer allègrement à côté de l'essentiel.

C'est en raison de cette grande difficulté de lecture que nous avons fait précéder l'analyse des dispositions réelles de l'« Act » telle qu'elle va suivre⁽¹⁸⁶⁾, d'un exercice de formulation⁽¹⁸⁷⁾ : nous sommes en effet convaincu que sans celui-ci, une lecture des sections 2 et 3 de l'« Act »⁽¹⁸⁸⁾ demeurerait complètement infructueuse.

v) *Après l'exercice de formulation, un exercice d'exégèse : la sous-section 2(1) du « European Communities Act 1972 »*

49. Sous peine de se perdre dans la lecture du « European Communities Act », il faut débiter avec la première sous-section de la section 2, dont il fut déjà souligné au moment de l'adoption de l'« Act » à la Chambre des Communes, qu'elle se trouve « at the heart of the Bill »⁽¹⁸⁹⁾. Celle-ci dispose :

(186) *Infra*, n^{os} 49-53 et 57.

(187) *Supra*, n^{os} 42-45.

(188) La section 2 du « European Communities Act » comprend six sous-sections, dont seules la première et la quatrième présentent un intérêt. Quant à la section 3, elle comprend cinq sous-sections dont seule la première mérite attention. En résumé, toute l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes et toute la question des rapports entre droit communautaire et national est donc traitée en *trois sous-sections seulement*, à savoir dans celles portant les numéros 2(1), 2(4) et 3(1). Il est impératif d'analyser chacune d'entre elles (*voy. infra*, n^{os} 49-53 et 57).

(189) HC Deb (House of Commons, Debates), 15 février 1972, col. 271.

« All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression 'enforceable Community right' and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies ».

C'est cette disposition qui procède à l'incorporation du droit communautaire telle que nous l'avons démontrée dans l'exercice de formulation. Procédons en deux étapes, et tentons dans un premier temps de retrouver, dans le libellé de cette disposition, la référence à l'incorporation de tout le droit communautaire originaire et dérivé directement applicable *tel qu'il existe au moment de l'adhésion*. Dans une deuxième étape, nous tenterons de dégager celle relative à l'incorporation du droit communautaire *futur* dérivé directement applicable.

50. Quant à la première étape, il échet de démontrer dans un premier temps que la disposition en cause *accomplit véritablement, une incorporation*, alors qu'elle n'utilise pas une seule fois ce terme. Le point est vite résolu : l'intention de véritablement procéder à une incorporation de certaines dispositions ressort à suffisance des mots « are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom [and] shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly ».

Dans un second temps, il faut montrer que la disposition en question incorpore le droit communautaire *directement applicable*. Ceci ressort — ainsi qu'on peut le lire dans les commentaires les plus autorisés⁽¹⁹⁰⁾ — des mots « [a]ll such rights (...) as (...) are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom. » Ajoutons à titre personnel que cela ressort également — et peut-être encore davantage — de la fin de la sous-section 2(1) qui stipule que « the expression 'enforceable Community

(190) Le commentaire du « European Communities Act » des *Halsbury's Statutes of England and Wales*, précise que ces mots indiquent que « [s]ub-section 4 gives the force of law in the United Kingdom to those provisions (...) which are directly applicable in member states » (*Halsbury's Statutes of England and Wales*, o. c., 36. C'est nous qui soulignons). Voy. également I. LOVELAND, o. c., 358.

right' (...) shall be read as referring to one to which this subsection applies ».

Dans un troisième temps, il faut prouver que la sous-section 2(1) entend incorporer le droit communautaire directement applicable *originaire et dérivé*. Ceci est exprimé par les mots « *by or under* » dans la phrase « [a]ll such rights (...) created (...) *by or under* the Treaties, and all such remedies and procedures (...) provided for *by or under* the Treaties ».

Enfin, il faut montrer que la disposition en cause entend incorporer le droit communautaire directement applicable originaire et dérivé *tel qu'il existe au moment de l'adhésion*. Ce point ressort des termes « *as in accordance with the Treaties* » dans la phrase « [a]ll such rights (...) *as in accordance with the Treaties* are without further enactment to be given legal effect (...) in the United Kingdom ». En effet, la section 1 qui contient toutes les définitions précise que le terme « Treaties » vise les trois traités fondateurs *dans leur rédaction actuelle*, c'est-à-dire celle de 1972⁽¹⁹¹⁾. Dès lors, « *as in accordance with the Treaties* » limite clairement l'incorporation du droit originaire et dérivé aux dispositions de droit communautaire telles qu'elles existent au moment de l'adhésion.

51. Tournons-nous maintenant vers le second volet, c'est-à-dire vers l'incorporation du droit communautaire *futur* dérivé directement applicable. A cet égard, il faut avant toute chose démontrer que la sous-section 2(1) vise effectivement à *incorporer* certaines dispositions futures du droit communautaire. Partons donc à la recherche de ce point absolument crucial et reprenons le texte de la disposition :

« All such rights (...) from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided

(191) La sous-section 1(2) stipule en effet que « [i]n this Act 'the Treaties' or 'the Community Treaties' means, subject to subsection (3) below, the pre-accession treaties, that is to say those described in Part I of Schedule 1 to this Act, taken with (a) the treaty relating to the accession of the United Kingdom to the European Economic Community and to the European Atomic Energy Community, signed at Brussels on the 22 January 1972; and (b) the decision, of the same date, of the Council of the European Communities relating to the accession of the United Kingdom to the European Coal and Steel Community ». C'est nous qui soulignons.

for by or under the Treaties, (...) are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom ».

