



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master de Droit public comparé**  
**Dirigé par Mme le Professeur Elisabeth Zoller**  
**2012**

***Les effets de l'intégration du droit  
de l'Union européenne  
sur la constitution du Royaume-Uni  
à la suite de l'arrêt Thoburn***

**Alexandre Hermet**

**Sous la direction de Mme Aurélie Duffy-Meunier**

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS – PARIS II

**Les effets de l'intégration du droit  
de l'Union européenne  
sur la constitution du Royaume-Uni  
à la suite de l'arrêt *Thoburn***

Mémoire présenté en vue de l'obtention du

**MASTER DROIT PUBLIC COMPARÉ**

par Alexandre HERMET

Sous la direction de

Mme Aurélie DUFFY-MEUNIER

Juin 2012

# Sommaire

<b>Remerciements</b> .....	1
<b>Abréviations</b> .....	2
<b>Introduction</b> .....	3
<b>Première partie : Une redéfinition des principes de la constitution britannique sous l'effet du droit de l'Union européenne</b> .....	13
<b>Chapitre 1 : Une remise en cause de la conception classique de la souveraineté du parlement</b> .....	16
Section 1 : La souveraineté du Parlement confrontée à la primauté du droit de l'Union européenne.....	17
Section 2 : L'équilibre novateur proposé par l'arrêt <i>Thoburn</i> .....	25
<b>Chapitre 2 : Une réévaluation de la <i>rule of law</i> par le renforcement des pouvoirs des juges</b> .....	31
Section 1 : L'acceptation d'un véritable contrôle de la loi au regard du droit de l'Union européenne.....	32
Section 2 : La question d'un possible contrôle de constitutionnalité.....	39
<b>Deuxième Partie : Une volonté de formalisation de la constitution britannique à partir du droit de l'Union européenne</b> .....	47
<b>Chapitre 1 : L'instauration problématique de lois constitutionnelles</b> .....	50
Section 1. Les incertitudes de la catégorie des lois constitutionnelles.....	51
Section 2. Les faibles caractéristiques des lois constitutionnelles.....	58
<b>Chapitre 2. Une illustration du constitutionnalisme de <i>common law</i></b> .....	64
Section 1. La renaissance du constitutionnalisme de <i>common law</i> .....	65
Section 2. La faible mise en pratique du constitutionnalisme de <i>common law</i> .....	71
<b>Conclusion</b> .....	77
<b>Annexes</b> .....	79
Annexe 1 : Arrêt <i>Thoburn</i> .....	80
Annexe 2 : Dispositions pertinentes du <i>EC Act</i> .....	113
<b>Bibliographie</b> .....	116

## Remerciements

À Mme Aurélie DUFFY-MEUNIER, pour avoir accepté de diriger ce mémoire, m'avoir proposé un sujet correspondant à mes domaines d'intérêts, et pour sa disponibilité, son écoute attentive et ses conseils précieux, merci.

## Abréviations

Conv. EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

*EC Act : European Communities Act*

*Ibid : Ibidem*

*Id. : idem*

*LQR : Law Quarterly review*

*op. cit. : opus citatum*

*PL : Public law*

RFDC : Revue française de Droit constitutionnel

s. : suivant(e)s

## Introduction.

L'opinion commune française présente aisément le Royaume-Uni comme un pays réticent à l'idée de construction européenne, et ce n'est certainement pas les récentes prises de position du gouvernement britannique que la contrediront<sup>1</sup>. Cependant, ce constat est moins prégnant si l'on observe l'œuvre des juges britanniques, qui ont été amenés à appliquer le droit de l'Union européenne – anciennement droit communautaire<sup>2</sup> – a des situations concrètes. De profondes concessions ont alors été faites, en particulier concernant le principe le plus fondamental du droit constitutionnel britannique que constitue la souveraineté du Parlement. Certaines décisions judiciaires sont même particulièrement audacieuses en matière d'intégration du droit de l'Union européenne dans l'ordre juridique britannique.

Cette intégration correspond à la mise en application du droit de l'Union européenne au sein de l'ordre juridique britannique. Cette tâche appartient aux États, qui ont les pouvoirs d'exécution du droit de l'Union, en vertu du principe d'administration indirecte, et qui doivent le faire respecter. De plus, il est constant dans la jurisprudence de la Cour de Justice de

---

1 Voir par exemple les déclarations de David CAMERON, Premier Ministre, à l'occasion du refus du Royaume-Uni de signer le « pacte de stabilité » : « Europe : le saut très périlleux de David Cameron », *Le Nouvel Observateur*, 12 décembre 2011, ou encore ses déclarations concernant l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux : « Menace sur la Cour européenne des droits de l'homme », *Le Monde*, 28 octobre 2011, [http://www.lemonde.fr/europe/article/2011/10/28/menaces-sur-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme\\_1595528\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/article/2011/10/28/menaces-sur-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme_1595528_3214.html) .

2 Lors de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les communautés européennes ont été en partie dissolues par l'Union européenne. Le terme « droit de l'Union européenne » sera donc utilisé de manière générique lorsque les propos concernent l'ordre juridique issu de l'Union européenne, mais l'appellation « droit communautaire » sera conservée lorsqu'il sera fait référence à une situation antérieure au traité de Lisbonne.

l'Union européenne, ex-Cour de Justice des Communautés européennes<sup>3</sup>, que le droit de l'Union européenne prime tout le droit interne, même constitutionnel<sup>4</sup>. Ce principe de primauté est certainement celui qui a été le plus difficile à intégrer par les États, créant souvent des conflits entre deux ordres juridiques se voulant suprêmes, dans la mesure où chacun présuppose sa propre primauté. Le Royaume-Uni ne fait pas exception à cette règle, et ce « conflit de primautés » y revêt une coloration particulière du fait de la spécificité de la constitution britannique.

Il s'agit en effet d'analyser les effets de cette intégration sur la Constitution du Royaume-Uni. Cette dernière est cependant difficilement définissable, car elle n'est pas formalisée. Selon le constitutionnaliste anglais DICEY, elle est formée de deux grands principes, la souveraineté du Parlement et la *rule of law*, le premier primant le second<sup>5</sup>. À ceux-ci s'ajoutent des usages politiques, les conventions de la constitution, qui ne font pas partie du droit constitutionnel strict (« *strict law* ») et ne peuvent donc pas ouvrir un recours en justice<sup>6</sup>. C'est ainsi définie que sera envisagée la constitution du Royaume-Uni, étant entendu que les questions abordées sont purement normatives et ne concernent pas les usages politiques, mais au contraire des décisions judiciaires. Ainsi les conventions de la constitution ne seront pas traitées avec autant d'importance que la souveraineté du Parlement et la *rule of law*.

C'est dans l'absence de texte écrit unique et formalisé que réside l'intérêt de cette étude : là où une constitution écrite apporte souvent des solutions aux conflits d'ordres juridiques, comme les articles 54 et 55 de la Constitution française, la constitution du

---

3 Depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Cf. note 2.

4 Voir les arrêts : CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Costa c. ENEL*, *Recueil de jurisprudence, édition française* pp. 1158–1160 et CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelgesellschaft*, *Recueil de jurisprudence, édition française*, p. 1125.

5 DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan, 8<sup>ème</sup> éd., Londres, 1915, réimp. : Liberty Fund, Indianapolis, 1982, p. 268.

6 LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, coll. Droit fondamental, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, §133, pp. 460 s.

Royaume-Uni ne peut pas comporter de dispositions similaires. La constitution est majoritairement formée d'usages, et s'il n'y a pas de texte constitutionnel unique c'est tout simplement parce que la conception formelle de la constitution est étrangère au système juridique britannique, du moins jusqu'à l'arrêt *Thoburn*. L'idée de hiérarchie impliquée par l'approche formelle de la constitution n'existe pas : les textes qui matériellement relèvent du domaine constitutionnel sont des lois du Parlement<sup>7</sup> ou de simples *Bills*<sup>8</sup>. Il n'existe donc pas de règles qui permettent de solutionner les conflits nés des rapports entre ordres juridiques. Il revient donc au juge de trancher ce point.

Par conséquent, l'approche adoptée sera essentiellement jurisprudentielle, dans le sens où il s'agira surtout d'étudier l'approche adoptée par les juges britanniques à propos des effets de l'intégration du droit de l'Union européenne sur la constitution. Le point de départ de cette réflexion est l'arrêt *Thoburn* de la *High Court*<sup>9</sup>.

Les faits de cette affaire concernent un commerçant de la ville de Sunderland, marchand de fruits et légumes, qui continuait à peser ses produits avec une balance fonctionnant uniquement avec les unités de mesures impériales, et non les unités du système métrique. Il violait ainsi le *Weights and Measures Act* (Loi sur les poids et mesures) de 1985<sup>10</sup>, amendé en 1994<sup>11</sup> et 2001<sup>12</sup> de manière à transposer une directive européenne<sup>13</sup> rapprochant les législations des États membres relatives aux unités de mesure<sup>14</sup>. Ainsi amendée, le *Weights*

7 Dans la suite de cette étude, la référence aux lois ou à la législation britannique renverra seulement aux lois adoptées par le Parlement, c'est à dire les *acts* formant la *statute law*, parfois appelée *primary legislation*. Les actes du pouvoir exécutifs, parfois appelés *secondary legislation* ne seront jamais désignés ici sous le vocable « loi » ou « législation ».

8 Texte qui n'a pas été adopté par les trois organes constituant le Parlement : la Chambre des Communes, la Chambre des Lords et le monarque, mais seulement par certain d'entre eux.

9 *Thoburn v. Sunderland City Council*, Quenn's Bench Divisionnal Court, 18 février 2002, [2001] EWCH Admin 934, [2002] 3 WLR 247. Désormais *Thuborn v. Sunderland City Council*. Une copie de cett arrêt est en annexe du présent mémoire (Annexe n°1).

10 1985 CHAPTER 72

11 *Weights and Measures Act 1985 [Metrication] [Amendement] Order 1994, Units of Measurement Regulations 1994*.

12 *Units of Measurement Regulations 2001*.

13 Directive 80/181/CE du Conseil du 20 décembre 1979, modifiée par la directive 1999/103/CE du 24 janvier 2000.

14 Concernant les textes en cause dans cette affaire, voir : WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, thèse, LGDJ, 2010,



*and Measures Act* imposait l'usage du système métrique. Pour cette violation, Steeve Thoburn a été condamné par la *Sunderland Magistrates Court*, en avril 2001.

Cette affaire prit une importance considérable lorsqu'il entreprit un appel devant la *High Court*, dans lequel il fut rejoint par quatre autres commerçants condamnés pour le même motif que lui. Devenant rapidement politique et médiatisée, elle raviva le débat sur l'ingérence du droit de l'Union européenne au sein du Royaume-Uni, Steeve Thoburn et les autres appelants ayant reçu le surnom de martyrs du système métrique (« metric martyrs »)<sup>15</sup>.

Leurs arguments reposaient sur l'idée que l'adoption du *Weights and Measures Act* de 1985 avait implicitement abrogé la section 2 (2) du *European Communities Act* de 1972<sup>16</sup>. Cette section permet la modification du droit britannique par un acte du gouvernement, lorsqu'il s'agit d'adapter le droit britannique au droit de l'Union européenne, auparavant droit communautaire. Il s'agit ainsi d'une clause dite « Henry VIII »<sup>17</sup>, permettant au pouvoir exécutif de modifier ou d'abroger une loi à l'unique condition que cette dernière l'autorise expressément. Cette abrogation résulterait de l'adoption même de la loi de 1985 : cette dernière marquerait la volonté du Parlement de recouvrer la compétence déléguée au travers de cette clause « Henry VIII », cette dernière serait donc implicitement abrogée. Les deux modifications du *Weights and Measures Act* de 1994 et 2001 ayant été faites par des réglementations du pouvoir exécutif – *regulations* – adoptées en vertu de cette section du *EC Act*, l'abrogation implicite de cette section par la Loi de 1985 aurait eu pour effet de rendre ces actes de l'exécutif illégaux. Ainsi les commerçants soulevaient deux arguments<sup>18</sup> : le premier se basait sur cette doctrine de l'abrogation implicite. Comme le souligne Rachel WASS-NOCQUET, une importante question de droit constitutionnel était ainsi soulevée : « le

---

pp. 261-262, §452.

15 WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, op. cit., p. 262, § 452 et note 1039.

16 Dorénavant abrégé *EC Act*. Les disposition pertinentes de cette lois sont en annexe (Annexe n°2).

17 Du nom du premier Roi qui en fit application : Henry VIII, 1491-1547, Roi d'Angleterre de 1509 à 1547.

18 MARSHALL Geoffrey, « Metric Measures and Martyrdom by Henry VIII clause », *The Law Quarterly Review*, Vol. 118, oct. 2002, p. 494.

*European Communities Act* de 1972 peut-il être implicitement abrogé par une loi postérieure ? »<sup>19</sup>.

Les villes défenderesses rétorquaient que l'appartenance du Royaume-Uni aux Communautés européennes impliquait sa soumission à la primauté du droit communautaire ainsi que l'exige la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>20</sup>. Par conséquent la directive devait être appliquée.

Le second argument se fondait sur la clause dite « Henry VIII ». Selon les commerçants, une telle clause ne peut agir que pour modifier la législation existante au moment de l'adoption de ladite clause. Donc en l'espèce le gouvernement ne pouvait pas modifier une loi de 1985 par le biais d'une clause « Henry VIII » contenue dans le *EC Act* de 1972.

Ce second argument sera vite rejeté par Sir John LAWS, selon qui « il n'y a pas d'incohérence entre une disposition créant un pouvoir Henry VIII pour amender la législation future, et les termes d'une telle législation future »<sup>21</sup>. La présente étude ne traitera de cette question que dans la mesure où elle se rapporte à son sujet, à savoir les effets constitutionnels de l'intégration du droit de l'Union européenne au Royaume-Uni<sup>22</sup>. Il sera en revanche très largement question de l'argument basé sur la théorie de l'abrogation implicite, qui est au centre de ce sujet, car la lecture qu'en fait le *Lord Justice LAWS* est très constitutionnelle. Il souligne en effet que cette affaire soulève des questions éminemment constitutionnelles, au premier rang desquelles celle de la souveraineté du Parlement britannique<sup>23</sup>.

La question était donc celle de la conciliation du droit de l'Union européenne avec la

---

19 WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, thèse, LGDJ, 2010, p. 262, § 454.

20 Voir en particulier l'arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Costa c. ENEL*, *Recueil de jurisprudence*, édition française pp. 1158 – 1160.

21 *Thuborn v. Sunderland City Council*, §50.

22 Sur ce point, il pourra en revanche être consulté la note de Geoffrey MARSHALL sur l'arrêt *Thuborn* : MARSHALL Geoffrey, « Metric Measures and Martyrdom by Henry VIII clause », *The Law Quarterly Review*, Vol. 118, oct. 2002, pp. 493–502.

23 *Thuborn v. Sunderland City Council*, §1.

constitution britannique. Cette question avait déjà été posée par le passé, notamment à deux reprises qui méritent d'être ici rappelées.

En premier lieu en 1972, lors de l'adhésion au traité de la Communauté économique européenne. Le Parlement a rendu applicable le Traité de Rome du 25 mars 1957 en adoptant le *EC Act* le 17 octobre 1972. Cet acte régit donc l'application du droit de l'Union européenne dans l'ordre juridique britannique. Or cela implique que le principe de primauté du droit de l'Union soit aussi intégré dans cet ordre juridique, ce qui se heurte inévitablement à des principes fondamentaux de la constitution britannique, en particulier la souveraineté du Parlement. En réalité, lors de l'élaboration du *EC Act*, le Gouvernement s'est contenté d'affirmer que cette souveraineté reste plénière, sans chercher à résoudre la contradiction avec le principe de primauté du droit de l'Union<sup>24</sup>. La question de la conciliation du droit de l'Union européenne avec les principes constitutionnels britanniques est donc restée entière.

En second lieu l'affaire *Factortame* va apporter pour la première fois un début de solution à ce problème. Il était question d'une loi irrémédiablement contraire à une disposition du droit de l'Union européenne. Dans le deuxième arrêt rendu dans cette affaire, la Chambre des Lords a accepté de suspendre la loi et imposé une injonction temporaire pour qu'elle ne soit pas appliquée par les autorités publiques<sup>25</sup>. Mais cet arrêt n'est pas très disert sur la conciliation entre droit de l'Union européenne et Constitution britannique. La Cour a suivi la réponse qu'avait rendu la Cour de Justice des Communautés européennes à une de ses questions préjudicielles, laquelle affirmait que les juridictions nationales devaient faire primer le droit communautaire en écartant si besoin des dispositions nationales contraires. La Chambre des Lords a suivi cette réponse sans élaborer une véritable théorie qui permette de concilier cette primauté du droit de l'Union européenne avec les principes de la Constitution britannique.

---

24 DUFFY Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, LGDJ – Fondation Varenne, 2007, p.405.

25 *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (N°2)* [1991] 1 AC 603, [1991] 1 All ER 70.

C'est à cet égard de l'arrêt *Thoburn* est digne d'intérêt, car le juge LAWS y développe une théorie cohérente afin de concilier les deux principes de suprématie que sont la primauté du droit de l'Union européenne et la souveraineté du Parlement.

Ainsi, dans la seule opinion motivée de l'arrêt, que le juge CRANE n'a fait qu'approuver, le juge LAWS donne une solution particulièrement novatrice qu'il résume aux paragraphes 69 et 70 de l'arrêt :

« 69. Dans mon opinion (comme il est maintenant clair) l'analyse correcte de cette relation implique et requiert les quatre propositions suivantes. (1) Tous les droits et obligations spécifiques créés par le droit de l'Union européenne sont par le *EC Act* incorporés dans notre droit interne et ont un rang suprême : c'est à dire que tout dans notre droit substantiel d'incompatible avec n'importe lequel de ces droits et obligations est abrogé ou doit être modifié pour éviter l'incompatibilité. Ceci est vrai même quand la disposition de droit interne incompatible est contenue dans la législation primaire [les lois du Parlement]. (2) Le *EC Act* est une loi constitutionnelle [*constitutional statute*] : c'est à dire, il ne peut être implicitement abrogé [*impliedly repealed*]. (3) L'exactitude de (2) découle, non du droit de l'Union européenne, mais uniquement du droit de l'Angleterre [*law of England*] : la *common law* reconnaît une catégorie de loi constitutionnelle. (4) La base juridique fondamentale de la relation du Royaume-Uni avec l'Union européenne repose sur les pouvoirs juridiques internes, et non européens. Dans l'éventualité, qui sans doute n'advientra jamais dans le monde réel, qu'une mesure européenne serait vue comme étant incompatible avec un droit fondamental ou constitutionnel garanti par le droit de d'Angleterre [*law of England*], la question se poserait de savoir si les termes généraux du *EC Act* sont suffisants pour incorporer la mesure et lui donner un effet supérieur en droit interne. Mais ceci est très loin de cette affaire.

70. Je considère que l'équilibre posé par ces quatre propositions donne tout leur poids tant à la propre suprématie du droit communautaire qu'à la propre suprématie du Parlement du Royaume-Uni. Par la première, je veux dire la suprématie du droit communautaire *substantiel*. Par la seconde, je veux dire la suprématie du *fondement* juridique au sein duquel ces dispositions substantielles

jouissent de leur primauté. La première est garantie par les propositions (1) et (2). La seconde est garantie par les propositions (3) et (4). Si cet équilibre est compris, il sera observé que ces deux suprématies sont en harmonie, et non pas en conflit. L'argument de M. SHRIMPSON est faux parce qu'il saperait la première suprématie ; l'argument de Mlle SHARPSTON parce qu'il saperait la seconde. »<sup>26</sup>

Cette affaire *Thoburn* est intéressante à plus d'un titre. En premier lieu, elle fait figure de dernière solution innovante proposée par les Cours britanniques sur la question<sup>27</sup>, et n'a pourtant été que très peu commentée en français. Seule une chronique sur la jurisprudence britannique lui a consacré quelques lignes en 2003<sup>28</sup>. Toutefois, plusieurs thèses ont récemment repris cet arrêt et ont apporté d'importantes réflexions sur la solution proposée par le juge LAWS<sup>29</sup>.

L'intérêt de cet arrêt ne réside donc pas dans sa portée pratique, car celle-ci est pour le moins réduite. En premier lieu parce que l'affaire n'a jamais été jugé par une Cour supérieure, la Chambre des Lords ayant refusé de juger l'appel qui avait été interjeté devant elle<sup>30</sup>, et un recours a été porté devant la Cour européenne des droits de l'Homme, lequel a été déclaré irrecevable<sup>31</sup>. Ensuite, parce que cet arrêt ne constitue pas un précédent faisant référence, la « *leading decision* » restant, selon un auteur écrivant en 2011, le second arrêt rendu par la Chambre des Lords dans l'affaire *Factotame*<sup>32</sup>. L'intérêt de cet arrêt est double. D'une part il aborde des questions juridiques soulevées par la construction européenne, et plus généralement l'internationalisation du droit public, face aux principes constitutionnels

---

26 *Thoburn v. Sunderland City Council*, §69-70. NB. : dans la présente étude les traductions sont, sauf indication contraire, de l'auteur.

27 CRAIG Paul, « Britain in the European Union » in JOWELL Jeffrey et OLIVER Dawn, *The Changing constitution*, Oxford University Press, 2011, pp.114 et s.

28 DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, GRIEF Nicolas et SAULNIER Emmanuelle, « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques », *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2003 p.471.

29 Voir, par exemple : DUFFY Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, op. cit., NGUYÊN-DUY Iris, *La souveraineté du Parlement britannique*, L'Harmattan, Paris, 2011, et WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, op. cit.

30 Le 16 juillet 2002. Voir ELIOTT Mark, « Embracing "Constitutional" legislation : Towards fundamental law ? », *NILQ*, Vol. 54, N°1, p.26

31 Affaire déclaré irrecevable le 12 février 2004, demande n° 30614/02 THOBURN v. United Kingdom

32 CRAIG Paul, « Britain in the European Union », in JOWELL Jeffrey et DAWN Oliver, *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 7ème éd., 2011, p.114.

britanniques. D'autre part, la solution proposée par le juge LAWS est particulièrement novatrice, et c'est en ce sens qu'elle mérite l'attention. Ainsi, cet arrêt peut être étudié comme un véritable texte de doctrine<sup>33</sup>.

Émerge alors la question de savoir en quoi cet arrêt révèle-t-il une montée en force des cours de justice en soulevant les questions qui tourmentent le droit constitutionnel britannique contemporain dans sa recherche d'une conciliation entre la construction européenne et les principes constitutionnels britanniques.

Le raisonnement sera donc traversé par la question de fond de savoir comment le système britannique cherche à conserver ses fondements, face à un droit de l'Union européenne agressif – bien plus que celui de la Conv. EDH. L'ambition n'est pas de dire si le droit anglais résiste au droit de l'Union européenne, car, comme les autres pays européens, il a abandonné, et continue d'abandonner certaines de ses particularités au profit de l'harmonisation européenne. Il s'agit plutôt de voir comment l'ordre constitutionnel britannique innove pour adapter ces concessions, et, en somme, les incorporer. L'arrêt *Thuborn* est en ce sens particulièrement révélateur.

