

**La face judiciaire du ‘Brexit’ : une confirmation de la constitutionnalisation du
Royaume-Uni par les juges**

De l’affaire Factortame à l’affaire Miller, réflexions sur les « constitutional statutes »

Par : Marie Gren

Doctorante à l’Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Proposition pour l’atelier B

mots clés : constitutionnalisation, juges, hiérarchie des normes, Royaume-Uni, Union Européenne, Brexit

Le ‘Brexit’ a été l’occasion de controverses théoriques, presque sans précédent au Royaume-Uni. Au cœur du débat, la doctrine de la souveraineté parlementaire a fait couler beaucoup d’encre, tant du côté des universitaires que des journalistes. Depuis, quelques années la doctrine de la souveraineté du Parlement se métamorphose progressivement sous l’impulsion des juges britanniques, qui en redessinent les contours. L’affaire *Miller* a été l’occasion pour les juges de confirmer que cette doctrine, longtemps intouchée, n’avait plus le caractère absolu que lui avait reconnu le juriste Dicey.

Depuis la décision *Factortame* en 1991, suivie par l’affaire *Thoburn* en 2002, les juges semblent en effet avoir décidé de prendre en main le processus constituant, en déterminant, en lieu et place des parlementaires, quels sont les textes parlementaires dont la modification requiert une intervention *explicite* du Parlement. L’entrée dans l’Union Européenne a été l’occasion pour les juges de « révolutionner » le droit constitutionnel britannique, en imposant cette nouvelle version de la souveraineté parlementaire. La sortie du Royaume-Uni a été le moment de confirmer ce changement de perspective. Les deux décisions *Miller*, placées sous les phares des journalistes, ont permis aux juges de sécuriser le travail de « constitutionnalisation douce » du droit britannique, entrepris quelques années auparavant.

On se propose donc d’étudier la progression de l’affaire *Factortame* à l’affaire *Miller*, en étudiant comment en 1991 et en 2017 les juges ont utilisé l’acte d’intégration européenne comme outil de constitutionnalisation du Royaume-Uni. En considérant que le *European Communities Act 1972*, avait servi de « canal conducteur » (selon une expression du

Professeur Finnis citée par les juges en 2017) à l'introduction du droit communautaire, les juges ont utilisé la relation complexe entre droit national et normes internationales pour réaffirmer une nouvelle hiérarchie des normes – d'ailleurs toujours contestée par une partie de la doctrine. On étudiera ces décisions en montrant comment, en s'appuyant sur les écrits de Dicey, les juges de la *High Court* et ceux de la Cour suprême ont complètement dévié de la *doxa* selon laquelle le Parlement est souverain parce qu'il est entièrement libre. On expliquera que si en 1991, la hiérarchisation entre les normes parlementaires était balbutiante, en 2017, celle-ci est pleinement assumée. On montrera ainsi que l'affaire *Miller* s'inscrit clairement dans la lignée de l'affaire *Factortame* de 1991, dont la portée constitutionnelle est explicitée par Sir John Laws dans la décision *Thoburn* de 2002. En recherchant, en 2017, une volonté explicite du Parlement pour autoriser le Gouvernement à sortir de l'Union Européenne, les juges ont confirmé, qu'il existait bien une hiérarchie entre les actes « ordinaires » pris par le Parlement et ces actes « constitutionnels » ('*constitutional statute*'), qui ne peuvent être modifiés ou abrogés par le Parlement que de manière explicite.

On se propose donc d'étudier d'abord *l'introduction* d'une hiérarchie normative au Royaume-Uni grâce au processus d'intégration communautaire (I), pour expliciter ensuite la *consécration* de cette hiérarchie normative au moment de la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne (II).

I/ L'introduction d'une hiérarchie normative au Royaume-Uni grâce au processus d'intégration communautaire

Au Royaume-Uni, comme dans d'autres États Membres, la rencontre entre droit communautaire et droit national a été brutale pour l'ossature constitutionnelle. Confronté au conflit potentiel entre primauté communautaire et souveraineté parlementaire, les juges ont développés des trésors d'ingéniosité argumentative pour préserver – en apparence au moins – les deux systèmes juridiques. Ils ont donc accepté de « constitutionnaliser » l'acte d'intégration communautaire – le *European Communities Act 1972* – pour préserver le principe de primauté communautaire en se fondant sur la « Constitution britannique ». Comme le Conseil constitutionnel qui avait déclaré que la transposition d'une directive en droit national est une « exigence constitutionnelle » issu de l'article 88-1, les juges britanniques ont affirmé que la primauté était issue de l'acte parlementaire britannique de 1972. Mais contrairement à la France où la Constitution est formellement identifiée, ce n'est pas le cas au Royaume-Uni. L'effet du droit communautaire sur le droit britannique a donc été

particulièrement fort, puisque c'est au contact de la primauté communautaire que le droit britannique a été constitutionnalisé. Cette « constitutionnalisation » s'est faite en plusieurs étapes. Dans l'affaire *Factortame* de 1991 les juges ont d'abord reconnu l'impossibilité de faire application de la règle de l'abrogation implicite dans le cas de l'acte de 1972 (A), puis en 2002, ils ont admis que de ce fait l'acte de 1972 avait véritablement valeur constitutionnelle (B).

L'argumentaire des juges a consisté, dans les deux décisions, en une tentative de conciliation entre la vision communautaire et nationale. Mais ce n'est qu'en 2002 que l'on a pu vraiment prendre la mesure de la décision de 1991.

A/ L'affaire *Factortame*, une constitutionnalisation implicite de l'acte d'intégration communautaire

Au Royaume-Uni, il n'existait pas de compromis possible entre la version classique de la souveraineté parlementaire et la primauté communautaire. Ni du point de vue du principe, ni du point de vue de la technique. La souveraineté britannique et la primauté européenne sont en effet deux versions de la même conception : la suprématie juridique. La coexistence de deux « souverains » sur une même entité juridique n'a en effet *théoriquement* pas de sens. La souveraineté juridique étant précisément la liberté de faire et défaire le droit, il est clair que soit le Parlement britannique n'était plus le souverain depuis son adhésion à la Communauté Européenne en 1972, soit il était encore le souverain et la primauté communautaire devait alors rester lettre morte. Qui plus est, la traduction *technique* de la souveraineté britannique impliquait la possibilité d'abroger implicitement l'acte d'adhésion de 1972, alors que le principe de primauté se traduisait, lui, par un effet direct du droit communautaire, qui s'opposait à cette abrogation. Ces deux conceptions étaient donc clairement antinomiques. Le Royaume-Uni ne disposant pas d'une constitution écrite et formalisée, l'hypothèse d'une révision formelle de cette constitution pour y intégrer la notion de primauté communautaire n'était évidemment pas envisageable¹. Les contradictions entre intégration communautaire et souveraineté parlementaire commencent à se faire jour au Royaume-Uni, surtout à compter de