C'est avec quatre mots seulement, mots de surcroît apparemment anodins, que la « Queen in Parliament » procède à l'incorporation la plus audacieuse de toute l'histoire constitutionnelle du Royaume-Uni : celle de normes qui n'existent pas encore au moment de leur incorporation. De quels mots s'agit-il ? Pour y répondre, laissons parler l'un des commentateurs de l'« Act » : « From time to time. These words make it clear [sic.] that future instruments, and not only existing instruments, fall within subsection (1) and have force of law in the United Kingdom to the extent provided by that subsection. »⁽¹⁹²⁾ On ne saurait guère faire preuve de moins d'esprit critique : l'attitude révérencieuse à l'égard des écrits de la « Queen in Parliament » va apparemment jusqu'à avaliser un ultime manque de clarté.

Il nous reste à démontrer que seul le droit dérivé futur directement applicable est incorporé, et que le droit originaire futur est tenu à l'écart. Ce point ne se retrouve pas — honni soit qui mal y pense — dans la section 2(1) mais ressort d'un morceau de phrase qui se trouve au milieu de la section 1(3) :

« (...) a treaty entered into by the United Kingdom after the 22 January 1972, other than a pre-accession treaty to which the United Kingdom accedes on terms settled on or before that date, shall not be so regarded (...) »

Par rapport à cette phrase, des griefs tirés d'un manque de clarté peuvent également être faits. D'une part, on ne voit pas pourquoi elle se trouve dans la section 1(3), détachée de la section 2(1), alors qu'elle est essentielle pour la compréhension de cette dernière. D'autre part, il aurait aisément été possible de formuler le concept de « droit communautaire futur dérivé » dans des termes plus clairs, par exemple en reprenant ceux qui avaient été utilisés dans les travaux parlementaires de 1967 : à l'époque, on parlait en effet de « provisions to be made in the future by instruments issued by

(192) Commentaire du « European Communities Act » des Halsbury's Statutes of England and Wales, o.c., 37. C'est nous qui soulignons.

the Community institutions »⁽¹⁹³⁾. Tout y est. Mais opter pour le maintien de cette formule était décidément trop simple.

* * *

52. Notre tâche est accomplie. Osons maintenant, après une exégèse que nous espérons digne de ce nom, une lecture conjointe des sections 2(1) et 1(3) :

« All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression 'enforceable Community right' and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies ».

« (...) a treaty entered into by the United Kingdom after the 22 January 1972, other than a pre-accession treaty to which the United Kingdom accedes on terms settled on or before that date, shall not be so regarded (...) ».

Elle confirme exactement ce que nous avions formulé — en péchant par un excès de simplicité — comme suit :

« Les dispositions du droit communautaire originaire et dérivé dotées d'un effet direct, telles qu'elles existent au moment de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes, sont incorporées dans le droit interne. Sont en outre incorporées dans le droit interne, les dispositions futures du droit communautaire dérivé dotées d'un effet direct ».

vi) Un exercice d'exégèse (suite) : la sous-section 3(1) du « European Communities Act 1972 »

53. Il nous reste cependant encore un petit point : dans notre formulation, nous avions ajouté, après les deux phrases relatives à l'incorporation proprement dite, une troisième phrase stipulant que

« [l]a question de savoir si une norme communautaire est dotée ou non d'un effet direct se règle conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ».

(193) Cmnd [Command Papers of the House of Commons] 3301, année 1967, paragraphe 22, cité par A.W. BRADLEY et K.D. EWING, o.c., 149. C'est nous qui soulignons.

Il convient dès lors de se poser la question de savoir si une telle disposition existe effectivement dans le « European Communities Act ». La réponse est affirmative : la sous-section 3(1) — qui compte parmi les passages les plus facilement lisibles des sections 2 et 3 — dispose en effet que

« [f]or the purposes of all legal proceedings any question as to the meaning or effect of any of the Treaties, or as to the validity, meaning or effect of any Community instrument, shall be treated as a question of law (and, if not referred to the European Court, be for determination as such in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court) ».

On voit bien que cette disposition octroie à la Cour de justice la compétence de déterminer si une norme de droit communautaire a un effet direct, puisque « any question as to the effect (...) shall be treated (...) in accordance with any relevant decision of the European Court. » Le texte établit cependant une différence de régime entre les normes du droit communautaire originaire (« any of the Treaties ») et celles du droit dérivé (« any Community instrument »), puisqu'il accorde à la Cour de justice seulement la compétence pour apprécier « the meaning or the effect » des premières, tandis qu'il lui accorde la compétence d'apprécier « the validity, meaning or effect » des secondes.

Mais pour autant que la Cour de justice reste dans les limites de compétence ainsi tracées, sa jurisprudence est bel et bien *intégralement* incorporée par la « Queen in Parliament » : la formule « any relevant decision of the European Court » l'indique clairement (194).

vii) *Droit communautaire, « parliamentary sovereignty » et « implied repeal »* ou : *le « European Communities Act » peut-il être abrogé par application de la doctrine de l'« implied repeal » ?*

54. Nous l'avons dit à propos du « Human Rights Act » (195), et il convient de le répéter à propos du « European Communities Act », aussi fondamental et stable qu'il puisse paraître : le précepte

(194) Voy. commentaire du « European Communities Act » des *Halsbury's Statutes of England and Wales*, o.c., 29.

(195) *Supra*, n° 35.

intransigeant de la « continuing sovereignty » fait en sorte qu'il pourrait être supprimé demain, à la majorité simple et sans aucune procédure particulière. La « Queen in Parliament » est incapable de se lier elle-même et l'existence du « European Communities Act » n'y apporte aucun tempérament (196).

Il convient de débiter l'examen des rapports qui existent entre l'interdiction de se lier et le droit communautaire par un problème dont la difficulté n'est qu'apparente : celui généré par le pouvoir — incontesté (197) — de la « Queen in Parliament » de voter un « Act » portant abrogation formelle du « European Communities Act ». Pour dramatique qu'elle puisse paraître, une telle hypothèse ne présente en réalité ni d'intérêt pratique ni de difficulté théorique. Elle ne présente pas d'intérêt pratique parce que la survenance d'un tel « Act » est l'une des plus improbables. Elle ne présente pas de difficulté théorique parce qu'il est extrêmement simple de décrire les conséquences que générerait cet « Act » très peu vraisemblable en droit constitutionnel anglais (198) : le Royaume-Uni sortirait de l'ordre juridique communautaire.