Le premier effet de l'intégration du droit de l'Union européenne sur la constitution britannique est une redéfinition des principes de celle-ci. Si l'on se réfère à DICEY<sup>34</sup>, comme il est d'usage, ceux-ci sont au nombre de deux : la souveraineté du Parlement, et la *rule of law*. Ceux-ci sont redéfinis sous l'impact de la construction européenne dans le sens d'une montée en puissance des juges, comme le montre parfaitement l'arrêt *Thuborn*. C'est pour tenter d'expliquer cette évolution qu'une volonté de formaliser la constitution britannique est apparue. Ainsi, Sir John LAWS, dans l'arrêt *Thuborn*, distingue à côté des lois ordinaires des lois constitutionnelles. Cette volonté de formaliser la constitution britannique par la *common law* fait partie d'un mouvement plus large dans le constitutionnalisme britannique.

---

33 C'est la position adoptée par WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'oeuvre juridictionnelle*, op. cit., pp.216 et s.

34 DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit.

Ainsi les effets de l'intégration du droit de l'Union européenne sur la constitution du Royaume-Uni seront étudiés sous deux axes différents qui ressortent de l'arrêt *Thoburn*. En premier lieu il sera analysé ces effets concernant les deux principes sur lesquels DICEY asseyait la Constitution britannique (Première Partie). Dans un second temps il conviendra d'étudier la théorie avancée dans l'arrêt *Thoburn* pour expliquer ces effets sur les deux fondements de la constitution britannique. Cette théorie n'est rien d'autre qu'une tentative de formalisation de la constitution britannique (Seconde Partie).

**Première partie : Une redéfinition des  
principes de la constitution  
britannique sous l'effet du droit de  
l'Union européenne.**



L'arrêt *Thoburn* soulève beaucoup de contradictions entre le droit de l'Union européenne et la constitution du Royaume-Uni. Les Cours de justice britanniques ont tenté d'apporter des solutions à ces contradictions, ce qui les a amené à redéfinir les fondements de la constitution. Cette action créatrice des juges n'a rien d'étonnant dans un système où la constitution est faite par le juge - « *judge-made constitution* » disait DICEY<sup>35</sup>. Cette redéfinition porte sur les deux principes de la constitution britannique identifiés par ce dernier : la souveraineté du Parlement et la *rule of Law*.

Le premier d'entre eux a été expressément pris en compte par les juges dans leurs opinions en l'affaire *Factortame*<sup>36</sup>. Il en est de même dans l'arrêt *Thoburn* : Sir John LAWS affirme clairement sa volonté de préserver le dogme de la souveraineté du Parlement. Cette question est certainement celle qui a donné le plus de grain à moudre aux juristes britanniques, cette souveraineté étant avant tout une suprématie juridique, elle s'est heurtée de plein fouet avec la construction européenne, et en particulier avec le principe de primauté du droit de l'Union européenne.

Selon DICEY, la souveraineté du Parlement est le principe le plus important, supérieur à celui de la *Rule of law*<sup>37</sup>, mais il reconnaissait toutefois que le Parlement devait respecter ce

---

35 DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 116.

36 *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No2)* [1991] 1 AC 603. Voir en particulier l'opinion de Lord BRIDGE.

37 DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 268 et s.

second principe, essentiel dans une démocratie qui refuse le despotisme<sup>38</sup>. Cette montée en puissance de la *rule of law* est précisément la conséquence de l'intégration du droit communautaire sur ces principes de la Constitution du Royaume-Uni, et dont l'arrêt *Thoburn* est très révélateur. Il peut en effet être constaté une remise en cause de la souveraineté du Parlement, du moins dans sa conception traditionnelle (Chapitre 1), au profit d'un accroissement du pouvoir des juges, c'est à dire de la *rule of law* (Chapitre 2).

---

38 JOWELL Jeffrey, « The rule of law and its underlying values », in JOWELL Jeffrey et OLIVER Dawn, *The Changing constitution*, Oxford University Press, 2011, pp.11-12.

# Chapitre 1 : Une remise en cause de la conception classique de la souveraineté du parlement.

Bien que son origine remonte au XVIII<sup>ème</sup> siècle avec la montée en puissance du Parlement face au pouvoir royal, la souveraineté du Parlement fut théorisée dans son état actuel à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle par Albert Venn DICEY, qui la définit ainsi :

« Le principe de la souveraineté parlementaire signifie rien de plus ou de moins que, précisément, le Parlement ainsi défini [la réunion des deux chambres et du monarque] a, sous la Constitution anglaise, le droit de faire ou de défaire n'importe quel droit [*law*] ; et, de plus, qu'aucune personne ou corps n'est reconnu par le droit [*law*] d'Angleterre comme ayant un droit [*right*] d'outrepasser ou d'ignorer la législation du Parlement. »<sup>39</sup>

Il s'agit donc d'une suprématie : le droit du Parlement prime tout autre droit anglais, le Parlement est donc souverain en ce sens qu'il peut tout faire – sauf changer un homme ne femme, selon le mot de DeLolme<sup>40</sup>.

Cette conception classique implique qu'un Parlement ne peut pas s'autolimiter, c'est à

---

39 DICEY Albert Venn, *Introduction to the study of the law of the constitution*, op. cit., pp. 3 et 4 : « The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament » .

40 Cité in TOCQUEVILLE (DE) Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Volume 1, Garnier-Flammarion, Paris, 1981, Note M , p. 559.

dire qu'il ne peut pas lier les Parlements futurs. C'est bien ce dernier principe qui est au cœur de l'affaire *Thoburn* : parmi les problèmes juridiques soulevés, il y a au premier rang la question de savoir si le Parlement de 1972, qui a adopté le *EC Act*, a lié ses successeurs. Autrement dit, la question est de savoir si le Parlement de 1985, en adoptant le *Weights and Measures Act* est revenu sur la loi de 1972.

Cette question est une facette la contradiction entre la souveraineté du Parlement et le droit de l'Union européenne. L'opposition entre ces deux principes de suprématie soulève en effet de nombreuses questions constitutionnelles au Royaume-Uni (Section 1). Face à cette contradiction, les juges ont du adopter une vision de la souveraineté du Parlement qui ne correspond plus à la conception traditionnelle soutenue entre autre par DICEY. C'est en cela que l'arrêt *Thoburn* est digne d'intérêt, car l'équilibre proposé par Sir John LAWS est particulièrement novateur (Section 2).

## **Section 1 : La souveraineté du Parlement confrontée à la primauté du droit de l'Union européenne**

Il s'agit d'une opposition entre deux principes de suprématie. Au premier regard, il semble y avoir une incompatibilité insurmontable entre la souveraineté du Parlement britannique et la primauté du droit de l'Union européenne. La primauté de ce dernier est intégré en droit britannique grâce au *EC Act*, qui contient une disposition à cet effet. Ce principe fait donc bel et bien partie des *statutes*, c'est à dire de la législation britannique (I). C'est en revanche aux cours de justice qu'il est revient la tâche difficile de trouver un équilibre entre deux ordres juridiques qui revendiquent l'un et l'autre leur souveraineté (II).

## **I. L'intégration du principe de primauté du droit de l'Union dans la législation britannique.**

Il s'agit d'étudier l'intégration par un ordre juridique de la primauté d'un autre : à partir de 1972, date à laquelle le Royaume-Uni est devenu membre des Communautés européennes, le droit de ces dernières avait vocation à s'appliquer dans le Royaume, comme dans tout autre État membre. Le principe de primauté du droit issu des communautés était une réalité depuis longtemps établie dans l'Europe des six, et qui conservera toute sa vigueur après les adhésions suivantes. C'est donc un principe dont le contenu a été défini par la Cour de Justice des Communautés européennes (1) qui a été intégré à la législation du Royaume-Uni (2).

### *1. Le contenu du principe de primauté du droit de l'Union européenne.*

Cette primauté a été appliquée très rapidement par la Cour de justice, dans le silence des Traités, et de la manière la plus absolue qui soit. Son raisonnement est fondé sur la spécificité des traités, par contraste par rapport au droit international classique<sup>41</sup>.

L'arrêt de principe en la matière a été rendu dans l'affaire *Costa c. ENEL*, et définit la primauté du droit de l'Union européenne ainsi : l'« intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ». La Cour poursuit en affirmant que « la

---

41 RIDEAU Joël, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6ème éd., 2010, p.1002, § 641.

prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables dans tout État membre » ; Que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve, serait sans portée si un État pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires »<sup>42</sup>. Il est donc clairement affirmé que la primauté du droit européen vaut dans tous les États membres, et ne concerne pas seulement les traités – qui constituent le droit communautaire primaire, mais aussi le droit dérivé et la jurisprudence de la Cour de Justice.

La Cour a, par la suite, affirmé que cette primauté valait sur tout le droit interne, même constitutionnel<sup>43</sup>. Ainsi la portée du droit communautaire ne pouvait aller sans influencer sur des aspects constitutionnels des droits nationaux. C'est l'ordonnement normatif même de chaque État membre qui est affecté par ce principe de primauté imposé par les institutions européennes. Dans la majorité des pays européens, cet ordonnement est dominé par des normes constitutionnelles, qui établissent une hiérarchie entre les différentes normes : au sommet se trouve la constitution, avec parfois le droit international, puis viennent ensuite les différentes législations et réglementations que peuvent connaître les États. La situation est radicalement différente au Royaume-Uni qui ne connaît pas une telle organisation constitutionnelle.

Dans les États continentaux, le principe de primauté du droit de l'Union européenne heurte la suprématie constitutionnelle. Au Royaume-Uni, c'est moins la suprématie de la constitution que la souveraineté du Parlement qui est en cause. Pour pouvoir remédier à cela, la première étape fut d'intégrer le droit de l'Union européenne par le biais d'une loi du Parlement. Le Royaume-Uni est en effet profondément dualiste, en raison de cette souveraineté parlementaire. Le *EC Act* de 1972 a donc été adopté afin de respecter cette

---

42 CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Costa c. ENEL*, *Recueil de jurisprudence, édition française*, pp. 1158 – 1160.

43 CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Recueil de jurisprudence, édition française*, p. 1125.

souveraineté.

## 2. La transcription du principe de primauté dans le *EC Act*.

Ce texte est au cœur des différends qui ont donné lieu à l'affaire *Thoburn*. Les dispositions pertinentes sont les premières citées dans l'opinion de Sir John LAWS, c'est à dire la section 2 de la Partie 1 (Dispositions générales) qui concerne la mise en application des Traités formant le droit primaire de l'Union européenne. Le premier paragraphe de cette section transpose en droit britannique le principe de primauté du droit de l'Union européenne :

« Section 2(1). Tous les droits [*rights*], pouvoirs, responsabilités, obligations et limitations à l'occasion créés ou survenant des ou sous les Traités, et tous recours et procédures éventuellement prévus par ou sous les traités, comme en dispose les traités sont sans autre promulgation pour leur donner effet juridique ou les utiliser au Royaume-Uni reconnus et valables en droit, et appliqués, autorisés et suivis en conséquence ; et l'expression "droit [*right*] de l'Union européenne"<sup>44</sup> applicable" et les expressions similaires seront lues comme se référant à l'une concernée par ces sous-sections »<sup>45</sup>

Le principe de primauté est donc accepté par le Royaume-Uni, et ce texte, dans une rédaction qui semble conçue pour englober toutes les situations qui pourraient survenir, cherche à faire bénéficier du principe de primauté du droit de l'Union européenne l'ensemble du droit dérivé.

Lors de l'adoption du *EC Act*, le Gouvernement avait assuré que cette loi ne remettait pas en cause le principe de souveraineté du Parlement<sup>46</sup>. Cette affirmation est logique car, suivant la conception traditionnelle de la souveraineté du Parlement, une loi ne peut lier un législateur futur. Cette exigence est respectée dès lors que le *EC Act* peut être abrogé à

---

44 Anciennement « droit communautaire », modifié le 1er décembre 2009 à la suite du Traité de Lisbonne.

45 Cf. Annexe 2.

46 Voir DUFFY Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p.405 §683, et NGUYÊN-DUY Iris, *La souveraineté du Parlement britannique*, *op. cit.*, pp. 438 et s.

n'importe quel moment par décision du Parlement.

Cependant cela ne permet pas de résoudre l'incompatibilité entre une loi du Parlement et le droit de l'Union européenne. Reste en effet la question de savoir si cette Section 2 (1) s'appliquent aux autres lois. Selon la conception classique de la souveraineté du Parlement, cela n'est pas possible. Mais selon la Cour de justice des Communautés européenne, la primauté du droit de l'Union concerne tout le droit interne<sup>47</sup>. En vertu de cette même section 2 (1), le principe de primauté du droit de l'Union européenne, y compris la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, s'applique au Royaume-Uni. Pour autant, si on lit cette disposition au travers du prisme de la conception classique de la souveraineté du Parlement, rien n'empêche une législation future de déroger au *EC Act*.

En définitive donc, le *EC Act* contribue plus à accroître la contradiction qu'à la résoudre. C'est donc aux juges anglais qu'il est échu la tâche de trouver un équilibre.

## **II. La nécessaire recherche d'un équilibre entre deux suprématies.**

Les juges anglais ont rapidement été confrontés à la nécessité de trouver un équilibre entre la souveraineté du Parlement et la primauté du droit de l'Union européenne. Deux affaires sont en cela particulièrement intéressantes. La première est très certainement l'affaire *Factortame*, et la seconde l'affaire *Thoburn*. Le travail des juges était alors de concilier deux principes apparemment inconciliables. Cela passait tout d'abord par une acceptation de la primauté du droit de l'Union européenne au détriment de la toute puissance de la loi du Parlement (1), ce qui a donné lieu à de profonds débats doctrinaux quant à souveraineté du Parlement, qui semblait être réduite à peau de chagrin (2).

---

<sup>47</sup> Affaires *Costa c. ENEL* et *Internationale Handelgesellschaft*, voir *supra*.



## 1. L'acceptation de la primauté du droit de l'Union sur une loi du Parlement

Dans l'affaire *Factortame*, la Chambre des lords était confrontée à la question d'une incompatibilité irréductible entre une loi du Parlement et le droit de l'Union. Elle ne pouvait plus, comme il lui était arrivé de le faire auparavant, interpréter la loi d'une manière conforme aux exigences communautaires pour résoudre la contradiction<sup>48</sup>. Dans le deuxième arrêt rendu dans l'affaire *Factortame*<sup>49</sup>, les Lords ont donc du, pour la première fois, ordonner l'inapplication de dispositions législatives adoptées par le Parlement et incompatibles avec le droit communautaire. Comme le souligne Mark ELIOTT<sup>50</sup>, il est étonnant que les Lords ne prennent que très peu la peine d'expliquer comment cette nouveauté – les juges refusant d'appliquer une loi – pourrait s'intégrer dans la théorie constitutionnelle britannique, et en particulier comment le principe de souveraineté parlementaire pourrait s'en accommoder. Seul Lord BRIDGE a considéré la question, dans l'unique opinion où des aspects de droit constitutionnel sont discutés<sup>51</sup>. Il rappelle que le principe de primauté du droit communautaire existait avant l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés, notamment dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Donc en 1972 le Parlement était parfaitement conscient de ce principe de primauté, la limitation de souveraineté du Parlement est donc volontaire<sup>52</sup>.

Hormis cette opinion, la décision *Factortame No2* laisse la question de la conciliation entre les deux suprématies entièrement ouverte. Peu d'éléments de réponse sont en effet donnés en ce qui concerne la situation de la souveraineté du Parlement, qui semble fortement

---

48 Par exemple : *Garland v British Rail Engineering Ltd* [1982] ICR 420, [1982] IRLR 111. Voir, sur cette jurisprudence appliquant la méthode de l'interprétation conforme : DUFFY Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, pp. 406-408 (§ 686-687) et NGUYÈN-DUY Iris, *La Souveraineté du Parlement britannique*, *op. cit.*, pp. 451 et s.

49 *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No2)* [1991] 1 AC 603.

50 ELIOTT Mark, « Embracing "Constitutional" legislation : Towards fundamental law ? », *Northern Ireland Law Quarterly*, Vol. 54, N°1, p.29.

51 WADE William, « Sovereignty – Revolution or evolution ? », *Law Quarterly Review*, octobre 1996, vol. 112, p.574.

52 *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No2)* [1991] 1 AC 603, au §658

amoindrie dès lors que les Cours ont ordonné l'inapplication de dispositions législatives.

Ce manque d'explication théorique, étonnant dans un système où les juges ont pour habitude de bien motiver leurs décisions, est d'autant plus prégnant que seulement deux ans après l'arrêt *Factortame No2*, la Chambre des Lords a rendu un arrêt dans l'affaire *Equal Opportunities Commission* dans lequel elle admet que les juges peuvent effectuer un contrôle abstrait des lois au regard du droit communautaire<sup>53</sup>.

Ainsi, les Cours de Justice du Royaume-Uni ont pleinement accepté la primauté du droit de l'Union. Mais cela ne pouvait pas aller sans attiser les débats doctrinaux sur la souveraineté du Parlement.

## 2. L'exacerbation des débats sur la souveraineté du Parlement.

L'affaire *Factortame* a donné lieu à un vaste débat doctrinal, sans que vienne émerger une théorie capable de concilier les deux principes de suprématie. Il sera ici question de voir comment la doctrine a-t-elle accepté ou justifié cette atteinte au principe de souveraineté du Parlement<sup>54</sup>. Cette question a donné l'occasion aux deux conceptions traditionnelles de la souveraineté du Parlement de s'opposer à nouveau.

D'un côté, l'« orthodoxie doctrinale »<sup>55</sup> en matière de souveraineté du Parlement, qui repose sur deux idées principales<sup>56</sup>. D'une part, les pouvoirs du Parlement sont absolus, dans le sens où il peut agir souverainement en toutes matières. D'autre part, cette souveraineté est

---

53 *Equal Opportunities Commission and another v. Secretary of State for Employment* [1994] All England Law Report 910. Cf. *infra*.

54 Ces différentes positions sont résumées dans ARMSTRONG Kenneth A., « United Kingdom – Divided on Sovereignty », in WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in transition. Essays in European law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2003, pp. 327-350. Voir aussi DUFFY Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, pp.411-416, et WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'oeuvre juridictionnelle*, *op. cit.*, pp. 250-261.

55 GUILLUY Thibault, « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision *Jackson* », *Jus Politicum*, N°6, 2001, disponible à l'adresse : <http://www.juspoliticum.com/Le-Parliament-Act-de-1911-a-t-il.html>, p. 5.

56 *Ibid.*

continue<sup>57</sup>, c'est à dire qu'un Parlement ne peut pas abandonner sa souveraineté, il ne peut donc pas lier ses successeurs qui resteront donc autant souverains qu'il l'est lui-même. Ainsi, William WADE, spécialiste de la souveraineté du Parlement, et défenseur d'une certaine orthodoxie en la matière, voit dans l'acceptation de la primauté du droit de l'Union européenne une « révolution »<sup>58</sup>, par ce que la solution de Lord BRIDGE accepte qu'un Parlement puisse contraindre ses successeurs.

D'autres auteurs sont partisans d'une autre conception. Ils sont souvent inspirés par la doctrine de la souveraineté du Parlement appelée « *new view* »<sup>59</sup>. Cette dernière s'oppose à la théorie de la souveraineté « continue » en admettant que « si la souveraineté du Parlement ne peut pas imposer de limitations substantives à ses successeurs, il peut les assujettir à des contraintes de manière et de forme [*constraints of manner and form*] »<sup>60</sup>. Cette *new view* s'oppose ainsi à la doctrine classique de DICEY et WADE. Ainsi, ces auteurs ne remettent pas en cause la doctrine classique de la souveraineté du Parlementaire, dont ils acceptent le caractère absolu, mais contestent sa dimension continue<sup>61</sup>.

Certains auteurs défendent ainsi une théorie de l'interprétation – *construction view*<sup>62</sup> – selon laquelle les lois du Parlement sont présumées conformes au droit de l'Union européenne, de sorte que les juges peuvent faire primer ce dernier sauf si le Parlement a expressément voulu le contraire<sup>63</sup>. Il s'agit là d'une limitation de souveraineté opposée à la

---

57 WADE H. W. R., « The basis of legal sovereignty », *Cambridge Law Journal*, vol. 13, 1955, p.174.

58 WADE H. W. R., « Sovereignty – Revolution or Evolution ? », *Law Quarterly Review*, vol. 112, 1996, p. 568.

59 Aussi appelée « *manner and form theory* ». Voir sur ce point ELIOTT Mark et THOMAS Robert, *Public Law*, Oxford University Press, 2011, p. 216. Ce dernier mentionne les deux auteurs les plus représentatifs : Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Londres, 1959, ch. 4, et HEUSTON R. F. V., *Essays in Constitutional Law*, Londres, 1964, ch. 1.

60 ELIOTT Mark, « Embracing "Constitutional" legislation : Towards fundamental law ? », *op. cit.*, p.36.

61 Le lien entre les auteurs contestant l'orthodoxie défendue par WADE et les théories identifiées sous l'appellation *new view* a été mis en évidence par WADE lui-même, dans son article « Sovereignty – Revolution or Evolution ? », *ibid.*, p.571. Voir aussi sur ce point : GUILLY Thibault, « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision *Jackson* », *op. cit.*, p. 10.

62 WADE H. W. R., « Sovereignty – Revolution or Evolution ? », *op. cit.*, p. 568.

63 NGUYÊN-DUY Iris, *La souveraineté du Parlement britannique*, *op. cit.*, p. 512, WADE H. W. R., « Sovereignty – Revolution or Evolution ? », *op. cit.*, p. 568. Voir aussi CRAIG Paul, « Sovereignty in the United Kingdom Parliament after Factortame », *Yearbook of European Law*, 1991, 221.

théorie classique de la souveraineté parlementaire<sup>64</sup>.

Ainsi, à la suite de l'affaire *Factortame*, deux explications<sup>65</sup> des transformations de la souveraineté du Parlement ont été avancées. En premier lieu celle des défenseurs de l'orthodoxie doctrinale, qui voient dans l'arrêt *Factortame No2* une véritable « révolution » dans le sens où la conception classique de la souveraineté du Parlement qu'ils défendent est remise en cause dans cet arrêt<sup>66</sup>. D'autre, en revanche, ont une conception différente de la souveraineté qui s'adapte mieux à l'évolution de l'affaire *Factortame*, cette dernière n'apparaissant donc que comme un « évolution »<sup>67</sup>.

Il reste que la souveraineté du Parlement semble toujours très vide. Il y a une contradiction qu'il est nécessaire de résoudre, comme va le tenter Sir John LAWS.