¹ Dans le cas d'une constitution écrite, comme la France, l'incompatibilité avérée entre un engagement international et la Constitution française peut donner lieu à une révision de la Constitution avant que l'État français ne finalise la procédure. C'est ce qui s'est passé en 1992, avant la ratification du Traité de Maastricht. Le Conseil constitutionnel avait été saisi par le Président Mitterrand. Le Conseil ayant souligné l'incompatibilité Voir : Cons. Const., déc. n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*.

l'arrêt *Simmenthal* de 1978². L'arrêt de 1978 a fait souffler un vent de panique sur le Royaume-Uni, car l'idée que les juridictions nationales devront assurer la primauté du droit communautaire semble parfaitement incompatible avec la vision britannique de la souveraineté parlementaire. Pourtant, déjà des voix s'élèvent pour dire que la souveraineté n'est pas l'obstacle de taille ('*stumbling-block*') que les juristes britanniques imaginent. Dans un article de 1979, le Professeur Mitchell expose le choix cornélien qui s'impose aux juristes : en bref, il faut soit refuser le processus de construction communautaire dans la forme que semble lui impulser la Cour de Justice des Communautés Européennes, soit accepter un changement total de perspective sur le droit constitutionnel britannique³. L'auteur de l'article, défend pour sa part une « révolution douce », en assurant qu'il n'y a pas besoin d'invoquer « Madame la Guillotine » mais simplement de substituer un ordre juridique à un autre.⁴

Pourtant, aussi bien théoriquement que techniquement le changement semble difficile à envisager, et dans l'affaire *Factortame*, les juges britanniques avaient d'abord reconnu, en 1990, qu'ils ne disposaient pas du pouvoir d'écarter une législation nationale incompatible avec le droit communautaire, du point de vue du droit britannique⁵.

Dans cette affaire les requérants invoquaient l'incompatibilité du *Merchant Shipping Act 1988* et des normes d'origine communautaire *directement* invocable en droit britannique, en vertu de l'effet direct. Les requérants exigeaient notamment une « injonction préliminaire » ('*preliminary injunction*') permettant de suspendre temporairement l'application de la loi parlementaire, qui était potentiellement en contradiction avec le droit communautaire⁶. Le 22

² L'effet direct du droit communautaire a été reconnu par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans son arrêt de 1963, *Van Gend and Loos*. Dans cette décision la Cour de Justice affirme que les citoyens des États membres peuvent directement invoquer les traités devant leurs juridictions nationales. Cela serait justifié par le fait que la Communauté européenne forme un « nouvel ordre juridique », qui n'obéit pas aux règles classiques du droit international, mais s'adresse aussi bien aux États qu'à leurs citoyens. Un an plus tard, la Cour affirme la suite logique de cette décision révolutionnaire. La CJCE déclare que le droit communautaire prime les droits nationaux. Dans la décision *Costa c. Enel* de 1964, la Cour de Justice appuie l'idée d'un ordre juridique international différent, en affirmant le principe de primauté. La conjonction entre ces deux principes est notamment affirmée par l'arrêt *Simmenthal*, en 1978.

Voir : CJCE, C-26/62, 5 février 1963, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre administration fiscale néerlandaise* ; CJCE, C-6/64, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre Ente Nazionale per l'Energia Elettrica* ; CJCE, C-106/77, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*.

³ James MITCHELL, « The Sovereignty of Parliament and Community Law: The Stumbling-Block That Isn't There », *International Affairs*, 1979, vol. 55, n° 1, pp. 33-46.

⁴ « For lawyers, revolutions come in all sorts of shapes and ways. There is no need for violence or for Madame Guillotine to be constituent parts of a revolution, a word which in this setting means no more (and no less) than the substitution of a new legal order for a pre-existing one.» (Ibid., p. 33-34.).

⁵ *R v Secretary of State for Transport ex. p. Factortame* [1990] 2 A.C. 85

⁶ Le 10 mars 1989, les juges, avait décidé en première instance d'accorder l'injonction. Lord Justice Neil, s'appuyant sur l'arrêt *Simmenthal* avait déclaré que les juridictions nationales avaient l'obligation de tenir

mars, les trois juges de la *Court of Appeal* avaient unanimement considéré que sous l'empire de la Constitution britannique, les cours ne disposaient pas du pouvoir de suspendre l'application d'une loi du parlement, même de manière temporaire, ce qui avaient conduit à la saisine de la *House of Lords*. Dans la décision du 18 mai 1989⁷, les *Law Lords* ont confirmé la position de la Cour d'appel, en affirmant que les juges britanniques ne disposaient pas de la compétence pour suspendre une loi nationale, *en vertu du droit britannique*. Mais au vu des circonstances particulières de l'affaire, les juges ont estimé que la question se posait aussi en réalité, en termes de droit communautaire. Or, Lord Bridge avait souligné que l'existence d'une *obligation*, issue du droit communautaire, de suspendre le droit national n'était pas claire. La Cour de Justice des Communautés Européennes avait donc été saisi d'une question préjudicielle. Il s'agissait de savoir si le droit communautaire créait une *obligation* ou simplement une *autorisation*⁸ pour les juridictions nationales d'écarter une loi nationale contraire au droit communautaire, notamment dans le cas où le droit national excluait expressément la possibilité d'accorder une injonction temporaire. Les juges britanniques soulignaient en outre que la suspension du droit national interviendrait alors même que l'incompatibilité avec le droit communautaire n'était pas encore avérée.

La Cour de Justice des Communautés européennes, réunie en session plénière, avait suivi le raisonnement de l'avocat général Tesauro et affirmé qu'il y avait une *obligation* pour les cours de suspendre temporairement le droit national, potentiellement incompatible avec le droit communautaire, le temps que la question soit tranchée⁹. L'avocat général, avait souligné que le mécanisme de suspension d'une disposition nationale existait dans tous les États membres, sauf au Royaume-Uni et au Danemark. La demande des requérants aurait donc abouti dans les autres États membres. S'appuyant notamment sur la décision *Simmenthal*, il avait souligné l'importance pour les juridictions nationales de donner effet au droit communautaire. Les cours devaient par conséquent utiliser les procédures nationales dont elles disposaient pour garantir l'effectivité du droit communautaire, et ne pas faire obstruction par ces procédures nationales, en rendant *effectivement* impossible la mise en œuvre des droits

compte du droit communautaire, et de le faire prévaloir celui-ci en cas de conflit. Dans l'affaire en cause, il fallait donc accorder une injonction afin d'éviter l'application de la loi de 1988, contraire au droit communautaire. L'exécutif avait immédiatement saisi la Cour d'appel de cette décision. La Haute Cour avait aussi saisi la Cour de Justice des communautés européennes d'une décision préjudicielle sur la compatibilité de la législation nationale avec le droit communautaire.