55. Mais la véritable difficulté — à première vue insoupçonnée — dans les rapports entre l'interdiction de se lier et le droit communautaire se situe *ailleurs*, au niveau de la doctrine de l'« implied repeal ». Le problème est le suivant : supposons qu'un « Act » de la « Queen in Parliament » contienne des dispositions incompatibles avec une norme communautaire donnée *mais ne stipule pas expressément qu'il vise à déroger à celle-ci*. Dans un tel cas, quelle norme devrait être appliquée ? La norme communautaire non expressément abrogée ou l'« Act » postérieur contenant

(196) A.W. BRADLEY et K.D. EWING, o.c., 154-155, et P. CRAIG et G. DE BURCA, o.c., 280.

(197) Voy. dans ce sens le discours de Lord DENNING dans l'affaire *Macarthy's Ltd v Smith* : « If the time should come when our Parliament deliberately passes an Act — with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it — (...) and says so in express terms — then I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament » [1979] 3 All ER [All England Law Reports] 325, ici 329. C'est nous qui soulignons.

(198) Nous parlons bien des conséquences de l'« Act » telles que les perçoit le droit constitutionnel anglais. La question de savoir quelles conséquences est « l'Act » générerait selon le droit européen pourrait théoriquement être susceptible d'une réponse différente; elle sort cependant du cadre du présent exposé.

des dispositions incompatibles? La réponse à cette interrogation dépend de la réponse à une autre question : de celle de savoir si l'application d'une norme communautaire peut prendre fin par « implied repeal », suite à un vote d'un « Act » postérieur incompatible.

A le supposer possible, cela impliquerait un triple danger : de telles abrogations implicites du droit communautaire par un « Act » postérieur seraient difficiles à repérer, elles risqueraient d'être tout à fait involontaires, et — c'est le danger le plus grave — il faut faire état des conséquences extrêmement importantes d'une application de la doctrine de l'« implied repeal » aux normes communautaires pour l'appartenance du Royaume-Uni aux Communautés européennes. Ce dernier problème est essentiel et nécessite quelques explications.

La doctrine de l'« implied repeal » suppose l'existence d'un conflit entre deux ou plusieurs normes contradictoires et énonce que lorsqu'un tel conflit survient, la norme la plus récente devra être appliquée au détriment de toutes les normes antérieures qui, elles, devront être écartées. Chaque fois que l'on veut appliquer la doctrine de l'« implied repeal », il convient dès lors de vérifier au préalable entre quelles normes il y a conflit.

Cette question est cruciale pour savoir si l'application d'une norme communautaire peut prendre fin par « implied repeal », suite au vote d'un « Act » postérieur incompatible. En effet, le droit constitutionnel anglais ne conçoit pas — nous l'avons dit (199) — qu'une norme de droit international (ou supranational) puisse en tant que telle entrer en conflit avec une norme de droit interne. Si conflit il y a, celui-ci concerne nécessairement et exclusivement des normes de droit interne. Dès lors, l'hypothèse en cause — le prétendu conflit entre une norme communautaire et un « Act » postérieur — doit s'analyser en droit constitutionnel anglais comme un pur conflit entre deux normes de droit interne (nous y insistons), à savoir entre l'« Act » d'incorporation de la norme de droit communautaire — le « European Communities Act 1972 » — d'une part et l'« Act » postérieur d'autre part.

56. Nous avons dit qu'une application de la doctrine de l'« implied repeal » entraîne l'abrogation de l'« Act » antérieur — même

si aucune des dispositions de l'« Act » postérieur ne stipule que celui-ci entend abroger celui-là — et l'application de l'« Act » postérieur. Mais appliquer la doctrine de l'« implied repeal » à des conflits qui impliquent une norme de droit communautaire et un « Act » postérieur — ou, pour le formuler exactement, qui impliquent le « European Communities Act 1972 » et un « Act » postérieur — constituerait un véritable scénario catastrophe : sous prétexte qu'il s'agit d'un pur conflit de droit interne — analyse propre au droit constitutionnel anglais — l'« implied repeal » mènerait systématiquement à l'application de l'« Act » contraire au droit communautaire (pour cela, il suffirait en effet que celui-ci soit postérieur à 1972) et à la non-application de la norme de droit communautaire concernée. Se trouverait ainsi consacrée l'abrogation partielle de l'« Act » d'incorporation, c'est-à-dire la mise à néant du document auquel toutes les normes communautaires doivent leur applicabilité au Royaume-Uni : le « European Communities Act ».

Il n'est pas exagéré d'écrire que procéder de la sorte (200) menacerait substantiellement l'appartenance même du Royaume-Uni aux Communautés européennes, et ce à l'occasion de la moindre contradiction, peut-être tout à fait involontaire, entre une norme de droit communautaire et une norme d'un « Act » postérieur. Face à ce risque constitutionnel très sérieux — la survenance de ces contradictions ne paraît en effet qu'être une question de temps (201) — on comprend que la « Queen in Parliament » ait tout mis en œuvre pour immuniser le « European Communities Act 1972 » contre une application de la doctrine de l'« implied repeal ». En d'autres termes, elle a tenté de faire en sorte qu'une modification ou abrogation du « European Communities Act » devra nécessairement se faire par des dispositions d'un autre « Act » qui précéderaient expressément qu'elles entendent amender ou supprimer celui-ci. Si un tel mécanisme d'immunisation peut être trouvé, l'« Act » de 1972 — et partant la norme du droit communau-

(200) C'est-à-dire appliquer la doctrine de l'« implied repeal » à un conflit entre le « European Communities Act » — en ce que ce dernier incorpore une norme communautaire — d'une part et un « Act » postérieur d'autre part.