## **Section 2 : L'équilibre novateur proposé par l'arrêt *Thoburn*.**

L'arrêt *Thoburn* est rendu le 18 février 2002, soit plus de dix ans après l'affaire *Factortame* et sept après l'affaire *Equal Opportunities Commission*, et constitue le dernier apport notable des juges anglais sur cette question des changements constitutionnels impliqués par la construction européenne. Cet arrêt est particulièrement intéressant car Sir John LAWS y propose un nouvel équilibre entre les deux principes de suprématie afin de mettre ces deux derniers en « harmonie »<sup>68</sup> (I). Il se range ainsi du côté de la théorie de l'interprétation (II).

---

64 WADE H. W. R., « *Sovereignty – Revolution or Evolution ?* », *op. cit.*, p. 570

65 *Id.*, p. 568.

66 William WADE en est l'auteur le plus représentatif.

67 WADE H. W. R., « *Sovereignty – Revolution or Evolution ?* », *op. cit.*, p. 568 et s.

68 *Thoburn v. Sunderland City Council*, §70.

## I. Une volonté de trouver un équilibre « harmonieux ».

La position du juge LAWS veut préserver la souveraineté du Parlement (1), tout en acceptant que le droit de l'Union, tel qu'intégré par le *EC Act* soit à un rang supérieur aux autres lois du Parlement. Il utilise pour cela le terme « *entrenched* », qui peut être littéralement traduit par « retranché », mais dont la signification se rapproche plutôt de « enchassé »<sup>69</sup>, ou « consolidé » (2).

### 1. La réaffirmation de la souveraineté du Parlement

L'arrêt *Thoburn* semble être entièrement traversé par une volonté de préserver la souveraineté du Parlement. Mais il ne suit pas pour autant les arguments des commerçants.

Ceux-ci étaient exposés par leur avocat M. SHRIMPTON et reposaient sur la souveraineté du Parlement : selon lui, la loi de 1985 impliquait une abrogation du *EC Act*, parce qu'elle aurait interdit que la réglementation sur les poids et mesures soit édictée par le biais de la clause *Henry VIII* du *EC Act*<sup>70</sup>. Or les différents actes du pouvoir exécutif modifiant cette réglementation ont été adoptés en vertu de cette clause *Henry VIII*. La loi de 1985 serait donc incompatible (« *inconsistent* ») avec la section 2 (2) du *EC Act* car elle aurait implicitement abrogé cette dernière en interdisant la législation déléguée en matière de poids et mesures<sup>71</sup>. M. SHRIMPTON en conclu que les diverses actes de exécutif obligeant l'usage du système métrique sont dépourvu de base légale, et sont donc nuls. Comme il a déjà été dit, le juge LAWS va repousser cet argument, admettant ainsi la suprématie du droit de l'Union européenne.

---

69 Cette traduction est de Rachel WASS-NOCQUET dans : *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'oeuvre juridictionnelle*, op. cit., p. 263.

70 *Thuborn v. Sunderland City Council*, §39.

71 *Id.*

Cependant, il ne va avoir de cesse de préserver la souveraineté du Parlement. Il affirme en effet que le droit de l'Union n'est pas suprême de son propre fait, qu'il s'agisse droit primaire ou de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, mais en vertu de la *common law*. Les relations constitutionnelles entre l'Union européenne et le Royaume-Uni ne sont en effet pas définies à Bruxelles ou Luxembourg, comme le soutenait Eleanor SHARPSTON<sup>72</sup>, qui défendait le *Sunderland City Council*. Selon le juge LAWS, si le droit de l'Union européenne est bien « consolidé » [ *entrenched* ], cela n'est pas dû aux principes de l'ordre juridique de l'Union mais bel et bien à celui du Royaume-Uni. Il souligne en effet que « les conclusions de Mlle SHARPSTON oublient le rang constitutionnel dans notre droit de la règle selon laquelle le Parlement ne peut lier ses successeurs, dont procède la doctrine de l'abrogation implicite »<sup>73</sup>. Le droit de l'Union européenne ne peut être, pour le juge LAWS, à l'origine de sa propre « consolidation ». Ainsi, le juge LAWS rappelle en des termes dépourvus de toute ambiguïté la souveraineté du Parlement : « étant souverain, il ne peut abandonner sa souveraineté »<sup>74</sup>.

Selon le juge LAWS, le droit de l'Union, tel qu'intégré par le EC Act, est bien *entrenched*, non pas par l'effet de l'ordre juridique de l'Union, mais par l'effet de la *common law*. Il rejette ainsi tant les arguments de M. SHRIMPTON que ceux de Mlle SHARPSTON. Il va cependant être amené à concilier les deux principes de suprématie, et c'est sur ce point que son opinion est la plus novatrice.

## 2. *Le respect des deux principes de suprématie.*

La volonté du juge LAWS est de conférer à chacune des deux suprématie toute leur

---

72 *Thuborn v. Sunderland City Council*, §57.

73 *Id.*, §58.

74 *Id.*, §59.

plénitude<sup>75</sup>. Ainsi distingue-t-il le droit de l'Union européenne *substantiel*<sup>76</sup> qui prime le droit anglais, « du *fondement* juridique au sein duquel ces dispositions substantielles jouissent de leur primauté »<sup>77</sup>, ce fondement étant la souveraineté du Parlement.

Ainsi, selon le juge LAWS, « si cette balance est comprise, il sera observé que ces deux suprématies sont en harmonie, et non pas en conflit. L'argument de M. SHRIMPTON est faux parce qu'il saperait la première suprématie ; l'argument de Mlle SHARPSTON parce qu'il saperait la seconde. »<sup>78</sup>

La volonté du juge LAWS est donc clairement de parvenir à concilier l'existence de deux suprématies, sans qu'aucune des deux ne perde de leur plénitude. Ainsi, le premier apport notable de cet arrêt, selon Mark ELIOTT, est de donner « une explication du statut du droit communautaire au sein du système légal du Royaume-Uni qui est bien plus cohérente que toutes les offres judiciaires précédentes » en la matière<sup>79</sup>. Pour la première fois une base constitutionnelle est donnée à l'application par les juges britanniques du principe de primauté du Droit de l'Union européenne. Il adopte ainsi une conception novatrice de la souveraineté du Parlement.

## **II. L'insertion de l'arrêt *Thoburn* parmi les théories de la souveraineté du Parlement**

L'arrêt *Thuborn* participe du mouvement de redéfinition de la Souveraineté du

---

75 *Id.*, §70.

76 En italique dans le texte.

77 *Thuborn v. Sunderland City Council*, §70.

78 *Id.*

79 ELIOTT Mark, « Embracing "Constitutional" legislation : Towards fundamental law ? », *op. cit.*, p.40 : « it provides an explanation of of EC law's status within the UK legal system wich is far more coherent than any earlier judicial offering in this context ».

Parlement, mais tout en essayant de la préserver. C'est en cela que Sir John LAWS présente son jugement comme dérivant sur un équilibre harmonieux. C'est aussi pour cela qu'il est difficile à classer dans la doctrine britannique sur la souveraineté du Parlement. S'il semble adopter une conception classique de la souveraineté du Parlement (1), il y ajoute en réalité des éléments nouveaux (2).

### *1. L'affirmation d'une conception classique de la souveraineté parlementaire.*

Comme le souligne Mark ELIOTT, l'arrêt *Thoburn* adopte des vues qui relèvent parfois de la théorie classique de la Souveraineté du Parlement, héritée de DICEY et de WADE, et parfois de la *new view*<sup>80</sup>.

En ce qui concerne la première, c'est à dire la conception classique de la Souveraineté, le paragraphe 59 est particulièrement révélateur :

« Le Parlement ne peut pas lier ses successeurs en disposant contre l'abrogation future, entièrement ou partiellement, du [*EC Act*]. Il ne peut pas disposer de la manière et de la forme de n'importe quelle législation subséquente. Il ne peut pas disposer contre l'abrogation implicite plus que contre l'abrogation explicite. [...] Étant souverain, il ne peut abandonner sa souveraineté »<sup>81</sup>.

Les propos du juge LAWS se rapprochent ainsi de la théorie de la souveraineté « continue » du Parlement, telle que théorisée par WADE. Tout Parlement est libre par rapport à ses successeurs. Mais Sir John LAWS va apporter des éléments nouveaux à cette conception, de sorte qu'il est impossible d'affilier cet arrêt à la conception traditionnelle de la souveraineté parlementaire.

---

<sup>80</sup> *Id.*, p.36.

<sup>81</sup> *Thoburn v. Sunderland City Council*, §59.



## 2. La réalité d'une conception modifiée de la souveraineté parlementaire.

Sir John LAWS va ajouter un tempérament de taille à cette conception classique en faisant émerger les lois constitutionnelles, qui ont pour particularité de ne pouvoir être abrogées implicitement<sup>82</sup>. Cela se rapproche des « contraintes de manière et de forme » de la *new view*.

William WADE, du reste, avait bien compris cela à propos de l'arrêt *Factortame No2*, car ce dernier permettait à un Parlement de lier ses successeurs<sup>83</sup>, ou du moins leur imposer des restrictions, ce qui se rapproche de la théorie de JENNINGS<sup>84</sup>.

Pour LAWS, ce n'est pas le Parlement qui consolide – *entrench* – ainsi la législation, mais la *common law*. C'est seulement par cette hypothèse que LAWS peut concilier la souveraineté « continue » – le Parlement ne peut lier ses successeurs, avec la *new view* – il existe des lois « consolidées ».

L'arrêt *Thoburn* diffère donc des doctrines classiques de la Souveraineté du Parlement, que ce soit celles de DICEY ou de WADE. Cette évolution de la doctrine est inhérente à l'acceptation de la primauté du droit de l'Union européenne, car, comme le souligne Mark ELIOTT, « l'impact du droit communautaire sur la constitution britannique illustre nettement que la décision concernant la souveraineté parlementaire – et, en fin de compte, déterminant les limites de l'autorité de la législature – est une tâche qui arrive inévitablement »<sup>85</sup>.

Et cette tâche revient, en dernier lieu, aux juges, qui voient ainsi leur pouvoir réévalué, et par conséquent, c'est la *rule of law* elle-même qui est redéfinie.

---

82 Voir en deuxième partie, chapitre 1, pour une étude de ces lois constitutionnelles.

83 WADE H. W. R., « Sovereignty – Revolution or Evolution ? », *op. cit.*, p.573.

84 *Id.*, p.571.

85 ELIOTT Mark, « Embracing "Constitutional" legislation : Towards fundamental law ? », *op. cit.*, p.41 « The impact of EC law upon the British constitution vividly illustrates that adjudication upon matters of parliamentary sovereignty – and, ultimately, determining the limits of the legislature's authority – is a task which inevitably arises ».

## Chapitre 2 : Une réévaluation de la *rule of law* par le renforcement des pouvoirs des juges.

La *rule of law* est le second principe de la constitution britannique identifié par DICEY. Il en relève trois significations<sup>86</sup> : en premier lieu, l'action des autorités publiques doit toujours être prévue et autorisée par une loi du Parlement. Cette idée repose avant tout la volonté de mettre en place une garantie contre le pouvoir arbitraire. Ensuite, la *rule of law* signifie l'égalité devant la loi, ce qui implique que les autorités publiques et les personnes privées sont également traitées en droit. Il s'agit là, et DICEY le souligne expressément, d'une remise en cause du dualisme français et de l'existence du droit administratif. Enfin, la troisième signification est que « la *rule of law* traverse toute la constitution dans la mesure où ses principes généraux (comme, par exemple, la liberté individuelle, ou le droit de réunion) dérivent chez nous des décisions des cours de justice qui, au gré des cas d'espèce portés devant elles, fixent les droits des personnes privées, alors que dans beaucoup d'autres pays, la seule garantie des droits découle ou semble découler des principes généraux de la constitution »<sup>87</sup>. Ce troisième point est l'expression de la place centrale du juge dans les

---

86 DICEY Albert Venn, *Introduction to the law of the constitution*, op. cit., pp. 110 et s. Voir aussi, ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public*, coll. Précis, Dalloz, 2006, pp.100-101, et LAUVAUX Philippe, *Les Grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3ème édition, 2004, p. 472 (§137).

87 DICEY Albert Venn, *Introduction to the law of the constitution*, op. cit., p. 115, traduction : ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 101.

systèmes juridiques de *common law*, notamment grâce au mécanisme de *judicial review* qui permet aux cours de contrôler les actes du pouvoir exécutif. C'est ce point central du droit constitutionnel britannique qui va évoluer avec l'intégration du droit de l'Union européenne au Royaume-Uni : les juges vont se déclarer compétent pour contrôler des lois. Cela va commencer par un véritable contrôle de conventionnalité à propos du droit de l'Union européenne (Section 1), ce qui ouvre la voie du débat sur un possible contrôle de constitutionnalité (Section 2).

## **Section 1 : L'acceptation d'un véritable contrôle de la loi au regard du droit de l'Union européenne.**

Le principe a été posé en 1991 dans l'arrêt *Factortame No2*, mais ne se réalisera vraiment que trois ans plus tard, dans l'affaire *Equal Opportunities Commission*<sup>88</sup>. Dans la première, Lord BRIDGE avait affirmé que « Sous les termes de la loi de 1972 [le *EC Act*] il a toujours été clair qu'il est un devoir pour une cours du Royaume-Uni, quand elle rend un jugement final, d'outrepasser toute règle de droit interne qui se trouverait être en conflit avec une règle directement applicable du droit communautaire »<sup>89</sup>.

C'est ainsi en matière d'application du droit de l'Union européenne que les Cours britanniques ont accepté d'effectuer un véritable contrôle de conventionnalité des lois du Parlement. Cela se réalisera dans l'arrêt *Equal Opportunities Commission* rendu par la Chambre des Lords en 1994. En effet, en 1992, les Lords se sont limités à accepter le principe

---

88 House of Lords, 3 mars 1994, *R. v Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission* (1994) All ER 910-928 ou (1995) 1 AC 1.

89 [1991] AC 603 : « 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. »

de la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit interne, sans en tirer les conséquences en matière de contrôle des dispositions législatives<sup>90</sup>. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA a très bien résumé quel était l'apport de cet arrêt *Equal Opportunities Commission* par rapport à l'affaire *Factortame* : « il ne s'agit pas de la non-application d'une loi britannique à un cas concret qui doit être résolu conformément au droit communautaire [comme dans l'affaire *Factortame*], mais quelque chose de différent et beaucoup plus énergique : une déclaration générale et abstraite de l'incompatibilité d'une loi britannique avec le droit communautaire, en dehors de toute application concrète de ladite loi et donc avec des effets *erga omnes* (l'arrêt l'admet de façon expresse à propos des conséquences des indemnités) et *pro futuro* »<sup>91</sup>. En 1991, la Chambre des lords n'avait en effet pas contrôlé le *Merchant Shipping Act* de 1988 au droit communautaire, mais s'était simplement rangé à l'avis formulé par la Cour de Justice des Communautés européennes, certainement pour ne pas porter un coup trop important au principe de souveraineté parlementaire<sup>92</sup>.

Il y a donc instauration d'un véritable contrôle de conventionnalité des lois, sur la base du *judicial review* (I), dont il convient d'étudier la portée (II).

## **I. Une évolution fondée sur le *judicial review*.**

Le *judicial review* est le moyen de contrôle des juges face aux autorités administratives et exécutives. C'est à partir de cette voie de recours (1) qu'un contrôle de proportionnalité a peu à peu émergé (2).

---

90 GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, « Un pas décisif dans le droit constitutionnel britannique : le pouvoir des juges de juger de façon abstraite et générale les lois du parlement en contradiction avec le droit communautaire », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant – LGDJ, 1995, p.172.

91 *Ibid.*, p.181.

92 WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'oeuvre juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 239.

## 1. La doctrine du *judicial review*.

Le juge anglais contrôle l'action des pouvoirs publics principalement par le biais du *judicial review*. Ce dernier peut être défini, en généralisant, comme un « contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir »<sup>93</sup>. Il est ainsi fondamentalement lié à la *rule of law*<sup>94</sup>.

Traditionnellement, ce contrôle ne concerne que l'action d'autorité administrative, jamais le pouvoir législatif<sup>95</sup>. Cette retenue des juges trouve naturellement son origine dans la souveraineté du Parlement, qui instaure un véritable « rapport d'obéissance »<sup>96</sup> des premiers face au dernier. Cette soumission au Parlement va jusqu'à limiter la portée du *judicial review*. La doctrine dite *ultra vires* a en effet amené le juge à modérer son contrôle à ce qui était prescrit par la loi de sorte que le *judicial review* se réduit qu'à un contrôle de légalité<sup>97</sup>.

Mais cette modération est peu à peu abandonnée<sup>98</sup>, notamment sous l'effet de l'intégration du droit de l'Union européenne mais aussi de la Conv. EDH. Comme il s'agit de conventions internationales, il y a eu une évolution vers un contrôle de conventionnalité.

## 2. L'évolution vers un contrôle de conventionnalité.

Le *judicial review* permet donc aux juges anglais, dans le cadre de la *rule of law*, de contrôler les actes du pouvoir exécutif. Le droit international est donc appliqué de cette manière dès lors qu'il a été intégré dans l'ordre juridique britannique par le biais d'une loi du

93 ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 109 (§107).

94 « *Judicial review is centrally concerned with vindicated the ideal of the rule of law. To this end, judges determine whether the decision-making powers of public bodies have been exercised in a way which satisfies the discretion-constraining requirements of administrative law.* » MULLENDER Richard, « Judicial review and the rule of law », *LQR*, vol. 112, 1996, p. 182.

95 *Ibid.*, pp.108-109 (§107).

96 BARANGER Denis, *Ecrire la constitution non-écrite Une introduction au droit politique britannique*, PUF, coll. Leviathan, 2008, pp. 156 et s.

97 ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 109 (§108).

98 *Ibid.*, pp. 110-112 (§109-111).

Parlement, comme l'ont été les traités européens par le *EC Act*, ou encore la Conv. EDH, intégrée par le *Human Rights Act* de 1998<sup>99</sup>.

Un recours en *judicial review* est à l'origine de l'affaire *Equal Opportunities Commission*. Était en cause le refus du Secrétaire d'État à l'emploi d'accéder à une demande de la *Equal Opportunities Commission* qui exigeait qu'une loi de 1978 soit amendée au motif qu'elle créait des discriminations contraires au droit communautaire. L'avis de la Cour, rédigé par Lord KEITH of Kinkel, affirme que ce qui est visé par le recours en *judicial review*, c'est plus la loi de 1978 que la décision du Secrétaire d'État. Les juges doivent dès lors répondre à la question « de savoir si on peut utiliser la *judicial review* pour avoir une déclaration sûre au sujet de l'incompatibilité de certaines législations primaires du droit britannique avec le droit communautaire européen »<sup>100</sup>. La question est donc de savoir si le *judicial review* peut concerner une loi du Parlement.

Comme le précise Lord KEITH, dans l'affaire *Factortame* il ne s'agissait que de constater que des dispositions législatives devaient être écartées, car leur mise en application entraînerait des contrariétés avec le droit de l'Union européenne<sup>101</sup>. L'effet de l'arrêt *Factortame* de 1991 fut seulement « la déclaration d'invalidité de certaines dispositions primaires de la législation du Royaume-Uni, dans sa prétendue application aux nationaux des États membre de la CEE, sans que cette déclaration comporte l'annulation de ladite législation, qui est demeurée en vigueur pour les nationaux des pays non membres de la Communauté »<sup>102</sup>. Or, dans l'affaire *Equal Opportunities Commission*, il s'agissait bel et bien

---

<sup>99</sup> *Human Rights Act*, 1998 c. 42.

<sup>100</sup> *Equal Opportunities Commission and another v. Secretary of State for Employment* [1994] All England Law Report 910. Cité et traduit dans GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, « Un pas décisif dans le droit constitutionnel britannique : le pouvoir des juges de juger de façon abstraite et générale les lois du parlement en contradiction avec le droit communautaire », *op. cit.*, p.171.

<sup>101</sup> GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, « Un pas décisif dans le droit constitutionnel britannique : le pouvoir des juges de juger de façon abstraite et générale les lois du parlement en contradiction avec le droit communautaire », *op. cit.*, p.172.

<sup>102</sup> *Equal Opportunities Commission and another v. Secretary of State for Employment* [1994] All England Law Report 910. Cité et traduit dans GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, « Un pas décisif dans le droit constitutionnel britannique : le pouvoir des juges de juger de façon abstraite et générale les lois du parlement en contradiction avec le droit communautaire », *op. cit.*, p.172.

d'annuler une loi dans sa totalité.

Lord KEITH se basera donc sur l'arrêt *Factortame* pour affirmer que le *judicial review* peut être dirigé contre une loi contraire au droit de l'Union européenne. Considérant qu'il n'a pas été énoncé, dans l'affaire *Factortame*, que le *judicial review* ne peut être utilisé pour contrôler une disposition législative, il en conclut :

« Le cas *Factortame* constitue [...] un précédent en faveur de la décision de la *E.O.C.* d'utiliser le *judicial review* avec le but de déclarer incompatibles avec le droit communautaire européen certaines dispositions de la loi de 1978 »<sup>103</sup>.

Dans cet arrêt, la Chambre des Lords estime donc qu'il revient aux juges internes – en l'espèce, à la *Divisional Court* – de contrôler si des dispositions législatives sont contraires ou non au droit de l'Union européenne. La Cour a ainsi créé un « recours direct pour le contrôle abstrait des lois britanniques du point de vue de leur compatibilité avec le droit communautaire »<sup>104</sup>. Ce recours est diffus : il reste lié au *judicial review* : il peut donc être effectué par toutes les cours ayant compétence pour effectuer un recours en *judicial review*. Le principal apport de la décision *Equal Opportunities Commission* est donc d'avoir créé un contrôle abstrait des normes.

Ainsi, selon Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, l'arrêt *Equal Opportunities Commission* révèle la volonté des juges de « se libérer de la soumission absolue à la loi [...] imposée par le dogme de la *parliamentary sovereignty* depuis des siècles »<sup>105</sup>.

---

103 *Equal Opportunities Commission and another v. Secretary of State for Employment* [1994] All England Law Report 910. Cité et traduit dans GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, « Un pas décisif dans le droit constitutionnel britannique : le pouvoir des juges de juger de façon abstraite et générale les lois du parlement en contradiction avec le droit communautaire », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant – LGDJ, 1995, p.172.

104 GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, « Un pas décisif dans le droit constitutionnel britannique : le pouvoir des juges de juger de façon abstraite et générale les lois du parlement en contradiction avec le droit communautaire », *op. cit.*, p.182.

105 *Id.*, p.185.

## II. La portée du contrôle de conventionnalité.

Ce contrôle ne pouvait pas ne pas être effectué car chacun des ordres judiciaires des États membre de l'Union européenne doivent appliquer, en premier ressort, le droit de l'Union européenne. Les juges britanniques n'ont pas hésité à le faire à la suite de l'arrêt *Equal opportunities Commission* notamment dans l'arrêt *Thoburn* (1). S'il est généralement appliqué par les cours, ce contrôle n'en conserve pas moins une certaine particularité (2).