Voir : *Reg. v. Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd.* [1989] 2 C.M.L.M.R. 353.

⁷ *Reg. v. Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd.* [1990] 2 A.C. 85.

⁸ Dans le cas où il s'agirait seulement d'une autorisation et non d'une obligation, les juges demandaient quels critères devaient être utilisés pour déterminer si la suspension temporaire devait être accordée ou non.

⁹ CJCE, C-213/89, 19 juin 1990, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*.

et libertés issus des traités¹⁰. Dans le même temps, concrètement, l'absence de protection intérimaire privait les droits issus des traités communautaires de leur effectivité. Ce mécanisme, qui semblait essentiel au principe de l'effet direct du droit communautaire aurait donc *du* exister en droit britannique. La Cour de Justice des Communautés Européennes mettait de la sorte le Royaume-Uni face à ses engagements politiques et à la contradiction apparente entre ces derniers et ses propres mécanismes juridiques¹¹.

Après la décision de la CJCE qui leur imposait d'écarter une législation nationale incompatible, les Law Lords ont donc tenté en 1991¹², de trancher ce nœud gordien par une réponse, qui semblait – en apparence au moins – concilier l'inconciliable. La raison en est très certainement, qu'il fallait éviter la collision politique de grande ampleur qui se profilait entre le Royaume-Uni et les institutions européennes, en cas de refus de se plier à la réponse donnée par la CJCE à la question préjudicielle posée par la Chambre des Lords.

Pour parvenir à une solution acceptable, la majeure partie de l'argumentaire de Lord Bridge¹³ a pour but de présenter la solution *Factortame* de la Cour de Justice des

¹⁰ Il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de déterminer les conditions concrètes de contestation devant le juge « pourvu que ces conditions ne soient pas moins favorables que celles qui concernent des recours semblables de nature interne et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire » (CJCE, C-61/79, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Denkavit italiana Srl*).

¹¹ La question préjudicielle posée à la CJUE n'avait fait que déplacer le centre de gravité politique : des cours nationales à la Cour de Justice. Mais le problème juridique n'en demeurait pas moins inchangé, bien au contraire. La réalité politique sous-jacente était que la Cour de Justice, plutôt que prendre la perche tendue par la Chambre des Lords en reconnaissant une possibilité de suspension du droit national avait créé une obligation. De ce fait les juges nationaux se trouvaient contraints de choisir entre l'interdiction en droit britannique de suspendre une loi parlementaire et l'obligation de suspendre une loi parlementaire. La contradiction était patente.

¹² *R v Secretary of State for Transport ex. p. Factortame (No.2)* [1991] A.C. 603

¹³ L'analyse proposée par Lord Bridge doit être distinguée des deux autres opinions exprimées par Lord Chievey et Lord Jauncey of Tullichettle. S'ils s'accordent tous les deux avec Lord Bridge sur le dispositif de la décision, à savoir qu'il faut accepter la décision de la CJCE et accorder de ce fait une protection temporaire aux requérants, en écartant la loi nationale possiblement contraire au droit national, leurs analyses sont assez différentes. Ces deux juges ne cherchent pas à légitimer la décision de la CJCE, au contraire, ils semblent faire porter leurs efforts sur la compatibilité entre la décision de la Cour de Luxembourg et le système britannique sur le point contentieux précis qui leur est soumis. Une grande partie de leur raisonnement se concentre donc sur l'injonction temporaire et non sur la valeur spécifique de l'acte d'adhésion de 1972. Contrairement à Lord Bridge, leur raisonnement n'est pas principal mais circonstanciel.

Il faut préciser en effet que cette décision intervient dans le contexte particulier d'une injonction temporaire, déjà accordée, à laquelle les juges viennent apporter par la suite une motivation dans la décision *Factortame n°2*. Lord Bridge explique que après la décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes, la Chambre des Lords avait décidé à l'unanimité d'accorder la mesure de protection temporaire, et d'en donner les raisons dans une décision motivée en bonne et due forme : « In the light of this judgment we were able to conclude the hearing of the appeal in July and unanimously decided that relief should be granted in terms of the orders which the House then made, indicating that we would give our reasons for the decision later. ».

Les trois opinions exprimées concourent dans le même sens, puisque le dispositif a déjà été décidé, mais les motivations sont formulées très différemment. Les justifications n'ont cependant pas pour objectif de modifier le dispositif adopté comme le souligne Lord Chievey dans son opinion, en rappelant qu'il ne cherche pas à se départir de l'opinion exprimée par Lord Bridge : « I wish to stress that, in expressing my reasons why in my

Communautés européennes comme une évidence. Pour ce faire, le juge britannique développe deux étapes argumentatives, qui forment une boucle commençant et finissant avec la jurisprudence communautaire. Tout d'abord les arrêts de la Cour de Justice pré-adhésion servent à justifier l'idée que le Parlement a volontairement adhéré à la construction européenne, dont les contours ont été redéfinis par les multiples décisions de la CJCE (1). Or, parmi les nouvelles règles établies par la Cour de Justice, la primauté est un élément central et essentiel, auquel le Parlement a donc nécessairement adhéré en 1972. Ne reste plus alors qu'à expliquer que la solution retenue par la CJCE dans son arrêt *Factortame*, est tout à fait logique : de la primauté communautaire – acceptée par Westminster – découle la mise à l'écart des lois nationales contraires (2). La conjonction de ces deux explications permet donc de montrer que de faire prévaloir le droit communautaire sur le droit national n'est en rien révolutionnaire, contrairement aux critiques qui avaient pu être adressées à la Cour de Justice des Communautés Européennes. Le juge britannique, en suivant la solution de la Cour de Justice aurait, au contraire, satisfait pleinement à la volonté du Parlement britannique.

Lord Bridge commence d'abord par expliciter le caractère volontaire de l'adhésion du Royaume-Uni. La ligne argumentative principale développée par Lord Bridge est que si la suprématie du droit communautaire sur le droit national n'était pas claire dès l'établissement de la Communauté Européenne, cette suprématie était déjà fermement établie, *par la jurisprudence de la Cour de Justice*, bien avant l'adhésion du Royaume-Uni¹⁴. Cela revient donc à dire que ce problème de compatibilité entre les ordres nationaux et le droit européen n'était pas une nouveauté révélée par l'affaire *Factortame*, mais une problématique nécessairement connue du Parlement lors de l'adoption du *European Communities Act 1972*. Sans qu'il le formule expressément ainsi, cette remarque semble suggérer que les dirigeants britanniques devaient être au fait des résistances multiples qu'a engendré le processus d'intégration, de la part des diverses juridictions des États membres, notamment en matière constitutionnelle¹⁵. Lord Bridge insiste sur le caractère évident de la suprématie du droit

opinion your Lordships should grant interim relief, I have no intention of departing from anything contained in the speech of my noble and learned friend, with which I have expressed my complete agreement. (*R v Secretary of State for Transport ex. p. Factortame (No.2)* [1991] A.C. 603).