(201) « It is unrealistic to suppose that conflicts will not occur — one need only to look at the many cases already in the Common Market Law Reports » (H.W.R. WADE, « Sovereignty and the European Communities », *o.c.*, 3.)

taire — continuent à être applicables, nonobstant les dispositions d'un « Act » postérieur incompatible ⁽²⁰²⁾.

57. Au moment de l'élaboration du « European Communities Act », une telle immunitisation d'un « Act of Parliament » contre une application de la doctrine de l'« implied repeal » constitue cependant une chose inconnue pour le droit constitutionnel anglais, et il est même fort douteux qu'elle puisse jamais exister à l'avenir. Le point semble en effet tranché — par la négative — dans le célèbre jugement *Ellen Street Estates v Minister of Health* ⁽²⁰³⁾ de 1934 qui énonce que « [t]he 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 no implied repeal » ⁽²⁰⁴⁾.

La « Queen in Parliament » a dès lors entendu outrepasser cette position de départ peu propice par une *consécration expresse* de l'immunitisation du « European Communities Act » contre un « implied repeal » dans un « Act in Parliament », et donc dans une *disposition à rang constitutionnel*. Tel est en effet l'objectif de la section 2(4) du « European Communities Act » qui stipule que « any enactment passed or to be passed (...) shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section (...) ».

La « Queen in Parliament » énonce ainsi que de *futurs* « Acts » (« any enactment to be passed »), devront être interprétés et appliqués *conformément aux dispositions du « European Communities Act »* (« subject to the foregoing sections »), ce qui revient à immuniser le « European Communities Act » contre l'« implied repeal ». Bien que ce raisonnement puisse à première vue paraître impeccable, il pose cependant un problème conceptuel fondamental ⁽²⁰⁵⁾ qui a donné lieu à une discussion académique d'une ampleur considérable et toujours en cours ⁽²⁰⁶⁾.

(202) Sauf bien sûr à supposer que ce dernier contienne des dispositions abrogatoires *expresses*.

(203) [1934] KB [King's Bench] 590.

(204) [1934] KB 597. C'est nous qui soulignons.

(205) Nous entendons l'adjectif « fondamental » au sens le plus pur du terme, c'est-à-dire signifiant « concernant les fondements ».

(206) Voy. notamment S.A. DE SMITH, « The Constitution and the Common Market : A Tentative Appraisal », *Modern Law Review*, vol. 34, 1971, 597-614,

Etant donné que le présent exposé vise seulement à proposer un premier tour d'horizon des problèmes que la notion de « parliamentary sovereignty » génère en droit constitutionnel anglais contemporain, il ne peut retracer d'une manière détaillée toutes les contributions doctrinales y relatives. En même temps, il faut souligner que la question des rapports entre le « European Communities Act » et la doctrine de l'« implied repeal » représente bel et bien le problème conceptuel le plus intéressant du droit constitutionnel anglais contemporain, si bien qu'il serait tout aussi inapproprié de le passer complètement sous silence. Dès lors, entre deux excès — celui d'une longueur paralysante et celui d'un silence coupable — nous nous permettons d'opter pour une troisième voie, consistant à retracer un *seul grand courant de pensée* — celui fondé par le professeur WADE de Cambridge — ce qui nous permet d'exposer les traits les plus importants du problème tout en restant concis.

58. Reprenons donc le texte de la section 2(4) du « European Communities Act » qui vise à immuniser celui-ci contre une application de la doctrine de l'« implied repeal ». Tout le débat académique est généré par la circonstance que *la doctrine de l'« implied repeal » fait partie de la Grundnorm* ⁽²⁰⁷⁾, *parce qu'elle constitue une partie intégrante de la doctrine de la « parliamentary sovereignty »* ⁽²⁰⁸⁾. Or, *dès lors que la Grundnorm ne peut être modifiée*

H.W.R. WADE, « Sovereignty and the European Communities », *o.c.*, J.D.B. MITCHELL et autres, « Constitutional Aspects of the Treaty and Legislation Relating to British Membership », *Common Market Law Review*, vol. 9, 1972, 134-150, F.A. TRINDADE, « Parliamentary Sovereignty and the Primacy of European Community Law », *Modern Law Review*, vol. 35, 1972, 375-402, G. WINKLERON, « The British Grundnorm : Parliamentary Sovereignty Re-examined », *Law Quarterly Review*, vol. 92, 1976, 591-617.

(207) Voy. H.W.R. WADE, « Sovereignty and the European Communities », *o.c.*, 4-5.

(208) La doctrine de l'« implied repeal » fait partie de la Grundnorm puisqu'elle régle l'applicabilité des « Acts of Parliament » et formule des conditions y relatives (avant tout celle qu'un « Act » ne demeure applicable qu'aussi longtemps qu'aucun « Act » postérieur et incompatible n'a été voté). Or, une telle norme est logiquement supérieure aux « Acts of Parliament »; elle entretient par ailleurs un lien étroit avec le concept de « continuing sovereignty ». Voy. aussi *infra*, note 227.

(209) Voy. *supra*, note 79.

par une norme juridique, une disposition d'un « Act of Parliament » telle que la section 2(4) du « European Communities Act » est incapable de modifier la doctrine de l'« implied repeal ».

Bien entendu, cela ne veut pas dire que la Grundnorm — et partant la doctrine de l'« implied repeal » — ne pourrait être modifiée : si la « Queen in Parliament » ne peut pas changer celle-ci par une norme juridique⁽²¹⁰⁾, les juges pourraient en revanche constater son altération⁽²¹¹⁾. Mais un tel constat impliquerait une rupture dans la continuité de l'ordre juridique du Royaume-Uni, ce qui constituerait une révolution⁽²¹²⁾ au sens technique du terme. A cet égard, WADE, d'une clarté irréprochable, martèle dans l'un de ses passages les plus célèbres :

« There are indeed some who suggest that Parliament has, or can acquire, power to bind successors, so that the Act of Accession [i.e. the European Communities Act] could effectively safeguard Community law against subsequent [i.e. posterior] statutes. The weakness of all such theories is that they are merely predictions of what judges might decide in unprecedented future situations, and that they assume that judges will then say something quite different from what they have clearly and consistently said hitherto : that the latest expression of Parliament's will is supreme. (...) a change in this grundnorm [nous y insistons] can be achieved only by a legal revolution [nous y insistons] and only if the judges elect to abandon their deeply rooted allegiance to the ruling Parliament today. No legislative attempt [ceci fait clairement référence à la section 2(4) du European Communities Act] to dictate to them in advance can relieve their dilemma when the clash occurs »⁽²¹³⁾.