### 1. Une pratique acceptée par toutes les juridictions britanniques.

A la suite de l'arrêt *Equal Opportunities Commission*, les cours de justice britanniques vont reprendre cette jurisprudence. Cela est du à la fois à l'ordre juridique britannique, fondé sur le précédent, mais aussi à l'ordre juridique communautaire dans lequel les juridictions de droit commun sont les juridictions nationales. Cette jurisprudence sera en particulier reprise par les tribunaux industriels – *industrial tribunals*, compétents en premier ressort sur les affaires sociales<sup>106</sup>.

Dans l'arrêt *Thoburn*, la proposition de Lord LAWS semble sous-entendre ce contrôle de conventionnalité, lorsqu'il affirme que

« tout dans notre droit substantiel d'incompatible avec n'importe lequel de ces droits et obligations est abrogé ou doit être modifié pour éviter l'incompatibilité. Ceci est vrai même quand la disposition de droit interne incompatible est contenue dans la législations primaire [c'est à dire celle édictée par le Parlement] »<sup>107</sup>.

Il reconnaît toutefois que le contrôle de conventionnalité décrit par Lord BRIDGE

---

<sup>106</sup>WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'oeuvre juridictionnelle*, op. cit., p. 247 et s.

<sup>107</sup>*Thuborn v. Sunderland City Council*, §69.



dans l'arrêt *Factortame* ne peut intervenir que dans le contexte précis de l'application du droit communautaire : les dispositions substantielles de ce dernier, dont LAWS accepte la primauté<sup>108</sup>, peuvent jouir de leur suprématie en droit interne. Il admet ainsi, à la suite de Lord BRIDGE, que les « cours des États membres doivent avoir le pouvoir d'outrepasser la législation nationale, autant que nécessaire, pour permettre qu'une solution provisoire soit accordée en protection des droits du droit communautaire »<sup>109</sup>.

## 2. La particularité du contrôle du droit de l'Union européenne.

Dans l'affaire *Equal Opportunities Commission*, il s'agit bien d'un contrôle de conventionnalité, car c'est au regard directement du droit communautaire que la Chambre des Lords effectue le contrôle de la loi. Cependant ce contrôle n'est possible que parce que ce droit est intégré à l'ordre juridique britannique par le biais du *EC Act*.

Dans le cadre du *Human Rights Act* de 1998, les cours doivent aussi faire un contrôle de conventionnalité. Mais la souveraineté du Parlement est alors respectée : les juges doivent faire respecter la Conv. EDH sans pour autant pouvoir annuler les lois contraires. En cas de contradiction, ils doivent déclarer la loi incompatible, et il revient au gouvernement et au Parlement de prendre les mesures nécessaires pour remédier à la contradiction<sup>110</sup>. Mais le *EC Act* ne crée pas de contrôle similaire en ce qui concerne le droit de l'Union européenne. Pourtant, depuis que les juges anglais acceptent la primauté – et donc leur rôle de juge de droit commun de ce droit, ce contrôle devient inévitable.

Il y a donc une extension du *judicial review* vers les lois, sur la base des conventions

---

108Cf. *supra*.

109*Thuborn v. Sunderland City Council*, §66.

110Sur ce point, voir : DUFFY Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p.444 et s., et ROBIN-OLIVIER Sophie, « L'eupéanisation judiciaire du droit britannique : analyse de la décision de la chambre des Lords dans l'affaire *Belmarsh* », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et FERRÉ Nathalie (dirs.), *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, coll. Recherches et travaux du réseau européen Droit et société, LGDJ, vol. 14, 2007, p.272.

internationales. La *House of Lords* est ainsi devenue un véritable « juge de la loi »<sup>111</sup>. La question est donc de savoir si les lois constitutionnelles, telle qu'identifiées par Sir John LAWS dans l'arrêt *Thoburn* sont des normes de référence pour ce contrôle de la loi.

## **Section 2 : La question d'un possible contrôle de constitutionnalité.**

L'intérêt de l'arrêt *Thoburn* est, comme il a déjà été dit, que pour la première fois un juge se pose la question de la conciliation la primauté du droit de l'Union européenne et la théorie constitutionnelle britannique.

Mais ce faisant, dans son jugement, le juge LAWS pose la question du contrôle de conventionnalité. En effet, en affirmant l'existence de lois constitutionnelles supérieures aux lois du Parlement classiques, il ouvre la voie à un contrôle de conventionnalité. C'est pourquoi l'arrêt *Thoburn* est emblématique des questions constitutionnelles qui hantent la doctrine constitutionnaliste actuelle au Royaume-Uni. Si l'évolution vers un contrôle de constitutionnalité est possible (I), il n'en reste pas moins problématique(II).

### **I. Une évolution possible.**

La question ne se réduit pas à celle de savoir si les juges britanniques peuvent s'arroger le droit de contrôler la constitutionnalité des lois, en l'absence de texte leur donnant cette compétence, comme l'a fait en son temps la Cour suprême des États Unis dans le très célèbre

---

<sup>111</sup>WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'oeuvre juridictionnelle*, op. cit., p. 244.

arrêt *Marbury v. Madison*<sup>112</sup>. La difficulté est toute autre au Royaume-Uni car il n'existe pas de constitution formelle qui puisse servir de texte de référence pour un contrôle juridictionnel de la loi. Or, c'est sur ce point que l'évolution est possible, car l'arrêt *Thoburn* fait émerger des lois matériellement « constitutionnelles » au sein de la législation britannique. La question est d'autant plus intéressante que l'on peut constater un mouvement vers ce contrôle de constitutionnalité (1). De surcroît, l'exemple israélien montre un système où le Parlement est souverain mais qui connaît malgré cela un contrôle de constitutionnalité des lois (2).

### *1. Un début de changement au Royaume-Uni.*

Ce mouvement est surtout le fait des débats théoriques et de la jurisprudence autour du *Human Rights Act* de 1998. Il s'agirait du pouvoir qu'auraient les juges pour invalider des dispositions issues des loi du Parlement – législation dite primaire – en cas de violation d'une norme constitutionnelle. Ce contrôle est absolument novateur au Royaume-Uni, où domine le principe de souveraineté du Parlement. Cependant cette réflexion sur la possibilité d'un contrôle de conformité de la loi à la constitution n'a pas été abordée avec la même importance à propos de l'intégration du droit de l'Union européenne en droit britannique.

L'usage du terme de « *constitutional review* » est tiré des débats autour du *Human Rights Act* de 1998. En effet, c'est à propos de cette loi que les débats sur l'étendue du pouvoir des juges en matière de contrôle de la loi du Parlement ont été les plus vifs. Pourtant la question se pose aussi à propos du *EC Act*, du moins depuis l'affaire *Factortame*.

D'autre part, il convient de signaler l'arrêt *Jackson* de 2005<sup>113</sup>, qui ouvre la voie à un contrôle de la législation par le juge. Dans cette affaire, la Chambre des Lords devait se prononcer sur la validité d'une loi adoptée selon la procédure des *Parliament Act* de 1949, qui

---

<sup>112</sup>Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, 24 février 1803, publication officielle : 5 U.S. (1 Cranch) 137.  
<sup>113</sup>[2005] UKHL 56

permet à la Chambre des communes de faire une loi seule, dès lors qu'elle bénéficie, comme toutes les autres lois, de l'assentiment royal. Autrement dit, cette loi de 1949 permet l'adoption de lois sans l'accord de la Chambre des Lords. Ce *Parliament Act* de 1949 était lui-même contesté, car adopté en vertu d'un *Parliament Act* de 1911, dans le but de modifier ce dernier. Ainsi, pour les requérants, la loi de 1949 est invalide parce qu'elle constitue une législation déléguée – car adoptée en vertu du *Parliament Act* de 1911 – qui vise précisément à modifier ce texte sur lequel repose son adoption. Par conséquent, si la loi de 1949 est invalide, la loi en cause dans cette affaire l'est aussi parce qu'adoptée sur son fondement. La Chambre des Lords a rejeté cette requête en considérant que les lois adoptées en vertu du *Parliament Act* de 1911 sont des lois du Parlement à part entière, et non pas de la législation déléguée, et que cette loi de 1911 pouvait être utilisée pour tout projet de loi, donc aussi ceux qui ont pour effet de la modifier elle-même<sup>114</sup>.

Cette affaire *Jackson* est une évolution de la compétence des juges par rapport aux lois du Parlement pour plusieurs raisons. En premier lieu, cet arrêt contient une véritable remise en cause du principe de la souveraineté du Parlement par certains Lords, notamment Lord STEIN qui affirme que ce principe est « dépassé dans le Royaume-Uni moderne »<sup>115</sup>, et Lord HOPE pour qui il n'est plus absolu<sup>116</sup>. D'autre part les Lords ont accepté d'examiner cette question de procédure législative alors même que le *Bill of Rights* de 1689 dispose « que la liberté de parole, et les débats en Parlement, ne doivent être entravés ou questionnés dans aucune cour [de Justice] ni où que ce soit en dehors du Parlement »<sup>117</sup>.

Ainsi est-il possible de constater un fort mouvement dans la doctrine, mais aussi chez les juges britanniques en vertu d'une extension du *judicial review* vers un contrôle de constitutionnalité. Ce mouvement peut par ailleurs s'appuyer sur des exemples étrangers, dont

---

114 DUFFY Aurélie, « Chronique de Jurisprudence britannique », *RFDC*, N°70, 2007, p. 235.

115 *Id.*

116 *Id.*

117 Trad. : BARANGER Denis, in RIALS Stéphane, BOUDON Julien, *Textes constitutionnels étrangers*, coll. Que sais-je ?, PUF, 13<sup>ème</sup> éd. 2011, pp. 10-11.

Israël est le plus significatif.

## 2. *Un changement assumé en Israël.*

La mise en place prétorienne d'un contrôle de constitutionnalité n'est pas impossible dans les pays où les textes matériellement constitutionnels sont formellement législatifs, comme en témoigne la jurisprudence de la Cour suprême israélienne. Lors de la création de cet État, il n'existait aucun consensus sur la nécessité d'une constitution écrite. Les leaders religieux ainsi que David BEN GOURION y étaient opposés, ce dernier préférant un système basé sur la souveraineté parlementaire, comme au Royaume-Uni. C'est sous la pression internationale et démocratique que la déclaration d'indépendance proclame la réunion d'une assemblée constituante. Malgré cela, et à cause des contraintes de la situation géopolitique, Israël n'a jamais réussi à élaborer de constitution formelle<sup>118</sup>.

La constitution israélienne est donc issue d'un pouvoir législatif souverain : c'est la *Knesset* qui a édicté onze Lois fondamentales de 1958 jusqu'à 1994, lesquelles forment donc la Constitution matérielle d'Israël<sup>119</sup>. Comme au Royaume-Uni, il n'y a donc pas de constitution formelle supra-législative. Les dispositions de ces lois fondamentales sont particulièrement souples, et peuvent être modifiées par le pouvoir législatif ordinaire, sauf lorsqu'une majorité spéciale ou des conditions substantielles sont exigées<sup>120</sup>. Mais les juges ont rapidement pris le rôle essentiel, créant une véritable constitution prétorienne, notamment en ce qui concerne les droits fondamentaux<sup>121</sup>. La Cour suprême a ainsi progressivement mis en place un véritable contrôle de constitutionnalité.

---

118 Sur tous les points, voir JUSSIAUME Anne, « La Cour suprême et la constitution en Israël : Entre activisme et prudence judiciaire », *Jus politicum*, n° 3, 2009, article consultable à <http://www.juspoliticum.com/La-Cour-supreme-et-la-Constitution.html>, pp. 2-3.

119 JUSSIAUME Anne, « La Cour suprême et la constitution en Israël : Entre activisme et prudence judiciaire », *op.cit.*, p. 4.

120 *Id.*, pp. 7-8.

121 *Id.*, p.14.

Cette évolution commence par la décision *Bergman* de 1969<sup>122</sup>, qui constitue le « premier coup porté au principe de souveraineté du Parlement »<sup>123</sup>. Dans cette décision, le juge a accepté de déclarer une loi non-conforme à une disposition d'une loi fondamentale et, par suite, invalide. Mais la portée de cet arrêt est toutefois à relativiser en ce que les dispositions « rigides » des Lois fondamentales pouvant donner lieu à invalidation d'une loi ordinaire étaient peu nombreuses, seule la section 4 de la Loi fondamentale relative à la *Knesset* fut élevée à ce rang<sup>124</sup>. De surcroît les juges n'ont pas, dans la décision *Bergman*, défini précisément le statut des Lois fondamentales, qui reste ambigu<sup>125</sup>. Cette ambiguïté sera résolue en 1995.

En effet la décision *United Mizrahi Bank* de 1995<sup>126</sup> établit un véritable contrôle de constitutionnalité par trois affirmations : la *Knesset* est dotée d'un pouvoir constituant lorsqu'elle édicte des Lois fondamentales ; ces dernières sont suprêmes ; les juges peuvent par conséquent contrôler la conformité des lois ordinaires aux lois fondamentales<sup>127</sup>.

Cet exemple israélien montre donc que l'absence de constitution formelle n'est pas nécessairement un frein au contrôle de constitutionnalité. Cependant l'existence d'un tel contrôle au Royaume-Uni ne serait pas sans poser certaines questions.

## II. Une évolution problématique.

Cette évolution est problématique pour deux raisons : d'une part il peut y être reproché

---

122HCJ 98/69 *Bergman v. Minister of Finance and State Comptroller* (1969) 23 (1) PD693 ; 4 Israel Law Review 559.

123JUSSIAUME Anne, *Ibid.*, p. 16.

124*Id.*

125*Id.*, p. 17.

126HCJ 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village* 49 (4) PD 221.

127JUSSIAUME Anne, *Ibid.*, pp. 18-20.

de donner trop de pouvoir aux juges au détriment des institutions démocratiques (1), d'autre part il est difficile d'imaginer un contrôle de constitutionnalité dans un ordre juridique sans norme constitutionnelle formelle (2).

### *1. Le contre-argument démocratique.*

Le contrôle de la loi du Parlement par les juges pose un important problème sur le plan de la démocratie car le Parlement est censé représenter le peuple. Ainsi, pendant longtemps le juge ne pouvait contrôler la loi car il a été considéré que « le risque de divergence entre la volonté majoritaire et celle du législateur relative aux droits fondamentaux était minime »<sup>128</sup>. Mais la hausse des pouvoirs des juges sur la loi va remettre en cause cette conception.

Face à la montée en force du pouvoir judiciaire britannique, marquant l'affaiblissement de la retenue observée par les juges en vertu du principe de Souveraineté du Parlement, Aileen KAVANAGH constate un nouveau scepticisme envers le pouvoir judiciaire. Ce scepticisme est similaire à celui de BENTHAM qui repoussait l'idée de Déclaration de droit au motif qu'elle aurait donné trop de pouvoir aux juges. Les auteurs qui avancent cette idée aujourd'hui s'expriment surtout à propos des droits fondamentaux : ils ne remettent pas en cause ces droits, mais seulement la place réservée au juge dans leur mise en œuvre<sup>129</sup>. Ils fondent cette critique sur la défense des valeurs de la démocratie, qui ne doit pas être limitée par la puissance des juges<sup>130</sup>.

De surcroît, l'idée d'un *constitutional review* pose un important problème d'identification des normes de référence d'un tel contrôle.

---

128MUIR-WATT Horatia, « Le problème du « constitutional review » : le modèle du Royaume-Uni », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, 2008, p. 94.

129KAVANAGH Aileen, « Constitutional Review, the Courts and Democratic Scepticism », *Current Legal Problems*, vol. 62, issue 1, 2009, p. 105.

130*Id.*, p. 103.

## 2. La limite de l'absence de droit constitutionnel formel.

La question du *constitutional review* ramène inéluctablement à celle de savoir quelles sont les normes de base de ce contrôle. Comme il a été dit, le débat sur un possible *constitutional review* s'est surtout focalisé sur le *Human Rights Act* de 1998. En effet, il s'agit de la seule loi du Parlement qui crée une sorte de contrôle de la loi par les Cours. Cependant, ce contrôle ne peut pas déboucher sur une invalidation de la loi, mais seulement sur une déclaration d'incompatibilité qu'il revient au Parlement et au gouvernement de corriger. Or la question se pose aussi en ce qui concerne le droit de l'Union européenne, car dès lors que le principe de primauté de ce dernier est accepté par les juges, il leur revient de le faire respecter même par le Parlement. Mais il ne s'agit tout au plus que de deux lois, dont l'objet est de surcroît d'intégrer des droits internationaux, et non pas un corpus formellement constitutionnel comme il en existe dans les États où le contrôle de constitutionnalité est bien établi.

La question est donc de savoir si ce contrôle au Royaume-Uni est limité au *Human Rights Act* et au droit de l'Union européenne ou s'il concerne un ensemble plus général de lois qui seraient reconnues comme ayant une valeur supérieure.

L'arrêt *Thoburn* est un véritable plaidoyer pour la seconde solution, parce qu'il élève certaines lois du Parlement au niveau constitutionnel, mettant ainsi en œuvre une véritable volonté de formalisation de la constitution britannique.

L'arrêt *Thoburn* est donc révélateur des problématiques actuelles de la théorie constitutionnelle britannique. S'il soulève plus de question qu'il n'en résoud à propos des deux



fondements de la constitution du Royaume-Uni, il est un domaine dans lequel le juge LAWS a été on ne peut plus clair : l'affirmation de l'existence de lois constitutionnelles. Il s'agit là d'une volonté de formaliser la constitution à partir de lois matériellement constitutionnelles, auxquelles la nouvelle approche de l'arrêt *Thoburn* confère une force particulière, au premier rang desquelles le *EC Act*.

**Deuxième Partie : Une volonté de formalisation de la constitution britannique à partir du droit de l'Union européenne.**

Cette volonté de formaliser une partie du droit constitutionnel britannique est liée à l'évolution des fondements du droit constitutionnel britannique qui a été étudiée précédemment. Il s'agissait en effet de donner une explication cohérente de cette évolution et soluble dans la constitution.

Elle reste cependant limitée à l'arrêt *Thoburn* dans la mesure où, contrairement aux modifications de la souveraineté du Parlement et du *rule of law*, cette volonté de formalisation ne constitue pas un mouvement général du droit constitutionnel britannique. Elle n'en est pour autant pas moins importante.

Le juge LAWS introduit donc, dans l'arrêt *Thoburn*, une distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires. Cette distinction aurait pour principale conséquence l'impossibilité pour le Parlement d'abroger implicitement une loi constitutionnelle, comme il peut le faire pour des lois ordinaires. Il s'agit cependant là de la seule particularité formelle de ces lois constitutionnelles. Ainsi ce caractère constitutionnel découle-t-il seulement de leur contenu, et non pas d'un quelconque critère formel, dans le sens où leur procédure d'adoption est identique à celui des lois ordinaires.

Cette novation constitutionnelle a des fondements idéologiques aisément identifiables.

Le juge LAWS, en effet, est considéré comme un des auteurs de la pensée sur le constitutionnalisme de *common law*<sup>131</sup>. Ces théories sont au principe de l'arrêt *Thoburn*, et qui tendent à modifier l'ordonnement constitutionnel britannique.

Il est donc nécessaire de s'attarder sur cette volonté de formalisation du droit constitutionnel britannique. Il s'agira en premier lieu de savoir en quoi consiste ces lois constitutionnelles, et quelles questions soulève leur existence au sein de l'ordre constitutionnel britannique (Chapitre 1). Les doctrines du constitutionnalisme de *common law* étant à l'origine de cette innovation, il est nécessaire d'en étudier les ressorts et de voir comment l'arrêt *Thoburn* s'insère dans ces théories (Chapitre 2).

---

<sup>131</sup>POOLE Thomas, « Back to the future ? Unearthing the Theory of Common Laws Constitutionalism », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, N°3, 2003, p. 440.

## Chapitre 1 : L'instauration problématique de lois constitutionnelles.

Il s'agit du plus important apport de l'arrêt. Le juge LAWS, après avoir décrit la « doctrine traditionnelle » de la souveraineté du Parlement, constate que celle-ci « a été modifiée », et ce « par la *common law* »<sup>132</sup>. Cette évolution réside dans l'acceptation par cette dernière d'exceptions à la doctrine de l'abrogation implicite. Il s'agit de l'émergence de lois constitutionnelles qui ne peuvent être abrogées implicitement (« *by mere implication* »<sup>133</sup>).

Il s'agit d'une remise en cause de la doctrine classique de la souveraineté du Parlement, selon laquelle « le droit constitutionnel anglais se singularise ainsi au regard d'autres systèmes modelés par la théorie du constitutionnalisme juridique puisqu'il ne permet pas de garantir le respect de certaines normes d'une valeur juridique supérieure (« *entrenched* »), et notamment de normes constitutionnelles »<sup>134</sup>.

Même si la théorie exposée par le *Lord Justice LAWS* dans cet arrêt, pour concilier la construction européenne et la constitution du Royaume-Uni, est certainement la plus cohérente de toutes celles qui ont pu être avancées jusqu'alors, il n'en demeure pas moins que

---

132 *Thuborn v. Sunderland City Council*, §59.

133 *Id.*, §60.

134 GUILLUY Thibault, « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision *Jackson* », *op. cit.*, p. 5.

la catégorie des lois constitutionnelles est difficilement saisissable (Section1). De surcroît, les lois appartenant à cette catégorie possèdent des caractéristiques pour le moins limitées (Section 2).

## **Section 1. Les incertitudes de la catégorie des lois constitutionnelles**

Ces lois, que Sir John LAWS qualifie de constitutionnelles, sont incertaines à deux titres. D'une part, elles sont présentées comme résultant de l'évolution de la *common law*. En effet, la méthode adoptée dans l'arrêt *Thoburn* prétend constater cette évolution, notamment depuis de l'affaire *Factortame*. Cette affirmation ne va pourtant pas de soi (I). D'autre part, les critères d'identification avancés par Sir John LAWS sont particulièrement flous, rendant cette catégorie de loi constitutionnelle encore plus insaisissable (II).

### **I. Une évolution présentée comme inhérente au droit britannique.**

L'assise de la théorie de LAWS dans le système juridique britannique repose en effet sur une évolution de la *common law* (1). Si ce raisonnement n'a rien d'exceptionnel dans le système britannique, il n'en demeure pas moins contradictoire avec la défense de la souveraineté du Parlement dans l'arrêt *Thoburn* (2).

## 1. Le recours à la common law.

Sir John LAWS insiste sur l'origine des lois constitutionnelles, qu'il identifie à une modification de la *common law*. En effet, il souligne que l'acceptation d'exceptions au principe de l'abrogation implicite est du à la *common law*, car ce principe « fut toujours la propre créature de la *common law* »<sup>135</sup>. Il cherche ainsi à légitimer l'innovation qu'il insère dans le droit constitutionnel britannique en ayant recours au fondement même de ce droit. Il affirme ainsi que « Dans l'état actuel de sa maturité, la *common law* en est venue à reconnaître qu'il existe des droits qui peuvent véritablement être classés comme constitutionnels ou fondamentaux »<sup>136</sup>.