¹⁴ « If the supremacy within the European Community of Community law over the national law of member states was not always inherent in the E.E.C. Treaty it was certainly well established in the jurisprudence of the European Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. » (*Factortame (No.2)*, at 658-659).

¹⁵ Voir notamment : Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, 168 p. Pour les résistances récentes des juridictions nationales à l'intégration, voir la thèse de Jean-Philippe Derosier : Jean-Philippe DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée Allemagne, France, Italie*, LGDJ, 2015, 626 p.

communautaire en 1972, en insistant largement sur la logique du choix fait par la CJCE. Cette contextualisation de l'adhésion, lui permet donc de ce fait d'interpréter le *European Communities Act 1972* comme une restriction *volontaire*, par le Parlement lui-même, de sa propre souveraineté¹⁶. Pour insister sur ce caractère conscient et volontaire de la limitation, Lord Bridge ajoute que dans les hypothèses où la Cour de Justice a souligné l'incompatibilité du droit national avec le droit communautaire, le Parlement a jusque lors diligemment résolu le problème en faisant disparaître la norme nationale incriminée¹⁷. Cela signifie donc que le Parlement de Westminster a accepté les termes du contrat que représente l'adhésion au projet communautaire, dans les formes mêmes que lui a donné la CJCE, par sa jurisprudence, à commencer par la règle de la primauté, dont découle *logiquement* la mise à l'écart d'une loi nationale incompatible.

La mise à jour de l'intention parlementaire permet à Lord Bridge d'interpréter l'acte d'adhésion de 1972 comme prévoyant nécessairement la primauté du droit communautaire. Or comme la possibilité d'écarter une loi nationale incompatible découle *logiquement* de la primauté – comme l'a montré la CJCE dans sa décision *Factortame*, il n'y a donc pas non plus de nouveauté à accepter ce mécanisme de mise à l'écart. Selon Lord Bridge la possibilité pour les juges d'écarter une loi du Parlement, dès lors qu'elle serait incompatible avec le droit communautaire est donc prévue par la loi britannique elle-même. C'est le *European Communities Act 1972* qui est la source même de cette compétence¹⁸. Lord Bridge rejette donc les « commentaires » affirmant que la décision de la Cour européenne de Justice des Communautés Européennes de permettre à des juridictions des États membres d'écarter une loi nationale serait une limitation *nouvelle et dangereuse*, par une institution communautaire, de la souveraineté du Parlement britannique¹⁹. Lord Bridge affirme qu'il s'agit d'une conception erronée ('*misconception*') et récuse le caractère *novateur* de la décision de la Cour de Justice, en banalisant la limitation de souveraineté que représente la mise à l'écart d'une loi

¹⁶ « whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. » (*Factortame (No.2)*, at 659).

¹⁷ « when decisions of the European Court of Justice have exposed areas of United Kingdom statute law which failed to implement Council directives, Parliament has always loyally accepted the obligation to make appropriate and prompt amendments. » (*Factortame (No.2)*, at 659).

¹⁸ « Under the terms of the Act of 1972 it has always been clear that it was the duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law » » (*Factortame (No.2)*, at 659).

¹⁹ « Some public comments on the decision of the European Court of Justice, affirming the jurisdiction of the courts of member states to override national legislation if necessary to enable interim relief to be granted in protection of rights under Community law, have suggested that this was a novel and dangerous invasion by a Community institution of the sovereignty of the United Kingdom Parliament. » (*R v Secretary of State for Transport ex. p. Factortame (No.2)* [1991] A.C. 603, at 658).

nationale par le juge, en insistant à la fois sur la volonté du Parlement et le caractère logique de la primauté du droit communautaire, dont découle la mise à l'écart d'une loi votée par le souverain²⁰.

On comprend donc d'autant mieux pourquoi, avant d'exposer ses compétences à censurer le Parlement, le juge britannique devait impérativement expliquer en quoi le *European Communities Act* disposait d'un statut particulier, voulu par ce Parlement lui-même. L'intentionnalité, contextualisée par le processus de construction communautaire est donc le socle de cette décision, qui crée une règle nouvelle – au moins pour le droit communautaire. Désormais il n'est plus possible de prendre de mesure allant à l'encontre du droit communautaire. Par conséquent, la règle de l'abrogation implicite ne peut trouver à s'appliquer au *European Communities Act*. La doctrine de la souveraineté parlementaire à la Dicey, en vertu de laquelle le Parlement ne peut lier ses successeurs, est définitivement mise à l'écart, du moins en matière communautaire. Cette décision a donc contribué à la construction d'un édifice bien plus important, dont on prendra véritablement la mesure qu'avec la théorie des « lois constitutionnelles », théorisée par Sir John Laws dans l'arrêt *Thoburn* de 2002²¹.

B/ L'affaire *Thoburn*, une constitutionnalisation explicite de l'acte d'intégration communautaire

Dans l'affaire *Thoburn*, le droit communautaire est là encore au cœur de la controverse juridique. Ce type de litige permet aux juridictions d'utiliser leur double-casquette de juge de droit commun du droit communautaire et de juge national. Ils sont donc dans une situation particulière qui leur permet de choisir entre la primauté communautaire ou la souveraineté parlementaire. Ces deux options étant antinomiques du point de vue du droit britannique, les juges seront donc nécessairement amenés à faire prévaloir l'un ou l'autre système juridique. C'est donc bien le droit communautaire qui, dans l'affaire *Thoburn*, fut propice à l'affirmation explicite d'une hiérarchie entre les actes adoptés par le Parlement.

Dès la première instance, le juge Bruce Morgan, déclare en substance : tant que ce pays sera membre de l'Union Européenne, il devra respecter les règles du jeu établit par celle-ci. Et c'est bien, selon lui, l'adoption du *European Communities Act* qui permet au droit

²⁰ « Thus there is nothing in any way novel in according supremacy to rules of Community law in those areas to which they apply and to insist that, in the protection of rights under Community law, national courts must not be inhibited by rules of national law from granting interim relief in appropriate cases *is no more than a logical recognition of that supremacy.* » (*R v Secretary of State for Transport ex. p. Factortame (No.2)* [1991] A.C. 603, at 658). C'est nous qui soulignons.