(210) Craig écrit à cet égard que « [t]he change in the ultimate legal principle [i.e. the Grundnorm] cannot be brought about by an Act of Parliament per se » (P. CRAIG, « Sovereignty of the United Kingdom after Factortame », *Yearbook of European Law*, n° 11, 1991, 221-235, ici 233. C'est l'auteur qui souligne).

(211) Wade le souligne, la Grundnorm « is a rule of a unique character since only the judges can change it » (H.W.R. WADE, « Sovereignty — Revolution Or Evolution », *Law Quarterly Review*, n° 112, 1996, 568-575, ici 574. C'est nous qui soulignons). Voy. également *supra*, n° 22, notamment note 90.

(212) Voy. H.W.R. WADE, « Sovereignty and the European Communities », o.c., 5.

(213) *Idem*, 4-5.

Mais dès lors, après avoir constaté que le « European Communities Act » ne peut s'immiser contre l'« implied repeal », il faut encore examiner s'il n'en est pas néanmoins immunisé : autrement dit, il faut vérifier s'il n'existe pas, pour reprendre les termes de WADE, une « unprecedented future situation » dans laquelle les juges auraient effectivement constaté une immunisation du « European Communities Act » contre l'« implied repeal ». Si une telle décision juridictionnelle peut être trouvée, une altération de la Grundnorm — et donc une révolution au sens technique du terme — serait établie.

* * *

59. Nous l'avons dit, l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes est devenue effective au 1^{er} janvier 1973. Pendant dix-neuf ans, le problème de l'applicabilité de la doctrine de l'« implied repeal » au « European Communities Act » a pu être soigneusement évité, avant tout par l'utilisation d'une technique d'interprétation dite « conciliante » : les « Acts » britanniques postérieurs au « European Communities Act » furent interprétés de manière à ne pas être en contradiction avec les normes communautaires incorporées par le « European Communities Act »⁽²¹⁴⁾. Mais malgré une utilisation excessive de ce procédé qui allait jusqu'à délibérément déformer le sens⁽²¹⁵⁾ des « Acts » postérieurs pour parvenir à leur conformité aux normes communautaires⁽²¹⁶⁾⁽²¹⁷⁾, celui-ci n'a pas permis d'éviter l'inévitable : en avril 1989, la Chambre des Lords est saisie d'un litige basé sur un

(214) Pour un exemple d'une telle interprétation « conciliante » voy. notamment la décision *Duke v Reliance Systems Ltd* de la Chambre des Lords. La juridiction suprême du Royaume-Uni y énonce que « [o]f course a British Court will always be willing and anxious to conclude that United Kingdom law is consistent with Community law » 1988 AC [Appeal Cases] 618, ici 638.

(215) Ou, pour le dire avec Craig, « to distort the natural meaning of the British statute » (P.P. CRAIG et G. DE BURCA, o.c., 287).

(216) Voy. les décisions *Pickstone v Freemans* [1989] AC [Appeal Cases] 66 et *Litster v Forth Dry Dock* [1990] AC 546.

(217) Voy. également A.W. BRADLEY et K.D. EWING, o.c., 158, A.W. BRADLEY, « The Courts, Community Law and Equal Pay : A Constitutional Case? », *Public Law*, 1988, 485-494, et P.P. CRAIG et G. DE BURCA, o.c., 287-288.

conflit entre une norme communautaire directement applicable incorporée par le « European Communities Act 1972 » et un « Act » postérieur à celui-ci, à savoir le « Merchant Shipping Act 1988 ». Une interprétation « conciliante » de l'« Act » postérieur est en l'occurrence impossible puisque celui-ci stipule clairement l'opposé⁽²¹⁸⁾ de la norme communautaire : la question tant redoutée s'est donc réellement posée⁽²¹⁹⁾.

60. C'est dans cette affaire en référé que les juges suprêmes du Royaume-Uni sont pour la première fois appelés à décider si le « European Communities Act » — et dès lors la norme communautaire directement applicable — est partiellement abrogé par le « Merchant Shipping Act 1988 » ou si au contraire ce dernier « Act » doit être écarté pour cause d'incompatibilité avec la norme communautaire incorporée par le « European Communities Act ». Il faut bien voir la portée de la décision : la Chambre des Lords se trouve face à un « unprecedented case »; en d'autres mots, le terrain est vierge et une fois rendue, sa décision constituera un « precedent » obligatoire pour tous les cas similaires postérieurs.

Au vu de ceci, on comprend que la prise de décision s'avère extrêmement délicate. Trancher en faveur de l'application du « Merchant Shipping Act » aurait pour conséquence immé-

(218) Nous entendons par là que les dispositions matérielles de la directive se voient contredites par celles de l'« Act ». Aucune disposition de l'« Act » ne stipule cependant de manière expresse que celui-ci entendraient mettre fin, en tout ou en partie, à l'application des dispositions du droit communautaire.