Le juge LAWS veut ainsi s'insérer dans la continuité juridique britannique, la *common law* étant, en simplifiant, le droit jurisprudentiel britannique par rapport au droit écrit – *statute law*. C'est pourquoi pour justifier une telle évolution du principe de l'abrogation implicite, il se réfère à l'affaire *Factortame*<sup>137</sup>. De même, pour justifier l'existence de lois constitutionnelles, il se réfère à une série d'affaires récentes<sup>138</sup>.

Ce raisonnement a deux avantages. D'une part il permet au Sir John LAWS de justifier l'issue de l'affaire *Factortame* car, comme il l'a déjà été dit, dans cette dernière les *Lords* sont restés très elliptique sur les justifications de l'acceptation de la primauté du droit de l'Union européenne. D'autre part, ce recours à la *common law* permet de fonder cette primauté du droit de l'Union européenne sur l'ordre juridique britannique, et non sur l'ordre juridique européen. Il sort ainsi de l'impasse créée par la confrontation entre la primauté de ce dernier et la souveraineté du Parlement britannique. Ainsi, il explique justement que c'est la nécessité de se dégager de cette impasse qui a amené les juges britanniques à ne pas assujettir certaines

---

135 *Thuborn v. Sunderland City Council*, §60.

136 *Id.*, §62.

137 *Id.*, §61.

138 *Id.*, §62.

lois à l'abrogation implicite<sup>139</sup>.

C'est donc à partir de ce constat sur l'évolution de la *common law* en matière d'abrogation implicite que Sir John LAWS va en conclure l'existence de lois constitutionnelles. Cependant, ce raisonnement, bien qu'il présente une cohérence indéniable, n'est pas exempt de contradiction.

## 2. Une méthode paradoxale.

Ces contradictions tiennent moins du constat d'une modification de la doctrine de l'abrogation implicite que de la conséquence qu'en tire Sir John LAWS, à savoir qu'il existe désormais en droit britannique des lois constitutionnelles.

Ainsi Geoffrey MARSHALL souligne qu'il est contradictoire de reconnaître des lois constitutionnelles tout en cherchant à préserver la souveraineté du Parlement. En effet, il est pour le moins paradoxal que LAWS reconnaisse des lois constitutionnelles alors même que le Parlement n'a jamais émis aucune opinion en ce sens<sup>140</sup>. La critique est particulièrement pertinente : comment un juge, sous couvert de préserver la souveraineté du Parlement, pourrait élever une loi au statut constitutionnel, et donc, *de facto*, limiter les pouvoirs du Parlement sur une telle loi, sans que ce dernier ne l'ai voulu ?

Au demeurant, et comme cela a déjà été démontré, la solution de l'arrêt *Thoburn* confirme un certain essoufflement de la retenue dont faisaient traditionnellement preuve les juges face au Parlement. L'opinion de Sir John LAWS en est une bonne illustration, quand bien même il aurait à cœur de défendre la souveraineté du Parlement face à la primauté du droit de l'Union européenne. Cela confirme qu'il revient au juge de définir en dernier ressort

---

<sup>139</sup>*Id.*, §60.

<sup>140</sup>MARSHALL Geoffrey, « Metric Measures and Martyrdom by Henry VIII clause », *The Law Quarterly Review*, Vol. 118, oct. 2002, p. 496.



les principes de la constitution britannique qui est, comme l'affirmait DICEY, une création essentiellement prétorienne.

L'émergence de lois constitutionnelles au sein du droit britannique soulève une autre question : celle de savoir quelle était la marge de manœuvre de LAWS dans cette affaire. S'il expose la théorie la plus cohérente qui ai jamais été énoncée par un juge britannique pour justifier les transformations constitutionnelles induites par la construction européenne, il n'en demeure pas moins que la primauté du droit de l'Union européenne est une nécessité davantage dictée par la Cour de Luxembourg que par l'évolution de la *common law*. Les cours britanniques sont plus liées par l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne que ne le laisse penser Sir John LAWS. En ce sens, de même que l'on peut considérer que l'arrêt *Factortame No2* n'est que la prise en compte par la Chambre des Lords d'un arrêt, rendu sur question préjudicielle, par la Cour de Justice<sup>141</sup>, il est possible de ne voir dans l'arrêt *Thoburn* qu'un moyen d'éviter une possible condamnation par cette dernière. Car il ne fait aucun doute que si les actes du pouvoir exécutif transposant la directive européenne avaient été annulés, le Royaume-Uni aurait été sous la menace d'un recours devant la Cour de Justice des Communautés européennes.

C'est là une faiblesse du raisonnement de Sir John LAWS : il justifie par une évolution de la *common law* des obligations qui sont en réalité imposées par l'adhésion aux communautés européennes. L'inverse fourni pourtant une explication plus satisfaisante : ce sont les obligations imposées par l'Union européenne qui sont à l'origine de la transformation de la *common law*, et non pas le contraire.

De surcroît, une autre limite du raisonnement de l'arrêt *Thoburn* doit être relevée

---

141WADE a vu cette nécessité politique à l'œuvre dans l'affaire *Factortame* : « *That is what happens when the judges, faced with a novel situation, elect to depart from the familiar rules for the sake of political necessity* » WADE H. W. R., « Sovereignty: Revolution or evolution ? », *op. cit.*, p.574.

quant aux critères avancés pour identifier les lois constitutionnelles.

## **II. La difficile identification des lois constitutionnelles.**

En énonçant sa théorie, Sir John LAWS ne peut contourner la question de l'identification des lois constitutionnelles, dont il prétend l'existence. Il identifie certaines de ces lois : la *Magna Carta*, du *Bill of Rights* de 1689, de l'Acte d'Union, des lois élargissant le droit de suffrage, du *Human Rights Act*, de la loi sur l'Écosse de 1998, de la loi sur le gouvernement du Pays de Galles de 1998, et évidemment du *EC Act* de 1972<sup>142</sup>.

Mais il avance aussi des critères de constitutionnalité (1), qui sont particulièrement vagues (2).

### *1. Les critères proposés dans l'arrêt Thoburn.*

Tirant leur existence d'une évolution de la *common law* elle-même, le juge LAWS est inévitablement amené à avancer des critères d'identification des lois constitutionnelles. Il en propose deux :

« une loi constitutionnelle est une loi qui (a) conditionne les relations juridiques entre les citoyens et l'État de façon générale, englobante, ou (b) élargit ou diminue le champ de ce que nous considérerions désormais comme des droits fondamentaux constitutionnels. (a) et (b) sont nécessairement très proches : il est difficile de penser un exemple où (a) se réalise sans que (b) se réalise. Le statut spécial des lois constitutionnelles suit le statut spécial des droits constitutionnels »<sup>143</sup>.

---

142 *Thoburn v. Sunderland City Council*, §62.

143 *Id.*

Les lois qui viennent régir ces relations entre citoyen et l'État sont intégrées aux lois constitutionnelles. De même, les lois qui ont un effet sur le champ des droits fondamentaux. L'idée est sensiblement la même, car la conception anglaise des droits fondamentaux est celle de droits limitant l'influence de l'État dans la vie privée. Ainsi se retrouve l'élément traditionnel de la *common law* qui est la protection des individus face à l'État<sup>144</sup>.

L'approche des lois constitutionnelles peut être rapprochée de la vision de la *rule of law* défendue par DICEY. En effet, selon ce dernier, le troisième sens de la *rule of law* soutient l'idée que « le droit constitutionnel anglais n'est pas la source des libertés garanties à l'individu, mais, au contraire, il est la conséquence de l'application de ces règles aux autorités »<sup>145</sup>. Ainsi les libertés sont constitutionnelles car intégrées à la *rule of law* et protégées par les Cours. Pour Sir John LAWS, elles sont aussi constitutionnelles, car elles correspondent à l'un des critères qu'il expose, lesquels découlent de la *common law*. À bien y réfléchir, la différence entre les deux approches est ténue : car dans la théorie de LAWS, seul le juge peut élever une loi au niveau constitutionnel.

Ainsi, l'arrêt *Thoburn* a cet avantage de ramener dans le giron de la *common law* des droits fondamentaux qui étaient passés dans celui de la *statute law*.

Cependant, force est de constater que les critères avancés par Lord LAWS sont pour le moins flous.

## 2. Des critères vagues et incomplets.

Les critères avancés par Lord LAWS sont particulièrement flous, et par conséquent la différence entre loi constitutionnelle et loi ordinaire est difficile à saisir.

---

<sup>144</sup>C'est ce qui ressort de divers jugements de Lord COKE. Voir sur ce point ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. Précis, 2006, pp.76-78 (§72).

<sup>145</sup>LAUVAUX Philippe, *Les Grandes démocraties contemporaines*, op. cit., p. 472 (§137).

C'est ce que souligne Geoffrey MARSHALL dans son commentaire de l'arrêt *Thoburn* : « les définitions proposées sont indéniablement vagues et il est difficile de voir une quelconque ligne de partage entre les lois ordinaires et les lois qui traitent de droits d'une catégorie que nous regarderions désormais comme fondamentale »<sup>146</sup>. Les deux critères donnés par le Sir John LAWS sont en effet particulièrement larges : il existe de très nombreuses lois qui conditionnent les relations des citoyens avec l'État, et le fait d'élargir ou diminuer le champ des droit fondamentaux constitutionnels reste pour le moins imprécis.

Il est ainsi possible de se demander, à la suite de Geoffrey MARSHALL, si les droits à l'éducation, aux services de santé sont des droits constitutionnels<sup>147</sup>. Les lois traitant ces sujets sont en effet des lois réglementant les relations des citoyens avec l'État, elle correspondent donc à l'un des deux critères proposés.

De surcroît ces critères sont incomplets en ce que le droit constitutionnel matériel n'est pas entièrement concerné. En effet, s'ils sont très vagues, ils ne sont pas pour autant en mesure d'englober tout le droit constitutionnel. Par exemple, dans la théorie de Sir John LAWS, les *Parliament Acts* de 1911 et 1945 ne sont pas constitutionnels. En effet, ils ne correspondent à aucun des deux critères et non sont pas mentionnés dans l'énumération des lois constitutionnelles. Le droit politique est ainsi tout simplement exclu de la matière constitutionnelle.

Ainsi, l'émergence de la catégorie des lois constitutionnelles dans l'arrêt *Thoburn* est pour le moins incertaine. Il est en effet difficile d'identifier clairement la source et les critères de ces lois. C'est en cela qu'il est possible d'affirmer que l'instauration de lois constitutionnelles est problématique, d'autant plus qu'elles ont des caractéristiques très limitées.

---

146MARSHALL Geoffrey, « Metric Measures and Martyrdom by Henry VIII clause », *op. cit.*, p. 495 : « *The proffered definitions are undeniably vague and it is hard to see any clear dividing line between ordinary statutes and statutes that deal with rights of a kind that we would now regard as fundamental* ».

147*Id.*, p. 495.

## **Section 2. Les faibles caractéristiques des lois constitutionnelles.**

Si Lord LAWS a recours aux lois constitutionnelles, c'est pour justifier qu'il est impossible de les abroger implicitement. Il s'agit là de la principale caractéristique de ces lois (I), qui peut apparaître comme limitée (II).

### **I. Une remise en cause de la vision traditionnelle de l'abrogation implicite.**

Dans l'arrêt *Thoburn*, la principale caractéristique des lois constitutionnelles est l'impossibilité d'être abrogées implicitement. Il s'agissait de la thèse de la ville de *Sunderland*, qui se basait sur la primauté du droit de l'Union européenne. S'il rejette clairement ces arguments au motif qu'ils ne tiennent pas compte de la souveraineté du Parlement, Sir John LAWS conclut tout de même à cette solution : le *EC Act* ne peut pas être abrogé implicitement. Il s'agit là du principal effet – du moins le seul abordé dans cet arrêt – des lois constitutionnelles. Ainsi, selon les termes laconiques du juge LAWS, « les lois ordinaires peuvent être implicitement abrogées. Les lois constitutionnelles ne peuvent pas »<sup>148</sup>. Il sera ainsi traité en premier lieu des lois ordinaires (1), puis des lois constitutionnelles (2).

#### *1. Le maintien de l'abrogation implicite pour les lois ordinaires.*

Cela découle de la vision traditionnelle de la souveraineté du Parlement, que LAWS ne

---

<sup>148</sup>*Id.*, §63.

remet pas en cause. Il se range ainsi, mais uniquement en ce qui concerne les lois ordinaires, aux arguments des commerçants.

La doctrine de l'abrogation implicite prévoit que « si le Parlement a adopté des lois successives qui dans une interprétation juste de chacune d'entre elles révèlent des dispositions irrémédiablement incompatibles, la loi la plus ancienne est implicitement abrogée [*impliedly repealed*] par la plus récente »<sup>149</sup>. Comme le souligne ensuite Sir John LAWS, dans le cas contraire une loi ancienne pourrait contraindre une loi plus récente, ce qui est incompatible avec le principe de souveraineté parlementaire<sup>150</sup>. Les arguments des commerçants, formulés par M. SHRIMPTON<sup>151</sup>, se basaient sur la doctrine classique de l'abrogation implicite, telle qu'énoncée par la Chambre des *Lords* dans les affaires *Vauxhall Estates Ltd*<sup>152</sup> et *Ellen Street Estates Ltd*<sup>153</sup>.

Cette doctrine n'est absolument pas rejetée par Sir John LAWS, mais il affirme cependant que la *common law* a évolué en lui opposant des exceptions. Il théorise alors cette évolution de la *common law* en insérant dans le droit britannique une catégorie de lois constitutionnelles, qui regroupe toutes les lois ne pouvant être abrogées implicitement.

## 2. Le refus de l'abrogation implicite pour les lois constitutionnelles.

Selon Lord LAWS, pour l'abrogation d'une loi ou d'un droit constitutionnel, les cours doivent effectuer un test : « est-il démontré que l'intention réelle – pas imputée, interprétée, ou présumée – de la législature était d'effectuer l'abrogation [de la loi ou du droit en cause]? »<sup>154</sup>.

Ainsi toute modification de loi constitutionnelle ne peut intervenir que si le Parlement s'est

---

149*Id.*, §37.

150*Id.*

151*Id.*, §42.

152[1932] 1 KB 733

153[1934] 1 KB 590

154*Thuborn v. Sunderland City Council*, §63.

clairement et explicitement prononcé en ce sens. Cette théorie semble éviter qu'un Parlement puisse lier ses successeurs, et ainsi préserve la souveraineté.

Il n'en demeure pas moins que les lois sont ainsi *entrenched*, c'est à dire « consolidées » : elles sont plus rigides que les lois ordinaires. C'est cette même conclusion – l'impossibilité d'abrogation implicite – que défendait Mlle SHARPSTON, avocate de la ville de *Sunderland*. Cependant son raisonnement est très différent de celui de *Lord LAWS* : là où ce dernier se base sur une évolution de la *common law* qui reconnaît désormais des lois constitutionnelles, Mlle SHARPSTON se basait uniquement sur le droit de l'Union européenne. Elle soutenait en effet que ce droit n'est pas seulement incorporé, mais « *entrenched* », et ce non par le biais du droit britannique mais par les principes du droit de l'Union<sup>155</sup>. LAWS rejettera cet argument qui soumet l'ordre juridique britannique au droit européen.

L'arrêt *Thuborn* ne fait état d'aucune autre caractéristique des lois constitutionnelles que cette impossibilité d'être implicitement abrogées. Ce qui semble plutôt faible pour des lois qui concernent en premier lieu les relations des citoyens avec l'État et les droits fondamentaux.

## **II. Des caractéristiques limitées.**

On l'aura compris : la position de Sir John LAWS lui permet de préserver le *EC Act* sans remettre en cause la souveraineté du Parlement, qui peut en théorie toujours revenir sur cette loi dès lors qu'il le fait explicitement. Or cette conséquence semble pour le moins limitée. Elle a notamment pour conséquence de permettre au Parlement de revenir sur les

---

<sup>155</sup>*Thuborn v. Sunderland City Council*, §56.

droits constitutionnels, à l'unique condition de le faire expressément. La position de LAWS apparaît donc comme fragile parce que les lois constitutionnelles ne sont pas réellement consolidées (1) notamment lorsque la question est posée au travers du prisme des droits fondamentaux (2).

### *1. Une consolidation relative.*

Une critique peut être opposée à l'affirmation de Sir John LAWS de l'existence d'une catégorie de loi constitutionnelle. Il s'agit des effets de lois dont la seule caractéristique est l'impossibilité d'être abrogées implicitement. L'abrogation expresse reste quant à elle possible – le *Lord Justice LAWS* y voit la preuve de l'absence d'altération de la souveraineté du Parlement.

Par conséquent, cette élévation de certaines lois au rang constitutionnel ne doit pas amener à penser que la doctrine britannique s'est rangée à l'idée de poser par écrit les normes constitutionnelles. Loin s'en faut. Il convient de se garder de lire l'arrêt *Thoburn* avec la conception « continentale », ou « normativiste » de la constitution. Sir John LAWS, en faisant émerger des lois constitutionnelles, les a seulement fait sortir du champ de l'abrogation implicite. Bien qu'il parle de hiérarchie, celle-ci ne doit pas être entendue au sens normativiste du terme : nulle part LAWS n'affirme que les lois constitutionnelles doivent primer les lois ordinaires. L'idée de hiérarchie de normes si commune en France, inspirée de KELSEN et présentée sous forme de pyramide, est absente du raisonnement de LAWS, comme elle l'est, au demeurant, du droit constitutionnel britannique.

C'est pour cela que l'arrêt *Thoburn* n'aborde pas la question du pouvoir constituant. La constitution anglaise, comme le disait DICEY, est faite par les juges, elle est donc basée sur la *common law*. LAWS se rapproche d'autant plus de l'opinion de DICEY lorsque ce dernier



affirme que « comme « législateur » il [le Parlement] peut faire des lois ordinaires, comme assemblée « constituante », il peut faire des lois qui modifient le fondement de la constitution »<sup>156</sup>. Mais cela ne doit pas faire oublier que dans la théorie de LAWS c'est au juge qu'il échoit d'élever une loi au niveau constitutionnel. Cela montre toute l'importance que prend le juge, et en cela la *rule of law*, face au Parlement.

Malgré cette faiblesse, LAWS affirme que l'existence de lois constitutionnelles est « hautement bénéfique »<sup>157</sup>, car elle permet d'avoir « la majorité des bénéfices d'une constitution écrite »<sup>158</sup>, tout en conservant la flexibilité de la constitution britannique. C'est précisément sur ce point que la question des droits fondamentaux est intéressante, car il est clair que, pour LAWS, les bénéfices d'une constitution écrite résident dans une meilleure protection des droits fondamentaux. Or cela n'est pas si évident.

## 2. Une faible protection des droits et libertés.

L'arrêt *Thoburn* entend répondre à la demande, apparue au début des années 1990, d'adoption d'un *Bill of rights* qui soit *entrenched*. En effet les anglais doutent de plus en plus sur la capacité de la *common law*, et de la *rule of law*, de protéger les droits et libertés fondamentaux dès lors que le Parlement peut supprimer, modifier ou supprimer ces droits et libertés<sup>159</sup>. Le *Human Rights Act* fut un début de réponse. L'arrêt *Thoburn* la complète en donnant un rang constitutionnel aux textes concernant les droits et libertés fondamentaux.

Il est cependant étonnant que des lois qualifiées de fondamentales ou constitutionnelles n'aient pour seule caractéristique que l'impossibilité d'être abrogées implicitement. Ceci est d'autant plus frappant que selon le Sir John LAWS le régime des lois

156 DICEY, *Introduction to the Study of The Laws of the Constitution*, op. cit., p.37, traduction par KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, coll, Les voies du droit, 1996, p.40.

157 *Thoburn v. Sunderland City Council*, §64.

158 *Ibid.*

159 ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 105 (§102).

constitutionnelles est le même que celui des droits fondamentaux. Ces derniers pourraient donc être abrogés par le Parlement, à la seule condition qu'il le fasse expressément. Il est donc impossible de retrouver, dans cette théorie, la rigidité propre aux constitutions écrites qui permet de soustraire les droits fondamentaux des aléas politiques et de la bonne volonté du pouvoir législatif.

Il n'en demeure pas moins que cet arrêt, en élevant certaines lois à un statut constitutionnel, peut être situé au sein des doctrines du « constitutionnalisme de *common law* », dont l'un des plus grands théoriciens n'est autre que Sir John LAWS.

## Chapitre 2. Une illustration du constitutionnalisme de *common law*.

Le constitutionnalisme peut être défini comme une « philosophie du droit constitutionnel des origines »<sup>160</sup>, d'inspiration libérale, qui voit dans l'établissement d'une constitution une limitation des pouvoirs, à l'instar de Montesquieu et comme énoncé à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. L'esprit du constitutionnalisme a récemment retrouvé un nouvel engouement avec l'apparition de juridictions constitutionnelles<sup>161</sup>.

Le constitutionnalisme de *common law* est apparu, historiquement, avant la « glorieuse révolution » de 1688. Certains juristes considéraient en effet que la *common law* était supérieure aux lois écrites, et il revenait au juge de la faire appliquer. Ainsi, cette théorie portait « l'idée que certains principes de la *common law* formaient des éléments constitutifs de lois fondamentales »<sup>162</sup>. Sir Edward COKE eu, au XVII<sup>ème</sup> siècle, une grande influence dans l'émergence de ces théories<sup>163</sup>. Après 1688, le principe de la Souveraineté du Parlement a pris le dessus sur cette doctrine, et les juges se sont petit à petit considérés comme obligés par les

---

160 DE VILLIERS Michel, LE DIVELLEC Armel, « Constitutionnalisme », *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 2011, p.79.

161 *Id.*

162 WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 253 (§439).

163 *Id.*

lois du Parlement.

Cette doctrine va renaître ces dernières années, principalement sous « l'influence du droit de l'Union européenne sur l'ordre juridique britannique »<sup>164</sup>. Ce renouveau permet « d'accorder une place plus importante au concept de *rule of law*, voire [pour certains auteurs] une préséance par rapport au principe de souveraineté du Parlement »<sup>165</sup>. Il s'agit donc d'une doctrine totalement opposée aux enseignements de DICEY qui, s'ils insistaient sur l'importance du *rule of law*, concluaient malgré tout à une prédominance de la souveraineté du Parlement.

En ce sens, l'arrêt *Thoburn* est certainement la meilleure illustration jurisprudentielle de ce renouveau du constitutionnalisme de *common law*. Il convient donc de voir quels sont les tenants et les aboutissants de cette doctrine, et notamment pour Sir John LAWS (Section 1), afin d'étudier ensuite leur mise en pratique, qui se limite peu ou prou à l'affaire *Thoburn* (Section 2).

## **Section 1. La renaissance du constitutionnalisme de *common law*.**

Dans un article intitulé « *Back to the future ? Unearthing the Theory of Common Laws Constitutionalism* »<sup>166</sup>, Thomas POOLE montre les différences doctrinales entre les différents auteurs qui participent à ce mouvement de renaissance du constitutionnalisme de *common law*. Il présente quatre auteurs qui se situent dans ce mouvement<sup>167</sup> : Trevor ALLAN, Dawn OLIVER, Paul CRAIG, et Sir John LAWS, qui rédigeât l'opinion de l'arrêt *Thoburn*. Le

---

<sup>164</sup>*Id.*, p. 254 (§440).