²¹ *Thoburn v Sunderland City Council*, [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151.

communautaire de devenir parti intégrante du droit national. C'est donc sur ce fondement que le juge avait pu considéré que l'usage de la livre impériale pour mesurer le poids des fruits et légumes était effectivement devenu illégale. Le droit national avait en effet appliqué les objectifs d'harmonisation des mesures posées par la directive 80/181/EEC. Les vendeurs de fruits et légumes qui n'avaient pas voulu se plier à la nouvelle règle avaient donc été déclarés coupables par la cour en première instance²².

Faisant appel de cette décision auprès de la Haute Cour (High Court) les marchands, désormais surnommés les « martyrs métriques » n'avaient pas eu davantage gain de cause, mais leur argumentaire a mis en lumière de manière évidente les enjeux constitutionnels liés à la primauté communautaire. Les requérants considèrent en effet que le *European Communities Act 1972* a été implicitement abrogés par le *Weights and Measures Act 1985*²³. Il y a donc deux lois parlementaires, qui sont de même valeur selon les principes traditionnels de la souveraineté parlementaire. Comme en 1991, dans l'affaire *Factortame*, la règle classique de l'abrogation implicite met en péril le principe même de l'intégration communautaire, qui avance par palier et ne recule pas. En considérant que l'acte de 1972 peut être abrogé, les requérants mettent donc non seulement en péril la base juridique de l'appartenance de la

²² Le commentaire quelque peu ironique de cette décision se trouve dans un ouvrage répertoriant les cas les plus étranges de l'histoire. Il s'agissait en effet dans cette affaire de l'application d'une directive communautaire, dont l'objectif affiché était l'harmonisation de l'usage des mesures métriques. Pour y parvenir les autorités britanniques – le Parlement, puis le gouvernement – avait édicté des normes visant à éradiquer progressivement l'usage de la mesure impériale « pound » au profit de la mesure en « kg ». Or, plusieurs vendeurs de fruits et légumes s'étaient opposés à ce changement en continuant à vendre leurs fruits et légumes selon les anciennes aunes de mesures. L'acte parlementaire (*Weights and Measures Act 1985*) avait été modifié par des normes « réglementaires » (*secondary legislation*), qui avaient rendu illégales l'usage du pound comme mesure (notamment *Weights and Measures Act 1985 (Metrication) (Amendment) Order 1994* et *Units of Measurement Regulations 1994*). Les vendeurs récalcitrants avaient donc été sommés de se plier à la nouvelle règle sous peine de se voir infliger une amende, ou même une peine de prison en cas de refus de payer. Le juge de première instance aurait donc ouvert l'audience en déclarant qu'il s'agissait des bananes les plus célèbres de l'histoire : « *This case revolves around possibly the most famous bunch of bananas in legal history* ». La condamnation des vendeurs de fruits et légumes, sur fond de respect du droit européen, avait déclenché la fureur des journalistes qui avaient surnommé la décision « Grande-Bretagne contre Europe », « David contre Goliath », ou encore « Bon sens contre charabia ». Et le marchand de fruits et légumes avait été quant à lui été qualifié de « martyr métrique » (*Metric Martyr*). (Voir Peter SEDDON, *Law's Strangest Cases: Extraordinary but true tales from over five centuries of legal history*, Pavilion Books, 12 févr. 2016, 304 p.)

²³ L'argumentaire présenté est intéressant : il se fonde en effet sur la notion d'abrogation implicite (*implied repeal*) qui est au cœur même de la souveraineté parlementaire. Le *European Communities Act 1972* prévoyait en effet que les ministres puissent intervenir – par le biais de la législation secondaire – en matière de poids et mesures, dès lors qu'il s'agissait d'harmoniser la législation nationale avec le droit communautaire. Les requérants arguaient que l'adoption du *Weights and Measures Act 1985* avait implicitement abrogé la disposition de 1972. L'acte de 1985 reconnaissait que les mesures impériales et les mesures métriques (kg, m) étaient équivalentes. Or les actes secondaires adoptés par la suite par les ministres britanniques, avaient durci cette mesure en considérant que l'usage des mesures impériales serait désormais illégal. Les mesures telles que le *Weights and Measures Act 1985 (Metrication) (Amendment) Order 1994* et *Units of Measurement Regulations 1994* avaient été adoptées sur le fondement notamment de la disposition du *European Communities Act 1972*. Si l'acte de 1985 avait donc effectivement abrogé la disposition de 1972, les normes secondaires adoptées par les ministres devenaient alors illégales. Pour répondre à cet argumentaire les juges devaient donc effectivement se prononcer sur l'articulation entre la règle de l'abrogation implicite et la primauté du droit communautaire.

Grande-Bretagne à l'Union Européenne, met aussi le mode de pensée propre à cette intégration. Il faut pour les besoins de l'avancée européenne que les États ne puissent pas reculer une fois qu'ils ont accepté une harmonisation dans un domaine donné. Il faut donc par conséquent que le principe de primauté du droit communautaire ne puisse pas être remis en cause par la règle britannique de l'abrogation implicite.

Les juges de la Haute Cour doivent donc trancher, comme en 1991, entre une vision classique du parlementarisme britannique – fondée sur l'abrogation implicite – ou une version modernisée, inspirée par la règle de primauté de l'Union Européenne. C'est à cette occasion que Lord Justice Laws, fonde l'argumentaire qui fera la célébrité de cette affaire parmi les constitutionnalistes britanniques. Comme en 1991, le statut particulier de l'acte d'intégration communautaire est bien au cœur de l'affaire, puisque c'est de lui que provient la possibilité d'intégrer des normes communautaires au système juridique national. Comme en 1991, il faut donc déterminer si cette norme, porteuse de l'intégration communautaire, peut être abrogée. La réponse est négative mais l'argumentaire est lui assez byzantin. Afin d'éviter de fonder le caractère particulier de l'acte de 1972 sur le seul droit communautaire, Laws LJ décide de l'ancrer dans une explication fondée en apparence sur le seul droit national. Le juge Laws explique en effet qu'en droit britannique il existe *des* normes qui échappent à la règle traditionnelle de l'abrogation implicite. Ces normes sont donc hiérarchiquement supérieures aux autres normes parlementaires, puisqu'elles ne peuvent être abrogés que de manière expresse. Le formalisme exigé pour leur modification est donc plus important que celui des lois ordinaires²⁴. C'est cela même qui fait dire au Professeur Paul Craig, que la « constitutionnalisation du droit constitutionnel »²⁵ est en marche. Pour résoudre le conflit apparemment insoluble entre souveraineté parlementaire et primauté communautaire, Lord Justice Laws a affirmé la suprématie du droit britannique sur le droit communautaire : « les conditions de la souveraineté du Parlement au Royaume-Uni demeurent entre les mains du Royaume-Uni ». Mais dans le même temps, pour préserver le principe de primauté reconnu par le *European Communities Act* de 1972, il faut accepter que cet acte déroge à la vision classique, dicéenne de la souveraineté parlementaire. Laws décide donc que cet acte est « une loi constitutionnelle qui en vertu du Common Law ne peut être abrogée de manière

²⁴ Comme le note Alexandre Guigue, c'est bien « quelque chose qui rappellera au juriste français l'image de la pyramide des normes imaginée par Merkl à partir de la théorie de la hiérarchie des normes de Kelsen ». (Alexandre GUIGUE, « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *Revue de droit public*, mars 2016, n°2, p. 597 et s.)