(219) Dans le cadre du présent article nous ne pouvons retracer, ne fût-ce que brièvement, les détails du litige qui comprend deux procédures distinctes — une action en référé et une au fond — et, dans chacune d'elles, plusieurs décisions de tribunaux britanniques de divers degrés de hiérarchie ainsi que plusieurs décisions de la Cour de justice des Communautés européennes. Le lecteur désireux d'approfondir le sujet trouvera un bon nombre d'excellentes contributions scientifiques auxquelles nous nous permettons de renvoyer. Pour examiner le cœur du problème, ces connaissances procédurales ne sont cependant nécessaires : nous l'avons dit — et c'est le seul et unique point crucial —, les juges de la Chambre des Lords sont appelés à trancher la question de savoir quelle norme sera appliquée en cas d'un véritable conflit entre une norme de droit communautaire incorporée par le « European Communities Act » et un « Act » postérieur. Comme première approche, nous recommandons l'exposé des faits de P. CRAIG dans son article « Sovereignty of the United Kingdom after Factortame », *o.c.*, 240-253. Voy. également P. CRAIG et G. DE BURCA, *o.c.*, 288-290.

diat⁽²²⁰⁾ de mettre en péril l'appartenance du Royaume-Uni aux Communautés européennes : en vertu de la jurisprudence *Simmenthal*⁽²²¹⁾ de la Cour de justice des Communautés européennes, la Chambre des Lords est en effet obligée de garantir la pleine efficacité du droit communautaire, au besoin en écartant toute disposition nationale incompatible — cela inclut bien les « Acts ». de la « Queen in Parliament » — même postérieure⁽²²²⁾. Mais décider en faveur de l'application de la norme communautaire serait encore plus extraordinaire, puisque cela signifierait trancher, dans un conflit entre deux « Acts » incompatibles de date différente, en faveur de l'« Act » antérieur, en écartant l'« Act » postérieur.

Cette dernière hypothèse de décision constituerait à l'évidence un constat du changement de la Grundnorm, car pour pouvoir arriver à la conclusion qu'un « Act » doit être écarté pour cause de contrariété à un « Act » antérieur (nous y insistons), on doit pré-supposer que la « Queen in Parliament » puisse — du moins dans certains cas bien délimités — se lier. Dans l'attente de cette décision dont l'importance ne peut guère être surestimée, on comprend aisément le suspense dans les mondes politique et académique : que va décider la Chambre des Lords?

61. C'est le 11 octobre 1990 que les Lords BRIDGE of HARWICH, BRANDON of OAKBROOK, OLIVER of AYLMBERTON, GOFF of CHIEVE-LEY et JAUNCEY of TULLICHETILE prononcent le célèbre arrêt *Factortame No. 2*⁽²²³⁾.

Les cinq juges y conclurent à l'application de la norme communautaire, *nonobstant le vote d'un « Act » postérieur de la « Queen in Parliament » en sens contraire*. Pour la première fois dans l'histoire

(220) Voy. *supra*, n° 56.

(221) C.J.C.E., 9 mars 1978, *Rec.*, 629.

(222) Voy. avant tout le *dispositif* de l'arrêt : « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquées, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (*Rec.*, 1978, 646. C'est nous qui soulignons).

(223) *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No. 2)* [1991] 1 AC 603. Voy. surtout le discours de Lord BRIDGE of HARWICH (pp. 658-661).

constitutionnelle du Royaume-Uni, le pouvoir judiciaire fit ainsi application, dans le cas d'un conflit entre deux « Acts » consécutifs du « Sovereign », non pas de l'« Act » postérieur (224) — c'est-à-dire de la dernière manifestation du « Sovereign » — mais de l'« Act » antérieur (225) (226).

Comme l'observe WADE, les Lords ont par là même constaté une modification de la *Grundnorm*, si bien que la continuité juridique de l'ordre juridique anglais a été rompue et qu'une « révolution » au sens technique du terme a eu lieu (227). En suivant cette analyse de l'arrêt *Factortame No. 2*, on est fondé à affirmer que le contenu de la *Grundnorm* relativement à l'application de la doctrine de l'« implied repeal » est depuis le 11 octobre 1990 le suivant :

« Dans le conflit entre deux « Acts » consécutifs incompatibles, ce sera le dernier « Act » en date qui sera appliqué. Cependant, et nonobstant ce qui précède, si le conflit concerne le « European Communities Act » et un « Act » postérieur, ce sera le « European Communities Act » — et à travers lui, la norme de droit communautaire — qui devra être appliquée, sauf si l'« Act » postérieur stipule en des termes exprès qu'il entend déroger au « European Communities Act » et qu'il accepte toutes les conséquences de

(224) La section 14 du « Merchant Shipping Act 1988 ».

(225) Le « European Communities Act 1972 », en particulier les sections 2(1) et 2(4), et à travers lui, la norme communautaire en question, à savoir les articles 7, 52, 58 et 221 du Traité CEE, tels qu'ils existaient avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht.

(226) La décision dans *Factortame No. 2* fut suivie, le 3 mars 1994, d'un second cas où la Chambre des Lords concluait à l'application de la norme communautaire, nonobstant l'existence d'un « Act » postérieur incompatible. Voy. l'arrêt *R v Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission* [1995] 1 AC 1. Cette décision est connue sous l'appellation « the EOC case ». En l'occurrence, il s'agissait d'un conflit entre la section 53(1) du « Sex Discrimination Act 1975 » et l'article 119 du Traité CEE, tel qu'incorporé par la section 2 du « European Communities Act 1972 ».

(227) « [T]he rule [i.e. the ancient *Grundnorm*] was that an Act in proper form had absolutely overriding effect, except that it could not fetter the corresponding power of future Parliaments. It is a rule of a unique character, since only the judges can change it. It is for the judges and not for Parliament to say what is an effective Act of Parliament. If the judges recognise that there must be a change, as by allowing future Parliaments to be fettered, this is a technical revolution » (H. W. R. WADE, « Sovereignty — Revolution Or Evolution », *o.c.*, 574. C'est nous qui soulignons).

cette dérogation pour l'appartenance du Royaume-Uni aux Communautés européennes' (228).