<sup>165</sup>*Id.*

<sup>166</sup>POOLE Thomas, « Back to the future ? Unearthing the Theory of Common Laws Constitutionalism », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, N°3, 2003, pp. 435-454.

<sup>167</sup>*Id.*, p. 438 ; Voir aussi WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 254 (§440).

constitutionnalisme de *common law* sera donc étudié en premier lieu dans sa généralité (I), pour ensuite se pencher sur les opinions de Sir John LAWS (II).

## **I. Généralités sur la renaissance constitutionnalisme de *common law*.**

Deux caractéristiques principales de cette doctrine peuvent être identifiées : elle est d'une part centrée sur la *common law*, qui est vu comme un droit abouti qui répond aux besoins humains (1), et elle est d'autre part très favorable au pouvoir judiciaire (2).

### *1. Une doctrine centrée sur la common law.*

Ce renouveau du constitutionnalisme de *common law* a des sources multiples. A la suite de Thomas POOLE, on peut noter que les profonds changements du droit public de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle y ont une importance considérable. Il s'agit en premier lieu de la remise en cause de l'État providence, notamment par les réformes et privatisations menées par le gouvernement de Margareth TATCHER. Ces réformes ont brouillé la séparation entre droit public et droit privé, et ont poussé les juristes publicistes à redéfinir leur discipline, les valeurs qu'elle portait depuis l'« ère Beveridge » étant remises en cause<sup>168</sup>. D'autre part, la montée en puissance du *judicial review* durant la même période, et donc la hausse des conflits entre les cours et le gouvernement, a de la même manière amené les publicistes à s'interroger sur l'essence de leur discipline<sup>169</sup>. C'est dans ce contexte que s'est réalisée la renaissance du constitutionnalisme de *common law*.

---

168 POOLE Thomas, « Back to the future ? Unearthing the Theory of Common Laws Consitutionalism », *op. cit.*, p. 436.

169 *Id.*, p. 437.

Trois caractéristiques sont identifiées par Thomas POOLE<sup>170</sup> comme constitutives de la doctrine du constitutionnalisme de *common law*. Le premier est que la *common law* répond aux besoins essentiels des êtres humains. Cette caractéristique repose sur la philosophie essentialiste, la constitution devant répondre aux besoins essentiels de la société<sup>171</sup>.

La deuxième caractéristique repose sur l'importance des cours de justice, qui sont les mieux à même de répondre aux aspirations de la société. Cette doctrine aboutit donc à une haute considération de l'institution judiciaire. Ils considèrent ainsi que « les Cours sont la seule institution qui exerce un pouvoir politique capable d'inspirer confiance pour s'assurer que les conditions essentielles de l'épanouissement individuel sont préservées »<sup>172</sup>. Ainsi Trevor ALLAN pense que la jurisprudence, dans le système juridique britannique, est « l'exemple de la raison publique »<sup>173</sup>.

Enfin, la troisième caractéristique est la place de l'Histoire comme justification de cette doctrine. Tous les tenants du constitutionnalisme de *common law* se réfèrent ainsi souvent aux différentes décisions rendues par Sir Edward COKE au XVII<sup>ème</sup> siècle<sup>174</sup>.

## 2. Une doctrine propice au pouvoir judiciaire.

La principale donnée de cette doctrine de constitutionnalisme est la place suprême qu'occupe la *common law* dans l'ordre juridique britannique. C'est pour cela que ces auteurs voient dans les cours de justice l'institution fondamentale de la constitution britannique. Ainsi, « cette théorie suppose, pour résumer, que les cours de *common law* sont au centre du système de la politique constitutionnelle qui est suprême dans la communauté politique et que le

---

170 *Id.* pp. 439-447.

171 WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 254 (§441).

172 POOLE Thomas, « Back to the future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, p. 441 : « *the courts is the only institution that wields political power which can be trusted to ensure that the conditions essential for individual flourishing are preserved* ».

173 *Id.* pp. 442 et s.

174 *Id.* p. 446.

mécanisme primaire par lequel une telle politique fonctionne le fait par le biais du *judicial review* »<sup>175</sup>.

Ainsi, on comprendra que les auteurs du constitutionnalisme de *common law* s'intéressent de près au *judicial review*. Cependant leur vision est différente de la doctrine classique, qu'ils contestent, préférant défendre un modèle de *judicial review* dit de « *common law* ». Cela s'accompagne aussi d'un scepticisme sur la doctrine de l'*ultra vires*, notamment Sir John LAWS, Dawn OLIVER et Paul CRAIG<sup>176</sup>. Ces auteurs ne voient en effet pas seulement dans le *judicial review* qu'un simple contrôle de la compétence législative des autorités administrative, les normes de ce contrôle sont contenues dans la *common law* et dépassent les dispositions législatives.

Sir John LAWS a développé une doctrine particulièrement proche de ce cadre général.

## **II. L'affiliation de Sir John LAWS au constitutionnalisme de *common law*.**

Sir John LAWS est incontestablement un défenseur de cette doctrine du constitutionnalisme de *common law*. Cela se retrouve dans les fondements philosophiques de sa pensée (1) et dans sa conception de la *rule of law* (2).

### *1. Les fondements philosophiques.*

La philosophie politique de LAWS, fondée sur la morale kantienne, est libérale et

---

<sup>175</sup>*Ibid.* p. 447 : « *That theory assumes, to recapitulate, that the common law court stands at the centre of a scheme of constitutional politics that is paramount within the political community and that the primary mechanism by which such a politics operates is through the process of judicial review* ».

<sup>176</sup>*Ibid.* p. 439.

individualiste<sup>177</sup>. C'est ainsi à partir des maximes de cette morale qu'il définit le but de la *common law*, qui doit être de considérer chaque personne toujours comme une fin et jamais seulement comme un moyen<sup>178</sup>.

Si pour LAWS « la tâche d'un théoricien de droit public est de rechercher la bonne constitution »<sup>179</sup>, cette dernière est comprise dans la *common law*.

En cela, il s'accommode fort bien de l'accroissement du champ du *judicial review* à l'œuvre au Royaume-Uni depuis les années soixante<sup>180</sup> : ce dernier ne doit pas seulement se limiter au contrôle dicté par la doctrine *ultra vires*, mais véritablement faire prévaloir des « idéaux éthiques »<sup>181</sup>.

Les droits fondamentaux occupent une place fondamentale dans la philosophie de Sir John LAWS. Se basant sur la Conv. EDH, il a soutenu, avant 1998, que cette dernière pouvait être appliquée au Royaume-Uni sans qu'il soit besoin d'une loi pour l'intégrer. En effet, dans un article de 1993, il distinguait déjà une catégorie de droits fondamentaux que les juges étaient les mieux à même de faire respecter<sup>182</sup>. Il résulte de cela que « les cours pourraient utiliser correctement la Convention comme un texte pour informer la *common law* comme elles le faisaient lorsqu'elles utilisaient des décisions de cours étrangères dans d'autres domaines »<sup>183</sup>.

Il apparaît donc clairement que cette doctrine est favorable au pouvoir judiciaire, car elle porte une redéfinition de la *rule of law*.

---

177 GRIFFITH J. A. G., « The Brave New world of Sir John Laws », *The Modern Law Review*, Vol. 63, 2000, N° 2, p.172.

178 *Ibid.*

179 POOLE Thomas, « Back to the future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, p. 440 « *Laws defines the public law theorist's task as a search 'for the good constitution'* ». Voir aussi LAWS John, « The constitution : Morals and Rights », *Public Law*, 1996, pp. 622 et s.

180 Cf. *supra*. Voir aussi : GRIFFITH J. A. G., « The Brave New world of Sir John Laws », *op. cit.*, p.172 et ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, pp. 110-112 (§109-111).

181 GRIFFITH J. A. G., « The Brave New world of Sir John Laws », *op. cit.*, p.172

182 *Ibid.* p. 160.

183 *Ibid.* : « *the courts could properly use the European Convention as a text to inform the common law as they did when they looked to the decisions of foreign courts in other fields* ».



## 2. Une redéfinition de la rule of law.

Comme tous les autres tenants du constitutionnalisme de *common law*, Sir John LAWS confère aux cours de justice un rang suprême dans l'ordre juridique britannique. Ainsi, « les propositions avancées par Sir John LAWS prêchent ouvertement pour un déplacement de pouvoir massif de l'exécutif et du Parlement vers le pouvoir judiciaire »<sup>184</sup>.

Il s'agit, comme le constate GRIFFITH, d'une redéfinition de la *rule of law* : « La *rule of law*, il semble, est remplacée par la règle de la raison basé sur l'impératif catégorique de Kant »<sup>185</sup>. Il poursuit en commentant : « Ceci est ambitieux et peut-être hors de portée de certains nos juges humains »<sup>186</sup>. Point alors la critique de GRIFFITH, fondée sur la légitimité des juges : ce dernier critique l'extension du pouvoir judiciaire induite par la doctrine de LAWS, car, à l'instar des contempteur du *constitutional review*, il n'en aperçoit pas la légitimité<sup>187</sup>.

Au demeurant, cela confirme bien l'appartenance par Sir John LAWS à la doctrine du constitutionnalisme de *common law*. Cela apparaît d'ailleurs clairement dans l'affaire *Thoburn*, qui est l'exemple le plus éclatant de mise en œuvre de cette doctrine. Mais malgré cet arrêt, cette doctrine n'a pas été réellement appliquée dans d'autres affaires.

---

184GRIFFITH J. A. G., « The Brave New world of Sir John Laws », *op. cit.*, p.173 : « The proposals advanced by Sir John Laws openly advocate a massive shift of power from the executive and Parliament to the judiciary » ;

185Id., p.173 : « The rule of law, it seems, is to be replaced by the 'rule of reason' based on Kant's categorical imperative. ».

186Id., p.173 : « This is ambitious and perhaps beyond the reach of some of our human judges ».

187Id., p.174.

## **Section 2. La faible mise en pratique du constitutionnalisme de *common law*.**

Rares sont les cas d'espèce dans lesquels la théorie du constitutionnalisme de *common law* fut réellement mise en pratique. C'est donc à propos du droit de l'Union européenne, dans l'affaire *Thoburn* que cette doctrine s'est appliquée avec le plus d'éclat (I). Au delà de cette affaire, il n'y a guère d'autres exemples de mise en œuvre du constitutionnalisme de *common law*, même si certains arrêts s'en approchent (II).

### **I. L'affaire *Thoburn* ou l'application par excellence du constitutionnalisme de *common law*.**

La doctrine de Sir John LAWS apparaît très clairement dans cet arrêt. En effet ce dernier constitutionnalise des lois sur le fondement de la *common law*. Il s'agit donc bien de mettre cette dernière au sommet du système juridique (1), pour ainsi créer une hiérarchisation (2).

#### *1. Le rang suprême de la common law.*

L'adjectif « constitutionnelles » ne doit pas tromper : ce ne sont pas ces lois, dont la particularité est de ne pouvoir être abrogées implicitement, qui priment l'ordre juridique britannique dans le système construit par Sir John LAWS, mais bien la *common law*.

Dans l'arrêt *Thoburn*, LAWS précise en effet que s'il existe des lois constitutionnelles,

c'est parce que la *common law* l'a, ces dernières années, « autorisé »<sup>188</sup>, ou « reconnu »<sup>189</sup>. C'est donc par une modification de la *common law* qu'il peut distinguer deux catégories de lois, l'apparition de lois constitutionnelles n'étant qu'une évolution de la constitution du Royaume-Uni. Par conséquent, l'arrêt *Thoburn* illustre l'assimilation de la constitution britannique à la *common law*. En effet, le lecteur de l'arrêt *Thoburn* aurait tort de croire qu'en posant l'existence de lois constitutionnelles, Sir John LAWS voulait les élever au rang suprême de l'ordre juridique. Cela reviendrait à calquer la constitution anglaise sur le modèle normativiste propre à certaines constitutions écrites alors que dans l'arrêt *Thoburn*, il n'y a de lois constitutionnelles qu'en raison d'une inflexion de la *common law* en ce sens, prouvant ainsi que c'est cette dernière qui est suprême.

Ainsi, si la doctrine de la souveraineté du Parlement a été modifiée, ne l'a pas été en vertu du droit européen, comme le soutenait Mlle SHARPSTON, mais en vertu de la *common law*<sup>190</sup>. Cela correspond tout à fait à la doctrine du constitutionnalisme de *common law*, car, comme le dit Rachel WASS-NOCQUET, « les tenants [de ce dernier] considèrent que le droit communautaire a valeur constitutionnelle, non pas en raison du *European Communities Act*, mais du fait que par sa simple appartenance à la Communauté, la Royaume-Uni a modifié son ordonnancement constitutionnel pour y inclure le droit communautaire et ses principes, au premier rang desquels le principe de primauté du droit communautaire »<sup>191</sup>.

LAWS fait donc de la *common law* le cadre suprême de l'ordre juridique du Royaume-Uni. Il en résulte logiquement que l'ordre juridique britannique est, dans la théorie de LAWS, soumis à la *common law*.

---

188 *Thoburn v. Sunderland City Council*, §60.

189 *Id.*, §62.

190 *Id.* §59.

191 WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 255 (§442).

## 2. Une hiérarchisation autour de la *common law*.

Sir John LAWS parle de hiérarchie entre lois constitutionnelles et lois ordinaires : « nous devons reconnaître une hiérarchie des lois du parlement : ainsi il y a des lois "ordinaires" et des lois "constitutionnelles" »<sup>192</sup>.

Cela soulève cependant la question de savoir s'il s'agit véritablement d'une hiérarchie. En effet, comme il a déjà été dit, la seule caractéristique notable des lois constitutionnelles par rapport aux lois ordinaires est qu'elles ne peuvent être abrogées implicitement. Il n'est pas possible d'en conclure qu'une hiérarchie des normes s'est mise en place. Pour cela, et selon les mécanismes propres aux systèmes normatifs inspirés de KELSEN, il faudrait que la validité de la loi ordinaire résulte de sa conformité à la loi constitutionnelle. Rien de tel ne peut être constaté dans la théorie de LAWS.

Or, et compte tenu de ce qui a été dit précédemment, il est possible de poser la question en terme de hiérarchie autour de la *common law*. En effet, dans la mesure où les juges apparaissent de plus en plus comme juges de la loi, il leur faut définir quelle est la norme de référence dans ce contrôle. Quoiqu'il en soit, il est certain que l'arrêt *Thoburn* écarte toute hiérarchie autour du droit de l'Union européenne, et ne la conçoit qu'au sein du droit interne britannique<sup>193</sup>. Par ailleurs, LAWS ne précise pas si les juges doivent annuler la loi ordinaire contraire à la loi constitutionnelle. La question ne se posait pas en l'espèce puisqu'il considère qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le *EC Act* de 1974 et la *Weights and Measures Act* de 1987. Dans un autre jugement qu'il a rendu la même année, le juge LAWS a poussé son raisonnement plus loin, laissant entrevoir une direction plus « constitutionnaliste » : « En l'état actuel de son évolution, il est possible de dire que le système britannique se situe à une étape intermédiaire, entre la suprématie parlementaire et la suprématie constitutionnelle »<sup>194</sup>.

---

192 *Id.*, §62.

193 NGUYÊN-DUY Iris, *La souveraineté du Parlement britannique*, *op. cit.*, pp. 490-491. Voir aussi ELIOTT Mark, « Embracing "Constitutional" legislation : Towards fundamental law ? », *op.cit.*

194 *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department*, (2001) EWCA Civ.

Il apparaît donc clairement que l'arrêt *Thoburn* est bel et bien une application du constitutionnalisme de *common law*. Force est cependant de remarquer qu'il est l'unique affaire où cette doctrine s'est affichée avec autant de clarté.

## II. Une mise en pratique limitée du constitutionnalisme de *common law*.

Si l'on excepte l'arrêt *Thoburn*, peu d'affaires font montre d'une telle conception du droit britannique. Hormis celles jugées par Sir John LAWS, les plus hautes cours du Royaume-Uni n'ont pas repris cette doctrine du constitutionnalisme de *common law*. De celles qui furent jugées par LAWS, *Thoburn* reste la plus évocatrice en la matière. Cependant, l'arrêt *Jackson* montre que les rapports entre juges et Parlement évoluent dans une direction proche de celle empruntée par le constitutionnalisme de *common law* (1), ce qui tend à montrer qu'il existe un mouvement de fond dans le droit constitutionnel britannique (2).

### 1. L'arrêt Jackson et la prévalence de la rule of law.

Dans l'affaire *Jackson*, il a été affirmé que la souveraineté du Parlement est un principe mal adapté au Royaume-Uni contemporain. Ainsi, selon Lord STEYN :

« [La souveraineté du Parlement] est une construction de la *common law*. Les juges ont créé ce principe. Si c'est le cas, il n'est pas impensable que des circonstances puissent amener les cours à reconnaître un principe établi sur une théorie différente du constitutionnalisme »<sup>195</sup>.

---

158, (2002) 3 WLR 344, §71, cité dans NGUYÊN-DUY Iris, La souveraineté du Parlement britannique, *op. cit.*, p. 490 : « *In its present state of evolution, the British system may be said to stand at a intermediate stage between parliamentary supremacy and constitutional supremacy* », traduction de Iris NGUYÊN-DUY. 195[2005] UKHL 56, Lord Steyn §102. Cité dans GUILLUY Thibault, « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision *Jackson* », *op. cit.*, p. 22.

Le rapport de soumission est ainsi renversé : ce ne sont plus les juges qui obéissent au Parlement, mais ce dernier qui doit sa souveraineté de la *common law*. Au demeurant, la décision *Jackson* montre ainsi que ce sont les juges qui, au Royaume-Uni, définissent ce qu'est une loi du Parlement<sup>196</sup>.

Cela marque une évolution du comportement des juges face au Parlement. Ils ont accepté qu'un acte adopté en vertu du *Parliament Act* de 1911 – donc sans l'accord de la Chambre des Lords – n'en était pas moins une loi du Parlement, comme celles qui ont bénéficié de l'approbation des deux chambres. Les Lords Justice ont ainsi jugé la procédure législative, alors que le *Bill of Rights* de 1689 l'interdit expressément. Cela montre bien que le droit constitutionnel britannique est dans une profonde période de mutation.

## 2. *L'hypothèse d'une mutation profonde du droit constitutionnel.*

S'il n'y a pas de reconnaissance expresse de la doctrine du constitutionnalisme de *common law* par les juges, n'y a-t-il pas pour autant un mouvement, plus implicite, en ce sens ? Que le droit constitutionnel britannique soit en pleine mutation, beaucoup d'auteurs en conviennent, et les droits européens sont certainement les principaux moteurs de cette évolution.

L'intégration du droit de l'Union européenne a rendu nécessaire un effort jurisprudentiel en vue de concilier la constitution britannique avec « les exigences du constitutionnalisme moderne »<sup>197</sup>. La souveraineté du Parlement est le principe le plus exposé à une remise en cause, parce qu'il a un caractère absolu difficilement compatible avec les exigences de l'État de droit. Toutefois, il serait erroné d'en conclure qu'il s'agit d'une rupture, car le droit constitutionnel anglais a cet avantage de la souplesse qui lui permet de s'adapter à

---

<sup>196</sup>*Ibid.*

<sup>197</sup>GUILLUY Thibault, « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision *Jackson* », *op.cit.*, p. 26.

l'internationalisation du droit.

La meilleure explication qui a été avancée concernant cette évolution est peut-être celle d'une modification de la « règle de reconnaissance » anglaise. Pour HART, cette dernière est « la règle admise [...] déterminant les critères de validité juridique », constituant ainsi « le fondement d'un système juridique »<sup>198</sup>. Elle est établie par les cours de justice qui l'utilisent ensuite. HART formule cette règle de reconnaissance : « Ce que la Reine et le Parlement constitue conjointement constitue du droit »<sup>199</sup>. L'affaire *Factortame*, selon WADE, modifie cette règle de reconnaissance, en admettant qu'un Parlement puisse lier ses successeurs<sup>200</sup>.

La montée en puissance des juges, constatée par ces auteurs, peut ainsi être interprétée comme une remise en cause de la règle de reconnaissance identifiée par HART. C'est là un des principaux effets de l'intégration du droit de l'Union européenne sur la constitution du Royaume-Uni. Aidan O'NEILL a su résumer cette modification de l'ordre juridique britannique : « la réception du droit communautaire par les juridictions du Royaume-Uni dans les années 1980 a marqué un changement de paradigme dans la constitution du Royaume-Uni, où les juges nationaux commencèrent seulement à utiliser et appliquer quelques principes établis depuis longtemps en droit communautaire, tels que l'effet direct et la primauté sur le droit national, pour réaffirmer leur souveraineté indépendante en tant que bras judiciaire de la constitution. Le droit communautaire est ainsi devenu le moyen par lequel les juges pourraient faire valoir la souveraineté du pouvoir judiciaire sur et contre le pouvoir exécutif et le Parlement. »<sup>201</sup>

---

198 HART H.L.A., *Le concept de droit*, 2<sup>ème</sup> ed. (1994), trad. fr. Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005, p. 168. Voir aussi GUILLUY Thibault, « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision *Jackson* », *op. cit.* p. 6.

199 *Id.*

200 WADE H.W.R., « Sovereignty – Revolution or Evolution ? », *op. cit.*, p. 574. Sur ce point, aussi, DUFFY Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni* », *op. cit.*, p.415 (§700).

201 O'NEILL Aidan, « Fundamental Rights and the Supremacy of Community Law in the United Kingdom after Devolution and the Human Rights Act », *PL*, 2002, p.734 : « *the reception of community law by the United Kingdom courts in the course of the 1980s marked a paradigm shift in the United Kingdom constitution, whereby the national judges at least began to use and apply a long-settled principles of community law such as direct effect and primacy over national law to reassert their independant sovereignty as judicial arm of the constitution. Community law thus became the means whereby the judges could assert the sovereignty of*

## Conclusion.

Au terme de cette étude, il appert clairement, toujours eu égard à l'arrêt *Thoburn*, que l'effet principal de l'intégration du droit de l'Union européenne sur la constitution du Royaume-Uni est une montée en puissance des Cours de justice, au détriment de la souveraineté du Parlement.

Le point de départ fut une étude législative de l'intégration de la primauté du droit de l'Union européenne, et son achèvement est le constat d'une montée en puissance des juges. Il y a donc une redéfinition de la balance entre le Parlement et les cours. Cela apparaissait déjà dans l'affaire *Factortame*, et l'arrêt *Thoburn* confirme cette évolution. En ce sens, l'impact du droit de l'Union européenne, mais aussi de la Conv. EDH, contribue à faire entrer le Royaume-Uni dans le modèle européen de démocratie constitutionnelle<sup>202</sup>.

C'est notamment parce qu'il tend à réévaluer la *common law* et qu'il identifie des lois constitutionnelles que cet arrêt est particulièrement intéressant. Il montre bien une volonté de formalisation de la constitution britannique, qu'il serait cependant erroné de croire nouvelle<sup>203</sup>.