²⁵ Paul Craig, « Constitutionalizing Constitutional Law : HS2 », *Public Law Review*, 2014, p. 373.

implicite »²⁶. C'est donc de manière beaucoup plus explicite et plus radicale que Laws LJ va suivre la voix ouverte par Lord Bridge en 1991.

Pour protéger à la fois la souveraineté parlementaire et la primauté du droit communautaire, Laws va en effet créer une catégorie de normes entièrement nouvelles : les lois constitutionnelles ('*constitutional statutes*'). En agissant de la sorte, on peut supposer que Laws anticipe les critiques liées à la sanction des marchands de fruits sur le fondement d'une norme communautaire. En créant une nouvelle catégorie de normes, il montre que le *European Communities Act 1972* n'est pas le seul à être protégé contre l'abrogation implicite. Il ne s'agit donc pas d'une soumission au droit communautaire mais d'une modification de la structure constitutionnelle *interne* du Royaume-Uni. Tous les actes importants sont donc constitutionnalisés du fait de l'importance des « droits constitutionnels qu'ils protègent »²⁷. En ce sens, la sanction des marchands de fruits et légumes provient d'une règle de droit national, qui a permis l'intégration de normes européennes. Elle ne provient pas directement du droit communautaire. Le cœur de la souveraineté semble donc préservé par cet étonnant tour de passe-passe²⁸.

C'est toutefois pour parvenir à préserver le principe de primauté communautaire que cet argumentaire sophistiqué a été mis en place. C'est la graine de la primauté qui a fait germer l'idée même des « lois constitutionnelles » dans un système juridique fondé précisément sur l'absence de hiérarchie entre les normes parlementaires²⁹. Il était donc tout à

²⁶ Les traductions de la décision sont issues de l'article précité d'Alexandre Guigue.

²⁷ « Nous devrions reconnaître une hiérarchie des lois du Parlement : il y a des lois « ordinaires » et des lois « constitutionnelles ». Les deux catégories doivent être distinguées pour des raisons de fond. À mon sens, une loi constitutionnelle a pour caractéristique (a) de conditionner la relation juridique entre les citoyens et l'Etat d'une façon générale et englobante, ou (b) d'élargir ou de réduire la portée de ce que nous considérerions comme des droits fondamentaux constitutionnels. (a) et (b) sont nécessairement reliés : il est difficile d'envisager une situation dans laquelle un cas (a) n'est pas en même temps un cas (b). Le statut spécial de loi constitutionnelle suit le statut spécial des droits constitutionnels. Des exemples sont la *Magna Carta*, le *Bill of Rights* de 1689, le *Union Act*, les *Reform Acts* [...], le *Human Rights Act*, le *Scotland Act* de 1998 et le *Gouvernement of Wales Act* de 1998. Le ECA appartient clairement à cette famille. ». (Traduction A. Guigue).

²⁸ D'ailleurs comme le montre les décisions ultérieures, au Royaume-Uni, en cas de conflit entre normes « constitutionnelles » et droit communautaire, les juges ont eu tendance à faire prévaloir le droit national. Alexandre Guigue renvoie dans son article à Lord Reed dans l'affaire HS2, qui fait usage d'une terminologie semblable à celle des juges français: il utilise les termes d'identité d'ordre constitutionnel national « *the identity of the national constitutional order* ». Cela n'est pas sans rappeler les termes d'identité constitutionnelle utilisée par le Conseil constitutionnel.

Comparer *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3 et Cons. cons. n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, R. p. 120 ; Cons. cons. n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, R. p. 313 ; Cons. cons. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, JO du 13 mai 2010, p.8897.

Sur ce thème voir aussi Jean-Philippe DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée Allemagne, France, Italie*, LGDJ, 2015, 626 p.

²⁹ Cela ne signifie pas que cette catégorie n'a pas été utilisée pour d'autres cas de figure, bien au contraire. L'idée a germé du conflit créé par la rencontre entre primauté communautaire et souveraineté parlementaire.

fait logique que ce soit à l'occasion de la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne, que les juges reprennent ce même argumentaire, et consacre ainsi la hiérarchie normative esquissée depuis 1991.

II/ La consécration de la hiérarchie normative, au moment de la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne

Le litige survenu au moment de la sortie de l'Union Européenne s'inscrit directement dans la lignée du contentieux britannique depuis l'affaire *Factortame* de 1991. Mais dans ces décisions les conséquences de la constitutionnalisation de l'acte d'intégration communautaire ont été explicitées de manière assez claire. D'une part, le caractère constitutionnel de l'acte de 1972 signifie qu'il faut une intervention explicite du Parlement pour son abrogation et que le référendum populaire ne peut donc pas être substitué à celui-ci (A). D'autre part, cela signifie que le gouvernement ne peut pas non plus remplacer le Parlement dans ce jeu institutionnel (B).

A/ Une souveraineté parlementaire intouchée par le référendum

« Les juges contre le peuple » pouvait-on lire dans la presse britannique, ce 3 novembre 2016.

Quelques heures après que la *High Court* ait refusé de reconnaître une valeur obligatoire au référendum relatif au maintien ou à la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne, une véritable vendetta médiatique a été déclenchée par les tabloïds britanniques. Accusant les juges de ne pas tenir compte de la volonté du peuple britannique, les journalistes ont considérés que « les juges contre le peuple » (*The Daily Telegraph*) étaient les « ennemis du peuple » (*The Daily Mail*), qui déchaineraient nécessairement la « furie » des 17,4 millions de votants favorables au 'Brexit' (*The Sun*).