62. L'analyse de WADE (229) — qui est basé sur une théorie positiviste du droit telle que développée par Kelsen (230) ou HART (231) — a connu un retentissement doctrinal fort important (232). Ce qui doit surprendre le juriste continental est la constance qu'elle n'a pas fait — malgré sa clarté impeccable — l'unanimité au sein de la doctrine constitutionnelle du Royaume-Uni : des théories dissidentes — avant tout celles d'ALLAN et CRAIG — ont vu le jour, et selon celles-ci « even on the most radical interpretation of *Factortame* available, (...) no genuine question of legal discontinuity arises » (233). Le juriste continental ne peut que s'étonner à la lecture de telles affirmations aussi manifestement contraires — du moins de son point de vue — aux faits.

La « clef du mystère » est cependant vite trouvée : CRAIG et ALLAN partent d'une toute autre théorie du droit. Leur théorie est en effet celle de DWORKIN (234), approche qui dénie toute pertinence au positivisme juridique et à ses « produits dérivés » : des

(228) « Inconsistencies between United Kingdom statutes and EEC law would be resolved in favour of the latter, unless Parliament clearly and expressly states in a future Act that it is to override Community law » (P. CRAIG, « Sovereignty of the United Kingdom after *Factortame* », *o.c.*, 251). Voy. également T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 1988, 242.

(229) Voy. les trois articles cités *supra* aux notes 74, 176 et 211.

(230) Voy. *supra*, n^{os} 22-23, surtout note 90.

(231) Voy. *supra*, n^{os} 22-23, surtout notes 89 et 96.

(232) J. ECKELAAR, « The Death of Parliamentary Sovereignty — a Comment », *Law Quarterly Review*, vol. 113, 1997, 185-187, et M. ELLIOTT, « The Demise of Parliamentary Sovereignty? The Implications for justifying Judicial Review », *Law Quarterly Review*, vol. 115, 1999, 119-137, A. BRADLEY, « The Sovereignty of Parliament », in J. JOWELL et D. OLIVER, *The Changing Constitution*, 4^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2000, 23-58, surtout 39-46. Voy. également l'article cité *supra* à la note 210 et les articles cités *infra* aux notes 233, 238 et 239.

(233) T. R. S. ALLAN, « Parliamentary Sovereignty : Law, Politics and Revolution », *Law Quarterly Review*, n^o 113, 1997, 443-452, ici 450. C'est nous qui soulignons.

(234) La théorie du droit de Ronald DWORKIN, professeur de théorie du droit à New York et Oxford, est surtout exprimée dans ses trois ouvrages-maîtres *Taking Rights Seriously*, *A Matter of Principle* et *Law's Empire*.

concepts tels que la validité d'une norme juridique, la hiérarchie des normes, la Grundnorm, ou la continuité de l'ordre juridique lui sont complètement étrangers ⁽²³⁵⁾.

Il existe donc une différence fondamentale entre les raisonnements juridiques de WADE d'une part et d'ALLAN et CRAIG d'autre part, et pour en avoir la preuve formelle il suffit de lire ALLAN : celui-ci affirme expressément que les idées d'une révolution technique et d'une rupture de la continuité de l'ordre juridique « both suggest the influence of an *inadequate positivist jurisprudence* » ⁽²³⁶⁾ ⁽²³⁷⁾. On ne pourrait guère être plus clair ⁽²³⁸⁾ ⁽²³⁹⁾.

C'est donc dans ce contexte conceptuel radicalement différent de celui de WADE qu'il convient de placer l'expression d'ALLAN que « even on the most radical interpretation of *Factortame* available, (...) *no genuine question of legal discontinuity arises.* » ⁽²⁴⁰⁾ Or, dès lors que les bases théoriques ne sont pas les mêmes, les analyses

(235) Ils sont en outre vivement combattus par elle.

(236) T.R.S. ALLAN, « Parliamentary Sovereignty : Law, Politics and Revolution », *op. cit.*, 448. C'est nous qui soulignons.

(237) L'auteur affirme par ailleurs que, pour déterminer « the proper legal response to the conflict between an English statute and the requirements of European Community law, it was appropriate to consider the implications for (...) *democracy* » (T.R.S. ALLAN, « Parliamentary Sovereignty : Law, Politics and Revolution », *op. cit.*, 445. C'est nous qui soulignons).

(238) Du même auteur voy. également l'ouvrage *Constitutional Justice — A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, en particulier le chapitre 7 intitulé « The Rule of Law and Parliamentary Sovereignty » (201-242).

(239) L'approche « dworckinienne » du problème, opposée aux solutions proposées par le positivisme juridique, prédomine également chez Craig : c'est ainsi qu'il écrit que « any justification for Parliamentary omnipotence must be based on arguments of *principle* », et que « some species of *rights-based constraints* must feature in any convincing *principled* picture of twentieth century government » (P. CRAIG, « Sovereignty of the United Kingdom after Factortame », *op. cit.*, 245 et 254. C'est nous qui soulignons). Du même auteur voy. également « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law : An Analytical Framework », *Public Law*, 1997, 467-487, « Britain in the European Union », in J. JOWELL et D. OLIVER, *The Changing Constitution*, 4^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2000, 61-88, et « Constitutions, Constitutionalism, and the European Union », *European Law Journal*, 2001, 125-150. Ce dernier article constitue la version écrite du discours tenu par le même auteur à la Faculté de droit de l'Université d'Oxford le 22 novembre 2000.

(240) Voy. *supra*, note 233.

respectives ne sauraient concorder. Si ce point est compris, l'essentiel est dit.

Discuter de la meilleure théorie en philosophie du droit est en effet un autre débat.

III. — CONCLUSIONS

63. Alors que nous avons déjà péché par une longueur excessive, nous ne pouvons que constater que bien des choses seraient encore à dire.