Il serait de même erroné de croire que la constitution britannique en est bouleversée.

---

*judicial power over and against the executive and Parliament.* »

202 JOWELL Jeffrey, "Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis", *PL*, 2006, p. 575.

203 Elle remonte aux origines du constitutionnalisme occidental, au XVIII<sup>ème</sup> siècle, et se retrouve en particulier chez Thomas PAINE. Voir sur ce point l'introduction de l'ouvrage de Denis BARANGER, *Ecrire la constitution non écrite – une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, pp. 1 et s., et en particulier p. 3.



Le principal intérêt de l'arrêt *Thoburn* est de montrer que, à sa suite, la constitution britannique a fait preuve d'une formidable capacité d'adaptation face à l'intégration du droit de l'Union européenne.

Enfin, pour terminer, une réflexion peut être avancée sur la place des droits internationaux en droit britannique. Ce dernier se réclame du dualisme<sup>204</sup>, c'est à dire que les textes internationaux doivent être incorporés par le biais d'un acte interne pour y avoir force juridique.

L'affaire *Thoburn* montre qu'il est inhérent à tout ordre juridique de revendiquer sa propre suprématie. En effet, si un système de droit acceptait de se soumettre à un autre système juridique, le premier se dissoudrait inévitablement dans le second. Pour exister, chaque ordre juridique doit donc présupposer sa propre souveraineté, comme l'ont compris les juges français, alors que la Constitution de 1958 est ambiguë sur ce point<sup>205</sup>. Le Royaume-Uni ne fait pas exception à cette règle, et l'arrêt *Thoburn* le montre à merveille : alors qu'il est évident que depuis les années 1990 le Parlement voit sa souveraineté rétrécir face au droit de l'Union européenne, le risque était grand de voir ce derniers primer sur la totalité du droit britannique<sup>206</sup>. LAWS a alors substitué à la suprématie des lois du Parlement la suprématie de la *common law*, de sorte que l'ordre juridique britannique peut toujours revendiquer sa souveraineté<sup>207</sup>. Ainsi, si de nombreuses concessions ont été faites en matière de droit constitutionnel face à la construction européenne, il n'y a pas eu pour autant d'acculturation. L'arrêt *Thoburn* est l'expression la plus éclatante de cette volonté de conserver un système constitutionnel fondé sur la *common law*.

---

204SPENCER J. R., PADFIELD Nicola, « L'intégration des droits européens en droit britannique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n°3, p. 536.

205Voir les arrêt : CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, et Cass., Ass. Plèn., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*.

206C'était la position de Mlle Sharpston, avocate du *Sunderland City Council* dans l'affaire *Thoburn*.

207En cela la solution de l'arrêt *Thoburn* peut être comparée à celle des juridictions constitutionnelles allemande, italienne et française. Voir sur ce point : WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, *op. cit.*, pp. 266 et s. (§460 et s.).

## **Annexes**

**1. Arrêt *Thoburn***

**2. Dispositions pertinentes du *EC Act*.**

# Annexe 1 : Arrêt *Thoburn*

Neutral Citation Number: [2002] EWHC 195 Admin  
IN THE SUPREME COURT OF JUDICATURE  
QUEEN'S BENCH DIVISION  
DIVISIONAL COURT

Royal Courts of Justice  
Strand,  
London, WC2A 2LL

Monday 18<sup>th</sup> February 2002

**Before:**

**LORD JUSTICE LAWS**  
and  
**MR JUSTICE CRANE**

**AND BETWEEN:**

Case Number: CO/3308/2001

**STEVE THOBURN**  
- and -  
**SUNDERLAND CITY COUNCIL**

**Appellant**

**Respondent**

**BETWEEN:**

Case Number: CO/3639/2001

**COLIN HUNT**  
- and -  
**LONDON BOROUGH OF HACKNEY**

**Appellant**

**Respondent**

**AND BETWEEN:**

Case Number: CO/3993/2001

**(1) JULIAN HARMAN**  
**(2) JOHN DOVE**  
- and -  
**CORNWALL COUNTY COUNCIL**

**Appellant**

**Respondent**

**AND BETWEEN:**

Case Number: CO/4100/2001

**PETER COLLINS**  
- and -  
**LONDON BOROUGH OF SUTTON**

**Appellant**

**Respondent**

-----  
(Transcript of the Handed Down Judgment of  
Smith Bernal Reporting Limited, 190 Fleet Street  
London EC4A 2AG  
Tel No: 020 7421 4040, Fax No: 020 7831 8838  
Official Shorthand Writers to the Court)  
-----

**Michael Shrimpton** instructed by Percy Short & Cuthbert for the 2nd Appellant Hunt; instructed by Sproulls for the 3rd and 4<sup>th</sup> Appellants Harman and Dove, instructed by McKenzie Bell for the 1st Appellant Thoburn; and leading **Helen Jefferson** for the 1<sup>st</sup>, 2<sup>nd</sup>, 3<sup>rd</sup> & 4<sup>th</sup> Appellants; **Quinton Richards**, instructed by Pilgram Heron for the 5th Appellant Collins)

**Simon Butler** (instructed by Legal Services for London Borough of Hackney and instructed by Legal Services for Cornwall County Council)

**Eleanor Sharpston QC and Philip Moser** (instructed by Colin G Langley, Director of Administration for Sunderland City Council)

**Fiona Darroch** (instructed by Legal Services for London Borough of Sutton).

-----  
**Judgment**  
**As Approved by the Court**

Crown Copyright ©

**Lord Justice Laws:**

**INTRODUCTORY**

- 1 These are four appeals by way of case stated. All of them are about the law relating to weights and measures. That may seem a dry enough subject. But the appeals raise issues which have excited much feeling. They concern the municipal legislation giving effect to the policy of the European Union (“EU”) to introduce in the Member States compulsory systems of metric weights and measures. So in the United Kingdom our imperial measures, much loved of many, seem to face extinction. Not all at once; there are

exceptions and postponements, as I shall show. Mr Shrimpton for the appellants says that the crucial legislation, which is all in the form of subordinate instruments made by ministers, is entirely invalid. He would have us view this litigation as a great constitutional case. However that may be, it has certainly required the court to travel over much constitutional territory, and to consider the relationship between on the one hand the law of the EU - that is, the Treaties themselves, subordinate European legislation, and the jurisprudence of the Court of Justice, and on the other, our domestic law - that is, primary legislation passed by Parliament, subordinate legislation made by ministers, and the jurisprudence of our higher courts. But this antithesis is in one sense misstated. The law of the EU is itself part of our domestic law, by force of the European Communities Act 1972. The true opposition for Mr Shrimpton's purpose is between the claim of European law to be supreme in each of the Member States and the traditional doctrines of the common law relating to the supremacy of Parliament, and I will explain this in due course.

## **THE FACTS**

### *Thoburn*

- 2 Steven Thoburn trades as a greengrocer in Sunderland. In the course of his trade he used weighing machines calibrated in pounds and ounces. On 16 February 2000 he was warned by a properly authorised inspector that these machines did not comply with current legislation. He was served with a 28-day notice requiring that the machines be altered so as to yield measurements in metric units. He did not obey the notice. On 31 March 2000 the inspector obliterated the imperial measure stamps on his machines. He continued to use these now unstamped machines to sell loose fruit and vegetables by pound and ounce. He was prosecuted for two offences (there being two relevant machines) under s.11(2) and (3) of the Weights and Measures Act 1985. I will set out these provisions and all the relevant legislation in due course. Mr Thoburn's trial took place before District Judge Morgan in the Sunderland Magistrates Court over five days in January and March 2001. He pleaded not guilty to both charges. He was represented by Mr Shrimpton, and the prosecutor, the Sunderland City Council, by Miss Sharpston QC: as they have been represented before us. There was no dispute about the facts. The case for the defence effectively consisted in the submissions which Mr Shrimpton has addressed to us on these appeals. On 9<sup>th</sup> April 2001 the District Judge delivered a judgment to whose rigour and fullness I would pay tribute. He rejected Mr Shrimpton's arguments and convicted Mr Thoburn.

### *Hunt*

- 3 Colin Hunt sold fruit and vegetables from a stall in Hackney. On 22 and 26 September 2000 officers of the Hackney Borough Council's Trading Standards Office visited the stall. On 22 September the officer bought three sweet potatoes and two pieces of plantain. The unit prices for both were displayed by reference to pounds weight, not kilograms. On 26 September officers went to the stall on three separate occasions. On the first, the officer bought two pieces of cassava. On the second and third the officers respectively purchased plantain and sweet potatoes. In every instance the prices were marked by reference to pounds weight. In addition the officers determined that the quantity delivered in each case

was less in weight than the amount which would have corresponded with the price. Mr Hunt was charged with six offences of failing to display a unit price per kilogram, contrary to Article 5 of the Price Marking Order 1999 and s.4 of the Prices Act 1974. In addition he was charged with four offences of delivering a lesser quantity than that which corresponded with the price charged, contrary to the same provisions. As regards these latter charges it is important (in light of the argument relating to them) to notice that at some time before September 2000 Mr Hunt was advised by the council to dispose of the imperial scales he had been using, and took the advice. He obtained a set or sets of metric scales in their place. Thus in September 2000 he was advertising his wares with prices marked up by reference to pounds, but had to weigh out the quantities on scales calibrated in metric measures. So for every sale, he had to convert the goods' weight in metric to imperial so as to arrive at the correct price. In these circumstances it is said (and there is no reason to doubt) that the offences of delivering underweight goods were the consequence of innocent mistakes of calculation. The fact of Mr Hunt's having only metric scales in September 2000 is not in the stated case, as it should have been. However it is agreed between the parties.

- 4 Mr Hunt was tried by District Judge Baldwin at the Thames Magistrates Court on 20 June 2001, when he pleaded not guilty on all charges. Again, there was no dispute as to any of the facts. As I understand it the reasoned decision of District Judge Morgan in Mr Thoburn's case was put before District Judge Baldwin, and also before the magistrates in the two remaining cases whose facts I shall shortly describe. In all of these cases the same constitutional arguments as had been advanced by Mr Shrimpton in Sunderland were relied on. In addition it was submitted in Mr Hunt's case that prosecution of the charges of delivering underweight goods amounted to an abuse of process. District Judge Morgan's judgment was not of course binding on any other court. However District Judge Baldwin followed it. He also rejected the argument as to abuse of the process of the court, and so convicted Mr Hunt upon all the charges which he faced. He made concurrent orders of conditional discharge for twelve months for each of the offences.

#### *Harman and Dove*

- 5 Julian Harman sells fruit and vegetables at premises in Camelford, Cornwall. On 31 January 2001 he was found to be selling Brussels sprouts and Granny Smith apples with prices marked by reference to pounds weight only. He was charged with two offences contrary to the Price Marking legislation, and two offences of using for trade "a unit of measurement, namely a pound, which was not included in Parts I to V of Schedule 1 to the Weights and Measures Act 1985 as amended by the Units of Measurement Regulations 1994 contrary to s.8(1)(a) and 8(4) of the 1985 Act". John Dove runs a fish shop in the Market Place at Camelford. On 31 January 2001 he was selling pollack and mackerel with prices marked by reference to pounds weight. He too was charged with two offences contrary to the Price Marking legislation, and two offences contrary to s.8(1)(a) and 8(4) of the 1985 Act. He was also charged with an offence of wilfully obstructing an officer of the weights and measures authority on 31 January 2001, by deliberately preventing her from removing price tickets which were required as evidence.
- 6 Mr Harman and Mr Dove were tried by a bench of lay justices at the Bodmin Magistrates Court. The justices followed District Judge Morgan's decision and on 17 August 2001 convicted both of them of all the offences with which they were charged.

*Collins*

7 This case is different from the others, because it involves no criminal prosecution. Peter Collins holds a street trading licence issued by the London Borough of Sutton. He trades in fruit and vegetables. On 31 August 2000 the council had imposed certain conditions upon the renewal of his licence, which was due to expire on 31 March 2001. They were as follows.

“(i) The goods permitted to be sold under the terms of the licence will be fruit (excluding soft fruit) and vegetables.

(ii) The goods sold under the terms of this licence will be sold by reference to number or by net weight. Any goods sold by net weight will be by reference to the metric system only (i.e. by kg or grams).

(iii) Any weighing instrument or weights used in determining the weight of such goods will be calibrated in metric only (i.e. in kg).

(iv) Any reference to the price of the goods will be by reference to the unit cost (e.g. 10p each) or by reference to metric weight (e.g. 99p per kg or 10p per 100g). Price may also be indicated, in addition to the reference to metric weight, by reference to imperial weight (e.g. 22p per kg/10p per lb).”

Mr Collins objected to these conditions and appealed against them, by way of complaint to the magistrates court under s.30(1)(a) of the London Government Act 1990. His appeal was heard at the Sutton Magistrates Court from 9 – 13 July 2001. One of his arguments was based on Article 10 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (“ECHR”). The justices also had before them, as I have said, District Judge Morgan’s decision in Mr Thoburn’s case. They rejected all the arguments advanced on Mr Collins’ behalf and dismissed his appeal.

## **THE LEGISLATION**

8 In order to approach the issues in the case I must give an account of all the relevant legislation. I shall first set out the material provisions of the European Communities Act 1972. Then I will cite or summarise the provisions (European and domestic) which regulate the use of weights and measures. Finally I shall set out or describe the legislation relating to the marking of prices, which is relevant to the prosecutions of Mr Hunt and Messrs. Harman and Dove.

### ***The European Communities Act 1972***

9 S.1(2) of the European Communities Act 1972 (“ECA”) amongst other things defines the expressions “the Treaties” and “the Community Treaties”. I need not go into that, there being no dispute in the case as to what is and what is not a Community Treaty. Miss Sharpston made certain submissions as to the special nature of the Treaty of Rome (and by the same token legislation amending it), and I shall address those in due course. The relevant provisions of the ECA which I should set out are contained in ss.2 and 3, and

Schedule 2, as follows.

“2(1) 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.

(2) Subject to Schedule 2 to this Act, at any time after its passing Her Majesty may by Order in Council, and any designated minister or department may by regulations, make provision:

(a) for the purpose of implementing any Community obligation of the United Kingdom, or enabling any such obligation to be implemented, or of enabling any rights enjoyed or to be enjoyed by the United Kingdom under or by virtue of the Treaties to be exercised; or

(b) for the purpose of dealing with matters arising out of or related to any such obligation or rights or the coming into force, or the operation from time to time, of subsection (1) above;

and in the exercise of any statutory power or duty, including any power to give directions or to legislate by means of orders, rules, regulations or other subordinate instrument, the person entrusted with the power or duty may have regard to the objects of the Communities and to any such obligation or rights as aforesaid.

...

(4) The provision that may be made under subsection (2) above includes, subject to Schedule 2 to this Act, any such provision (of any such extent) as might be made by Act of Parliament, and any enactment passed or to be passed, other than one contained in this Part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of the section; but, except as may be provided by any Act passed after this Act, Schedule 2 shall have effect in connection with the powers conferred by this and the following sections of this Act to make Orders in Council and regulations.

...

3(1) For 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 or any court attached thereto).

...

## Schedule 2

1(1) The powers conferred by section 2(2) of this Act to make provision for the purposes mentioned in section 2(2)(a) and (b) shall not include power:

(a) to make any provision imposing or increasing taxation; or

(b) to make provision taking effect from a date earlier than that of the



making of the instrument containing the provision; or

(c) to confer any power to legislate by means of orders, rules, regulations or other subordinate instrument, other than rules of procedure for any court or tribunal; or

(d) to create any new criminal offence punishable with imprisonment for more than two years or punishable on summary conviction with imprisonment for more than three months or with a fine of more than [level 5 on the standard scale]<sup>1</sup> (if not calculated on a daily basis) or with a fine of more than [£100 a day]<sup>2</sup>.

(2) Sub-paragraph (1)(c) above shall not be taken to preclude the modification of a power to legislate conferred otherwise than under section 2(2), or the extension of any such power to purposes of the like nature as those for which it was conferred; and a power to give directions as to matters of administration is not to be regarded as a power to legislate within the meaning of sub-paragraph (1)(c).

2(1) Subject to paragraph 3 below, where a provision contained in any section of this Act confers power to make regulations (otherwise than by modification or extension of an existing power), the power shall be exercisable by statutory instrument.

(2) Any statutory instrument containing an Order in Council or regulations made in the exercise of a power so conferred, if made without a draft having been approved by resolution of each House of Parliament, shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House.”

### ***Weights and Measures***

10 The use both of imperial and metric measures has been permitted in the United Kingdom by force of legislation from the 19<sup>th</sup> century onwards. It is unnecessary to travel farther back than the Weights and Measures Act 1963 (“the 1963 Act”). S.1(1) provided:

“The yard or the metre shall be the unit of measurement of length and the pound or the kilogram shall be the unit of measurement of mass by reference to which any measurement involving a measurement of length or mass shall be made in the United Kingdom; and—

(a) the yard shall be 0.9144 metre exactly;

(b) the pound shall be 0.453 592 37 kilogram exactly.”

S.8(2):

“... the Board [viz. the Board of Trade] may, if they think fit in the case of any recommendation of the commission [viz. the Commission on Units and Measurements established by s.7], by order make such provision as appears to the Board to be necessary to give effect to that recommendation, and any such order may amend, extend or repeal any provision of this Act or any instrument made thereunder; but, without prejudice to section 10(10) of this Act, no order under this subsection shall add or remove any unit of measurement to or from any of Parts I to V of Schedule 1 to this Act.”

Schedule 1 to the 1963 Act gives a series of definitions of units of measurement under five

headings (Parts I to V): length, area, volume, capacity, and mass or weight. Within each heading both imperial and metric units are defined. Thus for example under Part I a mile is defined as 1760 yards, a yard is defined as 0.9144 metre, and a metre “shall have the meaning from time to time assigned by order by the Board, being the meaning appearing to the Board to reproduce in English the international definition of the metre in force at the date of the making of the order”.

- 11 Schedule 3 to the 1963 Act is headed “Measures and Weights Lawful for Use in Trade”. It contains lists of multiples of measures, again both imperial and metric. Thus the list in Part I (“Linear measure”) starts with “100 feet”, then “66 feet”, “50 feet”, followed by other multiples of feet and inches and ending with “1inch”. The other lists in all five Parts of the Schedule are in a similar pattern. Since combinations of the multiples set out could yield (taking the imperial measures list in Part I) any measure at all from one inch to an indefinitely high number, I was for my part at first perplexed as to the purpose of this Schedule and its analogue in Schedule 3 to the Weights and Measures Act 1985. However I understood it to be agreed at the Bar that the lists prescribed the specific multiples by reference to which goods were required to be offered for sale and weighed and measured in the course of trade. Thus for example a tradesman’s scales would have to be calibrated according to the multiples set out in Part V (“Weights”), where the first two units are “56 pounds” and “50 pounds”: so the scales must not (for instance) specify a unit of “52 pounds”. The purpose of the Schedule is to ensure a uniform presentation of weights and measures among tradespeople and so to avoid confusion to the customer.
- 12 S.10(10) of the 1963 Act allowed the Board to amend Schedule 1 or 3 in certain respects, “but the Board shall not so exercise their powers under this subsection as to cause the exclusion from use for trade of imperial in favour of metric units of measurement, weights and measures”. Thus imperial measures were at the time protected.
- 13 It will at once be apparent that the 1963 Act contained provisions, set out in ss.8(2) and 10(10), which conferred power on a subordinate body (the Board of Trade) to amend the statute itself. Such a power, of course, ordinarily belongs to the sovereign legislature, the Queen in Parliament, which passes, amends and repeals primary legislation. But by force of its very sovereignty, Parliament may delegate the power of amendment or repeal. A provision by which it does so is known as a “Henry VIII” clause, as it has been said “in disrespectful commemoration of that monarch’s tendency to absolutism (*sic*)”. I doubt whether this is a just memorial to his late Majesty, who reigned 100 years before the Civil War and longer yet before the establishment of parliamentary legislative supremacy in our constitutional law. But the label is old and convenient. In the last century constitutional lawyers and others expressed a wary suspicion of the use of Henry VIII clauses, because they transfer legislative power to the executive branch of government. As I shall show, it is central to the argument advanced by Mr Shrimpton in this case that the lawful use of such power is subject to very stringent limitations, which have been exceeded. But I must complete this recital of the relevant legislation.
- 14 I will for the moment postpone any citation of the Prices Act 1974, which comes next in time. Then by Schedule 7 to the Weights and Measures Act 1976 s.10(10) of the 1963 Act was repealed. There remained the Henry VIII power contained in s.8(2), but we were told that that was never exercised. There were some other changes made by the Act of 1976 and by the Weights and Measures Act 1979, but it is unnecessary to travel into the detail.
- 15 Next comes Council Directive 80/181/EEC, “on the approximation of the laws of the Member States relating to units of measurement”, made on 20 December 1979, to

which I will refer as the “Metrication Directive”. But it is convenient to go first to the Weights and Measures Act 1985 (“the 1985 Act”), which as originally enacted is all-important for Mr Shrimpton’s submissions. As its long title makes clear, this was a consolidating statute. That is a relevant consideration in the context of an argument relating to the doctrine of implied repeal, to which I will come. Before any amendments s.1 provided so far as material:

“(1) The yard or the metre shall be the unit of measurement of length and the pound or the kilogram shall be the unit of measurement of mass by reference to which any measurement involving a measurement of length or mass shall be made in the United Kingdom; and—

(a) the yard shall be 0.9144 metre exactly;

(b) the pound shall be 0.453 592 37 kilogram exactly.

(2) Schedule 1 to this Act shall have effect for defining for the purposes of measurements falling to be made in the United Kingdom the units of measurement set out in that Schedule; and for the purposes of any measurement of weight falling to be so made, the weight of any thing may be expressed, by reference to the units of measurement set out in Part V of that Schedule, in the same terms as its mass.

(3) Subject to subsection (4) below, the Secretary of State may by order amend Schedule 1 to this Act by adding to or removing from Parts I to VI of that Schedule any unit of measurement of length, of area, of volume, of capacity, or of mass or weight, as the case may be.

(4) An order under subsection (3) above shall not remove -

(a) from Part I of Schedule 1, the mile, foot or inch, or

(b) from Part IV of that Schedule, the gallon or pint,

but this subsection is without prejudice to section 8(6)(b) below.”

16 Then s.8 in the statute’s original form:

“(1) No person shall—

(a) use for trade any unit of measurement which is not included in Parts I to V of Schedule 1 to this Act, or

(b) use for trade, or have in his possession for use for trade, any linear, square, cubic or capacity measure which is not included in Schedule 3 to this Act, or any weight which is not so included.

(2) No person shall use for trade—

(a) The ounce troy, except for the purposes of transactions in, or in articles made from, gold, silver or other precious metals, including transactions in gold or silver thread, lace or fringe, or

(b) the carat (metric), except for the purposes of transactions in precious stones or pearls, or

(c) a capacity measure of 125, 150 or 175 millilitres, except for the purposes of transactions in intoxicating liquor.