Saisis par des partisans du 'remain', les juges de la Haute Cour avaient en effet refusé de reconnaître une valeur obligatoire au référendum du 23 juin. Dans cet arrêt de 2016,

Mais elle a rapidement été mise en œuvre par les juges dans d'autres configurations. Ainsi, peu de temps après l'affaire *Thoburn*, la Chambre des Lords a eu à se prononcer sur un cas impliquant le *Northern Ireland Act* de 1998. Cet acte ne figurait pas dans la liste des exemples de lois constitutionnelles données par Laws, mais cela n'a pas empêché Lord Bingham dans cette affaire de déclarer que cet acte faisait parti de la Constitution. (*Robinson v. Secretary of State for Northern Ireland* [2002] UKHL 32, at 11)

De même dans une autre décision relative au *Scotland Act* de 1998, Lord Hope a déclaré que cet acte avait mis en place un dispositif de « nature constitutionnelle », ce qui signifiait que seule une abrogation expresse pouvait y mettre un terme. (*H v. Lord Advocate* [2012] UKSC 24, at 30).

aucune force contraignante n'a été reconnue à l'expression populaire directe. Les juges ont au contraire affirmé que le seul souverain reconnu en droit britannique était le Parlement et non la « nation » britannique. Selon eux, le référendum ne pourrait jamais avoir de valeur juridique au Royaume-Uni, à moins que le Parlement en ait expressément décidé autrement. L'argumentaire développé par les juges, fondé sur le phrasé du *European Union Referendum Act 2015*, avait vocation à prouver que le Parlement n'avait pas eu l'intention de reconnaître une valeur obligatoire au vote populaire du 23 juin 2016. Selon les auteurs de la décision *Miller*, le contexte politique dans lequel le référendum avait été adopté, allait d'ailleurs en ce sens. Il leur paraissait clair que le Parlement ne pouvait avoir voulu donner une valeur contraignante à ce référendum, puisque la mise en œuvre d'une éventuelle sortie de l'Union Européenne requérait de décider des points de droit essentiels avant de procéder au retrait³⁰.

Les arguments développés par les juges de la Haute Cour semblent de prime abord cohérents avec la doctrine classique de la souveraineté parlementaire, telle que présentée par le juriste Dicey dès 1885, dans son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Contrairement au Parlement français, dont la majorité de la doctrine française considère traditionnellement qu'il « représente » le véritable souverain qu'est la « nation », le Parlement de Westminster est pensé par la majeure partie des juristes britanniques comme étant l'unique dépositaire de la « souveraineté ». Parce qu'il représente l'alliance entre le monarque, la Chambre des Pairs et la Chambre des Communs, le Parlement britannique peut dès lors faire et défaire le droit comme bon lui semble, et ce sans tenir compte de l'avis des citoyens britannique. En citant le juriste Dicey pour appuyer l'idée qu'un référendum aurait toujours une valeur consultative (*'advisory effect only'*), les juges de la Haute Cour semblaient prendre le parti de réaffirmer cette version classique de la souveraineté parlementaire, tout en soulignant, de manière paradoxale, pour justifier la mise à l'écart du gouvernement, que la légitimité du Parlement provenait de l'élection de ses membres par les citoyens.

Mais l'on sait qu'en réalité les juges britanniques, depuis l'affaire *Factortame*, considèrent que la « souveraineté parlementaire » a été « constitutionnalisée » et donc limitée par les juges. En appel de la décision de la Haute Cour, Lord Neuberger, président de la Cour

³⁰ Reconnaître une valeur obligatoire au référendum aurait conduit à laisser les citoyens britanniques à trancher sur des questions aussi délicates.

Les remarques des journalistes de tabloïds à propos de l'indifférence des juges à l'égard du « peuple » ne sont donc pas clairement justifiées. Si l'on peut déplorer les *conséquences* politiques de cette décision, on ne peut considérer que le jugement de novembre 2016 soit une décision purement politique. Le choix interprétatif fait par les juges est en effet la résultante de considérations théoriques sur le système juridique et non un choix politique en faveur de l'Union Européenne ou un désaveu des citoyens britanniques.

suprême et auteur de l'opinion majoritaire, a ainsi pris le soin de donner une longue leçon de droit constitutionnel dans la décision du 24 janvier, reprenant l'idée amorcée par la décision *Factortame* en 1991 et explicitée par Sir John Laws dans la décision *Thoburn* de 2002. Il explicite les conséquences de cette nouvelle doctrine, en rappelant qu'il existe, parmi les actes adoptés par le Parlement, des règles de rang « constitutionnel » ('*constitutional statute*') qui ne peuvent être modifiées ou abrogées par le Parlement que de manière explicite³¹. Suite à la décision de la *High Court*, favorable à l'intervention parlementaire, la majorité de la Cour Suprême a donc tranché, en appel, dans le même sens : pas de 'Brexit' sans Parlement. C'est donc davantage en raison du caractère « constitutionnel » de l'acte de 1972 que du caractère consultatif du référendum, que les juges semblent avoir pris le parti de faire prévaloir le rôle du Parlement.

L'idée que les citoyens britanniques, par le biais du référendum, aient pu habiliter directement le gouvernement à agir, sans l'intervention nécessaire du Parlement, a été totalement écartée par les auteurs des décisions *Miller* du 3 novembre 2016³² et 24 janvier 2017³³. Au contraire le problème de droit identifié par les juges était celui du rôle à jouer par le Parlement dans la sortie de l'Union Européenne, et ce indépendamment des résultats du référendum du 23 juin. Les juges ont considéré que l'essentiel était de décider si la doctrine de la souveraineté parlementaire, en vertu de laquelle seul le Parlement peut faire et défaire le droit britannique, empêchait le gouvernement d'orchestrer la sortie de l'Union Européenne sans l'intervention préalable des parlementaires, ou si, au contraire, le gouvernement disposait d'une compétence indépendante – 'les prérogatives royales' – pour déclencher le retrait. La valeur du référendum dans cette équation semblait donc en réalité parfaitement indifférente, malgré l'indignation des journalistes.

Au fil d'un argumentaire assez complexe, les juges ont donc affirmé, que l'adhésion et la sortie devaient se faire de la même façon, et qu'il fallait donc que le Gouvernement accepte de passer sous les fourches caudines du Parlement s'il voulait sortir de l'Union Européenne. En procédant de la sorte, les juges ont confirmé que la souveraineté parlementaire britannique avait été constitutionnalisée.

³¹ Si cette contrainte peut sembler minime au lecteur français, les implications de ce changement ont été considérées comme révolutionnaires par certains auteurs britanniques. Voir notamment : William WADE, « Sovereignty - revolution or evolution? », *Public Law*, 1996.

³² *R (Miller) v. the Secretary Of State For Exiting The European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin).

³³ *R (Miller) v. the Secretary Of State For Exiting The European Union* [2017] UKSC 5.