Ainsi, il serait intéressant d'examiner les rapports entre la doctrine de l'« implied repeal » d'une part et le « Human Rights Act » et la protection des droits fondamentaux d'autre part ⁽²⁴¹⁾ ou encore, en partant des arrêts *Nairn* de 1909 ⁽²⁴²⁾ et *Simms* de 1999 ⁽²⁴³⁾, de s'interroger plus fondamentalement sur la question de savoir si la doctrine de l'« implied repeal » — et partant la Grundnorm de l'ordre juridique anglais — n'a pas subi deux *autres* altérations *en plus* de celle constatée dans l'arrêt *Factortame No. 2* : les décisions *Nairn* et *Simms* sont en tout cas propices à de passionnants débats au sommet de la hiérarchie des normes.

Et la liste des problèmes encore à examiner pourrait aisément être allongée ⁽²⁴⁴⁾ : en droit constitutionnel anglais tout est en effet dans tout.

* * *

64. Au cours des pages qui précèdent, nous avons tenté de jeter un regard extérieur sur les fondements constitutionnels du Royaume-Uni, en les opposant à certains concepts juridiques

(241) A cet égard, le jugement cité *infra* à la note 243 est d'une importance toute particulière. Voy. également *R v Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] QB 517 et *R v Lord Chancellor, ex parte Witham* [1998] QB 575. Voy. aussi *supra*, n° 35.

(242) *Nairn v University of St. Andrews* [1909] AC 147. Il s'agit d'un jugement de la Chambre des Lords.

(243) *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [1999] 3 All ER 400. Il s'agit d'un jugement de la Chambre des Lords. Voy. surtout le discours de Lord HOFFMANN, pp. 412-413.

(244) Voy. notamment *supra*, note 76.

continentaux. Une telle entreprise de droit comparé appelle deux observations.

La première est d'ordre linguistique : l'identité de mots dans différents ordres juridiques ne va pas nécessairement de pair avec identité de sens⁽²⁴⁵⁾. Pour simple que ce constat puisse paraître, il génère d'importantes conséquences pratiques, avant tout sur le plan de la terminologie juridique : la *traduction dans une autre langue* des termes spécifiques à un ordre juridique constitue nécessairement une opération qui, même si l'on fait preuve de beaucoup de précautions, s'expose inévitablement au risque de voir les termes traduits ne pas être porteurs de la même authenticité que les termes originaux. C'est pour cette raison que nous avons opté, dans cet exposé en langue française qui précède, pour le maintien des termes *anglais*, choix qui — s'il nécessite un petit effort au cours de la lecture du texte — nous semble fournir l'image la plus fidèle et authentique de la réalité constitutionnelle du Royaume-Uni.

La seconde est d'ordre conceptuel : nous l'avons dit, le travail que nous venons d'achever a pour objet de comparer les fondements constitutionnels du Royaume-Uni avec ceux de certains ordres juridiques continentaux. Or, dès lors que les différences entre les volets à comparer sont particulièrement nettes⁽²⁴⁶⁾, il importe tout spécialement de ne pas aborder les questions de droit *britannique* au travers de concepts *continentaux* : analyser les problèmes qui se posent au sein d'un système juridique donné à l'aide d'outils conceptuels provenant d'un *autre* système juridique ne

(245) Ainsi, un 'acte juridique' en droit français n'est pas le pendant d'un « Act » de droit anglais, le terme « sovereignty » ne se traduit pas par 'souveraineté' et l'expression « the Queen in Parliament » est un concept propre au droit anglais. La liste pourrait être allongée, jusqu'à constater que même le terme 'législation' se distingue nettement de celui de « legislation » : en effet, si le premier désigne exclusivement des normes émises par le pouvoir législatif, le second fait référence à toute norme générale et abstraite, qu'elle émane du pouvoir législatif ou exécutif. Un simple arrêté ministériel constitue donc bien de la « législation » au sens anglais du terme mais ne constitue point une norme législative au sens continental.

(246) Ainsi, et par opposition aux ordres juridiques continentaux, l'ordre juridique britannique est doté d'un système constitutionnel non codifié, partiellement non écrit et au sein duquel la distinction formelle entre Constitution et Loi fait défaut.

compare en effet rien. C'est ainsi qu'une analyse du système constitutionnel britannique — système caractérisé par le concept de « continuing sovereignty » — à l'aide d'un concept continental à l'instar de celui de 'souveraineté nationale' doit nécessairement aboutir à un portrait déformé. Le constat vaut également dans l'autre sens, puisqu'une représentation du droit public français ou belge à l'aide du concept anglo-américain de « natural justice » ou de « due process » serait tout aussi apocryphe⁽²⁴⁷⁾.

Dans les chapitres précédents, nous avons tenté de procéder à une analyse de certains problèmes contemporains du droit constitutionnel du Royaume-Uni à l'aide de concepts *britanniques*, en comparant *ces derniers* à leurs homologues continentaux. Si nous n'avons aucune assurance d'y être pleinement parvenu — nous en laissons l'appréciation à d'autres — il existe néanmoins une chose que nous *pouvons* affirmer avec certitude : c'est que le droit constitutionnel anglais mérite toute l'attention des juristes continentaux. Au-delà d'une meilleure connaissance des structures internes de l'un de nos plus importants partenaires au sein des institutions communautaires, son examen permet de pleinement apprécier la force et la vitalité que génère son unique jumelage de théorie et de pratique. Même des interrogations aussi abstraites que celles portant sur le contenu de la Grundnorm demeurent toujours indissociablement liées à des faits concrets, qui servent à la fois de terroir et de guide à la réflexion théorique.

C'est de cette fructueuse réciprocité entre la rigueur intemporelle des grands principes de la « parliamentary sovereignty » et la souplesse remarquable du « judge made law » que des arrêts tels que *Mortensen v Peters*, *Pepper v Hart* et — surtout — *Factortame* témoignent avec éclat.

(247) Nous ne disons point qu'il n'y existe pas des concepts qui permettraient d'atteindre les mêmes résultats, mais ce constat n'équivaut nullement à l'affirmation — à laquelle nous nous refusons à souscrire — qu'il y a identité de concepts.