B/ La confirmation d'une souveraineté parlementaire constitutionnalisée

Afin de trancher sur l'épineuse question de la répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement, il s'agissait, tout d'abord, de déterminer si la question du retrait de l'Union Européenne relevait de la sphère internationale ou si au contraire elle concernait principalement le droit national. De la réponse à cette question dépendait en effet le rôle attribué au Parlement ou au Gouvernement dans la procédure de retrait. S'il s'agissait d'une question de droit national, c'est au Parlement que revenait la mise en œuvre de l'Article 50, en vertu de la théorie de la « souveraineté parlementaire », qui implique un contrôle total du droit national par le Parlement. S'il s'agissait au contraire de droit international, c'est au Gouvernement que revenait le déclenchement de la procédure, en vertu du mécanisme des dites « prérogatives royales ». Ces dernières sont un « reliquat » de pouvoir royal, que le Gouvernement a hérité directement de la Couronne. Elles constituent l'arme juridique de prédilection des partisans du 'Brexit' car elles autorisent le Gouvernement à agir sans l'accord du Parlement, notamment lors de la signature de traités internationaux. Si les traités européens sont des traités comme les autres, l'usage des prérogatives est alors suffisant pour déclencher la procédure de retrait de l'Union européenne. Dans le camp des anti-'Brexit', favorable à l'intervention du Parlement, on souligne au contraire l'imbrication profonde du droit européen et du droit britannique. Sur la blogosphère et dans les tribunes, on brandit la souveraineté parlementaire, qui justifie la mise à l'écart du Gouvernement. La théorie de la souveraineté parlementaire implique en effet une mainmise absolue du Parlement sur la production du droit national. De ce fait, les ministres ne peuvent modifier le droit produit par le Parlement que s'ils bénéficient de l'accord explicite des parlementaires. Pour éviter une contradiction entre la souveraineté parlementaire et les décisions des ministres, l'usage des prérogatives royales a donc été progressivement banni de tous les domaines déjà couverts par la législation parlementaire. Si le droit de l'Union Européenne est devenu une partie intégrante du droit national, encadrée par les lois du Parlement de Westminster, alors les prérogatives royales ne peuvent être utilisées par le Gouvernement pour enclencher la procédure de retrait de l'Union Européenne. Une autorisation du Parlement est nécessaire pour permettre la sortie, prévue à l'article 50 du Traité de Lisbonne.

Au fil d'un argumentaire assez complexe, les juges ont donc d'abord écarté l'opinion selon laquelle la sortie de l'Union européenne n'était qu'une question de droit international. L'acte d'intégration, le *European Communities Act 1972*, avait servi de « canal conducteur » (selon une expression du Professeur Finnis citée par les juges) à l'introduction du droit

communautaire, créant des ramifications juridiques affectant profondément le droit national. C'est donc le rapport « dualiste » du Royaume-Uni à l'égard du droit international³⁴, couplé au principe de la souveraineté parlementaire, qui justifiait l'intervention du Parlement.

Les juges de la Cour suprême ont ainsi insisté sur le caractère particulier de la loi d'adhésion de 1972, en renvoyant aussi bien à la décision *Factortame* de 1991 qu'à l'affaire *Thoburn* de 2002. Tout d'abord concernant l'impossibilité d'abroger implicitement l'acte de 1972 qui garantit la primauté du droit communautaire, le juge Neuberger rappelle à la fois la formulation de la section 2 (4) et la décision de 1991³⁵. Ensuite, concernant le caractère « constitutionnel » de la loi de 1972, Lord Neuberger insiste sur l'opinion fondatrice de John Laws dans la décision *Thoburn*³⁶. Une fois établie et confirmée la spécificité de cet acte, qui appartient aux normes constitutionnelles, il était assez logique d'exiger une modification « constitutionnelle » de la loi de 1972.

Cette constitutionnalité a certes une texture très faible, puisqu'il n'y a en réalité qu'une exigence d'abrogation explicite en lieu et place d'une abrogation implicite. Il n'en demeure pas moins que le passage par un référendum ou par les prérogatives royales aurait été un contournement de la procédure constitutionnalisée par les juges depuis 1991. Cela explique donc l'argument développé par la suite : si l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union Européenne avait été orchestrée en 1972 par une loi du Parlement, de manière symétrique, les ministres ne pouvaient faire usage de leurs prérogatives pour enclencher la procédure de retrait. Un acte du Parlement était nécessaire pour que le gouvernement puisse enclencher la procédure de sortie. En résumé, l'adhésion et la sortie devaient se faire de la même façon, et il fallait donc que le Gouvernement accepte de passer sous les fourches caudines du Parlement s'il voulait sortir de l'Union Européenne.

*

³⁴ Le régime dualiste en droit international signifie que le droit international ne trouve à s'appliquer qu'une fois qu'il a été intégré en droit interne par un acte juridique national. C'est la conception qui prévaut au Royaume-Uni. L'intégration dans l'Union Européenne n'a été considérée comme effective qu'à compter de l'adoption du *European Communities Act* de 1972.

³⁵ « The primacy of EU law means that, unlike other rules of domestic law, EU law cannot be implicitly displaced by the mere enactment of legislation which is inconsistent with it. That is clear from the second part of section 2(4) of the 1972 Act and *Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603 ». (Lord Neuberger at 66).

³⁶ « The 1972 Act accordingly has a constitutional character, as discussed by Laws LJ in *Thoburn* cited above, paras 58-59, and by Lord Reed and Lords Neuberger and Mance in in *R (Buckinghamshire County Council) v Secretary of State for Transport* [2014] 1 WLR 324, paras 78 to 79 and 206 to 207 respectively. » (Lord Neuberger at 66).

On sait que suite à cette décision, le Parlement a effectivement voté la loi permettant au Gouvernement de procéder à la sortie de l'Union Européenne. Depuis le chaos et l'incertitude règne, comme le montre les dernières élections anticipées, provoquées par Theresa May. L'avenir du Royaume-Uni et de la relation entre ses diverses composantes est encore très flou et nul ne sait vraiment quel sera son statut d'État tiers. On ne sait pas non plus si les Ecossais ou les Irlandais resteront dans l'Union britannique après que le Royaume-Uni est quitté l'Union Européenne. Une désunion pour une autre attend peut-être les nations britanniques.

Avec une pointe d'ironie, on pourrait donc dire que seul la « Constitution » du Royaume-Uni est sortie renforcée de cette immense bataille juridico-politique. Le *European Communities Act* de 1972 a été une fois encore constitutionnalisé. Et le renvoi aux décisions précédentes reconnaissant la catégorie des « lois constitutionnelles » a confirmé, s'il le fallait, que la voie de la constitutionnalisation douce entamée par les juges en 1991 n'était pas prête de s'interrompre.