...

(4) A person who contravenes subsection (1) or (2) above shall be guilty of an offence, and any measure or weight used, or in any person's possession for use, in contravention of that subsection shall be liable to be forfeited.

...

(6) The Secretary of State may by order—

(a) amend Schedule 3 to this Act by adding to or removing from it any linear, square, cubic or capacity measure, or any weight;

(b) add to, vary or remove from subsection (2) above any restriction on the cases or circumstances in which, or the conditions subject to which, a unit of measurement, measure or weight may be used for trade or possessed for use for trade.

(7) An order under subsection (6) above may contain such transitional or other supplemental or incidental provisions as appear to the Secretary of State expedient.

(8) In this section 'unit of measurement' means a unit of measurement of length, area, volume, capacity, mass or weight."

17 So far, then, we may see the original regime by which metric and imperial measures were both permitted apparently preserved by s.1(1), and certain Henry VIII powers conferred by ss.1(3) and 8(6). The power under s.1(3) has never been used. The use (which I will describe) of the s.8(6) power gives rise to one aspect of Mr Shrimpton's submissions. But I must turn to s.11, under which Mr Thoburn was prosecuted:

"11(1) The provisions of this section shall apply to the use for trade of weighing or measuring equipment of such classes or descriptions as may be prescribed.

(2) No person shall use any article for trade as equipment to which this section applies, or have any article in his possession for such use, unless that article, or equipment to which this section applies in which that article is incorporated or to the operation of which the use of that article is incidental—

(a) has been passed by an inspector [or approved verifier] as fit for such use; and

(b) except as otherwise expressly provided by or under this Act, bears a stamp indicating that it has been so passed which remains undefaced otherwise than by reason of fair wear and tear.

(3) If any person contravenes subsection (2) above, he shall be guilty of an offence and any article in respect of which the offence was committed shall be liable to be forfeited.

..."

Non-automatic weighing machines, such as were used by Mr Thoburn, were prescribed for the purposes of s.11 by the Weighing Equipment (Non-Automatic Weighing Machines) Regulations 1988. These Regulations were subsequently amended notably for the

purposes of this case by the Weights and Measures (Metrication Amendments) Regulations 1994, to which I will refer later in this judgment.

18 Schedules 1 and 3 to the 1985 Act are the respective analogues of Schedules 1 and 3 to the 1963 Act.

19 Now I will turn to the Metrication Directive, which was later amended by Council Directive 89/617/EEC made on 27 November 1989, and the amendments are important. But it is first necessary to give the directive's relevant provisions in their original form as follows.

“Article 1

“The legal units of measurement within the meaning of this Directive which must be used for expressing quantities shall be:

- (a) those listed in Chapter I of the Annex;
- (b) those listed in Chapter II of the Annex, until a date to be fixed by the Member States; this date may not be later than 31 December 1985;
- (c) those listed in Chapter III of the Annex only in those Member States where they were authorized on 21 April 1973 and until a date to be fixed by those Member States; this date may not be later than a date to be set by the Council before 31 December 1989 on the basis of Article 100 of the Treaty.

...

Article 3

1. For the purposes of this Directive ‘supplementary indication’ means one or more indications of quantity expressed in units of measurement not contained in Chapter I of the Annex accompanying an indication of quantity expressed in a unit contained in that Chapter.

2. The use of supplementary indications shall be authorised until 31 December 1989.

3. However, Member States may require that measuring instruments bear indications of quantity in a single legal unit of measurement.

4. The indication expressed in a unit of measurement listed in Chapter I shall predominate. In particular, the indications expressed in units of measurement not listed in Chapter I shall be expressed in characters no larger than those of the corresponding indication in units listed in Chapter I.

5. The use of supplementary indications may be extended after 31 December 1989.”

20 Chapter I of the Annex (amongst other things) gave the metre as the legal unit of measurement of length, and the kilogram as the legal unit of measurement of mass. It made no reference to imperial measures. We are not concerned with Chapter II. Chapter III gave a list of imperial measures, including pounds and ounces as measures of mass. There was a footnote, which was part of the provision:

“Until the date to be fixed under Article 1(c), the units listed in Chapter III may be combined with each other or with those in Chapter I to form compound units.”

21 Now I will describe the relevant amendments of the Metrication Directive by Council

Directive 89/617/EEC made on 27 November 1989. Sub-paragraph (a) in Article 1 remained unchanged, but (b) and (c) were substituted by these provisions:

“(b) those listed in Chapter II of the Annex only in those Member States where they were authorised on 21 April 1973 and until a date to be fixed by those States;

(c) those listed in Chapter III of the Annex only in those Member States where they were authorized on 21 April 1973 and until a date to be fixed by those States. This date may not be later than 31 December 1994;

(d) those listed in Chapter IV of the Annex only in those Member States where they were authorized on 21 April 1973 and until a date to be fixed by those States. This date may not be later than 31 December 1999.”

Chapter IV lists “legal units of measurement referred to in Article 1(d). Permitted in specialised fields only”. One item in the chapter is stated to be “goods sold loose in bulk”, and the legal units of measurement applicable to them are specified as pounds and ounces. We are particularly concerned with Chapter IV, since on the facts all four appeals before us are to do with goods sold in bulk. Appended to Chapter IV was a footnote in like terms to that originally appended to Chapter III, which I have set out above at paragraph 20. In it “Article 1(c)” was replaced by “Article 1(d)” and “Chapter III” was replaced by “this Chapter”. Otherwise its words were the same as those of the original footnote.

22 Article 3 of the Metrication Directive was amended by Directive 89/617/EEC so as to substitute “31 December 1999” for “31 December 1989” in paragraph 2, and to delete paragraph 5.

23 So it was that by force of Article 1 of the Metrication Directive as amended in 1989, together with Chapter IV of the Annex, the continued use of imperial measures for trade in goods sold loose in bulk would be permitted in the United Kingdom (being of course a State in which imperial measures had been authorised on 21 April 1973) until 31 December 1999. “Supplementary indications” within the meaning of Article 3 were also permitted until 31 December 1999.

24 That was the state of the European legislation at the time of the first relevant exercise of Henry VIII powers. Before coming to that, I should recall the provision made by Article 249 of the EC Treaty (ex Article 189) to the effect that “[a] directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.” Thus the provisions of the Metrication Directive had to be translated into national law; otherwise (subject to the doctrine of direct effect, upon which it is unnecessary to linger) they would not bite.

25 Some provision was made by the Units of Measurement Regulations 1986 for the implementation or partial implementation of the Metrication Directive in its unamended form. However in my judgment what matter for present purposes are the provisions made after 1989, by the use of Henry VIII powers, to amend the 1985 Act so as to give effect to the European measures. In its unamended form, the Act to my mind clearly permitted the continued use of imperial and metric measures for purposes of trade without preference of one over the other. That I think was the implicit effect of s.1(1) read with s.8 and Schedules 1 and 3. I would thus reject the submission made by Mr Moser, junior counsel for the Sunderland City Council (and it is convenient to deal with it at this stage), to the effect that s.1(1) as enacted was no more than a definition provision and did not confer or

confirm any concrete rights. He sought to build on the use of the expression “by reference to” in the subsection, but I cannot see that that affects the matter. It is plain in my judgment that the subsection assumes, and therefore confirms, the continuing legality of the use of the yard and the pound alongside that of the metre and kilogram, without predominance of either system. Accordingly the regime of weights and measures under the 1985 Act would by force of the Metrication Directive as amended in 1989 be inconsistent with the European scheme, in relation to goods sold loose in bulk, as after 31 December 1999.

26 The first amendments which I should explain are contained in the Weights and Measures Act 1985 (Metrication) (Amendment) Order 1994 (“the 1994 Amendment Order”). It was made on 6 November 1994, and by paragraph 1 came into force on the following day. Its *vires* was stated by the preamble to consist in s.8(6) of the 1985 Act (and also s.22(1) and (2): but these do not bite on the issues in these appeals). Rather than trawl through the Order for its effect I may cite the Explanatory Note, recognising of course that it forms no part of the Order:

“Section 8 of the [1985] Act is amended so as to make unlawful the use for trade of the pint, fluid ounce, pound or ounce except as supplementary indications of quantity or where a derogation which is reflected in section 8(2) permits their use as primary units. The pound (lb), for example, may be used either as a supplementary indication or, until 1<sup>st</sup> January 2000 (see Article 3(2) of this Order), as a primary indication for the sale of goods loose from bulk.

One of the most significant amendments made by this Order to the Act is made by article 4(2), the effect of which will be to prohibit, on and after 1<sup>st</sup> January 2000, the sale of fruit and vegetables loose from bulk by the pound. Another important amendment, made by article 3(2), preserves the use of the pint for the sale of draught beer and cider and for milk in a returnable bottle beyond that date.”

These amendments took effect on 1 October 1995.

27 The Units of Measurement Regulations 1994 (“the 1994 Regulations”), by paragraph 1, came into force immediately after the coming into force of the 1994 Amendment Order, therefore on 6 November 1994. Its *vires* stated in the preamble is “paragraph 2(2) of Schedule 2 to the European Communities Act 1972”. That is not strictly accurate. The *vires* in fact relied on is that contained in s.2(2) of the ECA, whose exercise, as I have shown, is made subject to the compulsory procedure provided for by paragraph 2(2) of Schedule 2. But nothing turns on that. Paragraphs 3 and 4 of the 1994 Regulations effect certain amendments to the Units of Measurement Regulations 1986, which I need not set out. Paragraph 5 then sets out certain amendments to s.8 of the 1985 Act to come into force when the 1994 Regulations themselves come into force. It incorporates measures relating to supplementary indications by providing in paragraph 5(2):

“In section 8 for subsection (5) there shall be substituted the following—

(5) The preceding provisions have effect subject to—

(a) subsection (5A) below...

(5A) Nothing in this section precludes the use for trade of any supplementary indication; and for this purpose any indication of quantity (“the imperial indication”) is a supplementary indication if—

- (a) it is expressed in a unit of measurement other than a metric unit,
- (b) it accompanies an indication of quantity expressed in a metric unit ("the metric indication") and is not itself authorised for use in the circumstances as a primary indication of quantity, and
- (c) the metric indication is the more prominent, the imperial indication being, in particular, expressed in characters no larger than those of the metric indication.”.

28 Then paragraph 6(2) of the 1994 Regulations amends s.1 of the 1985 Act with effect from 1<sup>st</sup> October 1995, and paragraph 7(2) makes further amendments to the same section with effect from 1<sup>st</sup> January 2000. These amendments are central to Mr Shrimpton’s case. Rather than give the text of the Regulation, for clarity’s sake I will first reproduce s.1, with the October 1995 amendments in square brackets.

“1(1) [Subject to subsection (6) below] the yard or the metre shall be the unit of measurement of length and the pound or the kilogram shall be the unit of measurement of mass by reference to which any measurement involving a measurement of length or mass shall be made in the United Kingdom; and—

- (a) the yard shall be 0.9144 metre exactly;
- (b) the pound shall be 0.453 592 37 kilogram exactly.

(2) Schedule 1 to this Act shall have effect for defining for the purposes of measurements falling to be made in the United Kingdom the units of measurement set out in that Schedule; and for the purposes of any measurement of weight falling to be so made, the weight of any thing may be expressed, by reference to the units of measurement set out in Part V of that Schedule, in the same terms as its mass.

(3) Subject to subsection (4) below, the Secretary of State may by order amend Schedule 1 to this Act by adding to or removing from Parts I to VI of that Schedule any unit of measurement of length, of area, of volume, of capacity, or of mass or weight, as the case may be.

[(4) Without prejudice to section 8(6)(b) below an order under subsection (3) above shall not remove the pint from Part IV of Schedule 1.]

(5) An order under subsection (3) above may contain such transitional or other supplemental or incidental provisions as appear to the Secretary of State expedient.

[(6) Subsection (1) above shall not have effect so as to authorise the use in the specified circumstances of—

- (a) the yard as a measurement of length, or
- (b) the pound as a measurement of mass,

otherwise than in accordance with Regulation 7 of the Units of Measurement Regulations 1986 (supplementary indications) or, in the case of the pound, in accordance with section 8(2)(f) below (which permits the pound to be used for the purposes of the sale of goods loose from bulk).

(7) In subsection (6) above ‘the specified circumstances’ has the same meaning as in the Units of Measurement Regulations 1986; that is to say the circumstances specified



in Article 2(a) of Council Directive No 80/181/EEC as limited by the provisions of Article 2(b) of that Directive.]”

It is unnecessary to trace through the references to “specified circumstances” mentioned in s.1(7). The January 2000 amendment to s.1, effected as I have said by paragraph 7(2) of the 1994 Regulations, omitted the words after “(supplementary indications)” in s.1(6): that is, it omitted the reference to s.8(2)(f) and the use of the pound for the purposes of the sale of goods loose from bulk, which was permitted by s.8(2)(f). S.8(2)(f) itself was inserted into the 1985 Act with effect from 1<sup>st</sup> October 1995 by paragraph 3(2) of the 1994 Amendment Order, but then repealed with effect from 1<sup>st</sup> January 2000 by paragraph 4(2) of the same Order, as indicated in the Explanatory Note which I have set out.

29 The relevant effect of these provisions may be summarised thus. On 1<sup>st</sup> October 1995 the use of imperial measures for the sale of goods loose from bulk was permitted, as a primary or supplementary indicator, until 1<sup>st</sup> January 2000. This conformed with the Metrication Directive as amended in 1989 where, as will be recalled, the date of 31<sup>st</sup> December 1999 is given in Article 1(d) (and by cross-reference the footnote to Chapter IV of the Annex) and Article 3(2). But the use of the pound as a primary indicator of weight for the sale of goods loose from bulk was forbidden as from 1<sup>st</sup> January 2000.

30 Article 1.1 of Directive 1999/103/EEC substituted “31<sup>st</sup> December 2009” for “31<sup>st</sup> December 1999” in Article 3(2) of the Metrication Directive; and by the Units of Measurement Regulations 2001, paragraph 7 of the Units of Measurement Regulations 1986 was amended with effect from 8<sup>th</sup> February 2001 so as to provide:

“Supplementary indications are authorised to be used in the specified circumstances up to and including 31<sup>st</sup> December 2009.”

Thus while the use of imperial measures as primary indicators for the sale of goods loose in bulk had ceased to be lawful on 1<sup>st</sup> January 2000, their use as supplementary indicators was now permitted until 1<sup>st</sup> January 2010; and that remains the position. It will be recalled that the relevant events in these cases all took place in 2000 or 2001.

31 I have referred in passing (paragraph 17) to the Weighing Equipment (Non-Automatic Weighing Machines) Regulations 1988, which prescribed, for the purposes of s.11 of the 1985 Act, weighing machines of the kind used by Mr Thoburn. By force of the Weights and Measures (Metrication Amendments) Regulations 1994 paragraph 16(1) of the 1988 Regulations was amended so as to provide in part:

“Where units of measurement are marked on non-automatic weighing machines first passed as fit for use for trade –

...

(d) on or after 30 December 1992 they shall be marked in metric units or troy ounces, in full or by means of one of the following abbreviations or symbols only:-

oz tr, t, kg, g, CM, ct, mg.”

I should say that troy ounces are a measure used only for precious metals. This amendment to paragraph 16 of the 1988 Regulations took effect on 1<sup>st</sup> January 2000. Its *vires* is stated in the preamble to the 1994 amending Regulations to consist in various provisions of the 1985 Act, including s.11(1).

32 The Weights and Measures (Metrication Amendments) Regulations 1994 also introduced paragraph 16A into the 1988 Regulations. This provided:

“Where a weight indicating device of a non-automatic weighing machine indicates the weight of a load in metric units of measurement that indication may also be given by means of a supplementary indication.”

33 In the result, come 31<sup>st</sup> March 2000, the day when the inspector obliterated the imperial measure stamps on Mr Thoburn’s machines (see paragraph 2 above), as I have explained imperial measures were still allowed as a supplementary indicator for goods sold in bulk, until 31<sup>st</sup> March 2009. Weighing machines of the kind in question had to be marked in metric units (save for precious metals), although they might also be calibrated in imperial measures as a supplementary indication. Regulation 16A, to which I have just referred, was replicated as Regulation 18 in successor Regulations and the words “up to and including 31<sup>st</sup> December 2009” have been inserted by further Regulations with effect from 8<sup>th</sup> February 2001.

### ***Price Marking***

34 This statutory regime is as I have said relevant to the prosecutions of Mr Hunt and Messrs Harman and Dove. S.4(2)(b) of the Prices Act 1974 provided that the Secretary of State might by statutory instrument (subject to the negative resolution procedure in Parliament: s.4(4)) –

“...require that the price or charge to be indicated on or in relation to any goods or services shall be, or shall include, a price or charge expressed by reference to such unit or units of measurement as may be specified in the order”.

The Price Marking Order 1999 was made under the powers conferred by s.4 of the 1974 Act. Paragraph 1(2) defined “unit price” as –

“...the final price, including VAT and all other taxes, for one kilogram, one litre, one metre, one square metre or one cubic metre of a product...”.

Paragraph 5(1) of the Price Marking Order 1999 read with paragraph 5(2) obliged traders to indicate to their customers the unit price as so defined in relation to any product sold from bulk. Breach of that requirement constituted a criminal offence by virtue of paragraph 5 of the Schedule to the Prices Act.

35 That is a sufficient recital of the material statutory provisions.

## **THE ARGUMENTS**

36 Since the litigation takes the form of appeals by way of case stated, we are dependent on the lower courts’ formulation of the questions which this court is asked to answer for a concrete articulation of the issues which it is our duty to decide. In the *Thoburn* case this is not very helpfully done, since the questions which were selected from the parties’ suggestions to be included in the case often comprise points of argument – steps on the way to a conclusion – rather than asking whether this or that conclusion is correct. But the essence of the case is clear enough. The appeals variously assert that the following subordinate instruments are unlawful and invalid:

- (1) the 1994 Amendment Order, which I have described in paragraphs 26, 28 and 29;
- (2) the 1994 Regulations, which I have described in paragraphs 27, 28 and 29;
- (3) the Weights and Measures (Metrication Amendments) Regulations 1994, which I have described in paragraph 31;
- (4) the Price Marking Order 1999, which I have described in paragraph 34.

So far as the appeals raise any issues beyond the validity of these measures, I shall deal with them in due course. I turn to the arguments advanced to impugn these four subordinate measures.

### **(1) Implied Repeal**

37 Mr Shrimpton made much of the doctrine of implied repeal. The rule is that if Parliament has enacted successive statutes which on the true construction of each of them make irreducibly inconsistent provisions, the earlier statute is impliedly repealed by the later. The importance of the rule is, on the traditional view, that if it were otherwise the earlier Parliament might bind the later, and this would be repugnant to the principle of Parliamentary sovereignty.

38 On Mr Shrimpton's argument the *repealing* statute is the 1985 Act. But since all the measures said to be invalid post-date that Act's coming into force, one might be forgiven some puzzlement as to how the doctrine of implied repeal enters into the matter at all. In order to see how the argument works, one has first to recall the *vires* of the 1994 Regulations: s.2(2) of the ECA, which confers, when read with s.2(4), a Henry VIII amending power. Next, the effect of the 1994 Regulations: they amended s.1 of the 1985 Act in terms which I have set out in paragraph 28. By force of the amendment, the section no longer permitted the continued use of imperial and metric measures for purposes of trade without preference of one over the other (as I have held, in paragraph 25, was done by the section as originally enacted). The yard and the pound were only permitted to be used subject to the conditions or limitations specified in the new s.1(6). By virtue also of certain amendments to s.8 effected by the 1994 Amendment Order (see paragraphs 26 and 28 above) the use of the pound as a primary indicator of weight for the sale of goods loose from bulk was forbidden as from 1<sup>st</sup> January 2000.

39 Mr Shrimpton's argument is that s.1 of the 1985 Act, as enacted, impliedly repealed s.2(2) of the ECA to the extent that the latter empowered the making of any provision by way of subordinate legislation, whether so as to amend primary legislation or otherwise, which would be inconsistent with that section. S.1 must be taken to have forbidden any amendment by means of s.2(2) to the 1985 Act which would prohibit the continued use of imperial and metric measures for purposes of trade without preference of one over the other. The amendments taking effect on 1<sup>st</sup> January 2000 (though not those taking effect in October 1995) did just that; accordingly, they were inconsistent with and repugnant to the terms of s.1 as enacted, and were therefore unlawful. They were not authorised by ECA s.2(2) as impliedly amended.

40 This argument cannot be directly applied, of course, to the amendments to the 1985 Act effected by the 1994 Amendment Order, since the *vires* of that Order was not stated to be s.2(2) of the ECA but provisions contained in the 1985 Act itself. In relation to those amendments Mr Shrimpton deployed other arguments, with which I must deal. I mention one of them at this stage, since it links with his case relating to implied repeal of s.2(2).

He submitted that if that case were good, then the amendments to the 1985 Act attributable to the 1994 Amendment Order fell alongside those which depended on the 1994 Regulations because all were part of the same scheme, so that the former could not rationally stand without the latter. I think he would say the same of the provisions made by the Weights and Measures (Metrication Amendments) Regulations 1994 and by the Price Marking Order 1999 though these did not purport to make any amendments to the 1985 Act. I think this argument is a good one. Unless the earlier entitlement to use imperial and metric measures for purposes of trade without preference of one over the other is extinguished in favour a metric system (albeit allowing supplementary indicators), these other measures have no rational basis. But that extinguishment was effected, or purportedly effected, by the 1994 Regulations which are the target of the argument based on implied repeal. That argument is therefore central to these appeals.

41 Mr Shrimpton accepted – or rather contended – that inherent in his argument on implied repeal lay the proposition that a Henry VIII power to amend primary legislation, such as that contained in ECA s.2(2) read with s.2(4), could only lawfully be exercised in relation to Acts already on the statute book at the time when the Henry VIII power is enacted.

42 Mr Shrimpton cited a library’s worth of authority on the doctrine of implied repeal. It is no injustice to his clients if I do not refer to all the cases. The essence of the doctrine is very clear and very well known. He placed particular emphasis on two authorities, *Vauxhall Estates Ltd* [1932] 1 KB 733 and *Ellen Street Estates Ltd* [1934] 1 KB 590. These both concerned the same slum clearance legislation. S.2 of the Acquisition of Land (Assessment of Compensation) Act 1919 provided for the assessment of compensation in respect of land acquired compulsorily for public purposes according to certain rules. Then by s.7(1):

“The provisions of the Act or order by which the land is authorised to be acquired, or of any Act incorporated therewith, shall, in relation to the matters dealt with in this Act, have effect subject to this Act, and so far as inconsistent with this Act those provisions shall cease to have or shall not have effect...”

S.46 of the Housing Act 1925 provided for the assessment of compensation for land acquired compulsorily under an improvement or reconstruction scheme made under that Act in a manner which was at variance from that prescribed by the Act of 1919. In *Vauxhall Estates* Avory J (sitting in this court) stated at 743 - 744:

“... I should certainly hold... that no Act of Parliament can effectively provide that no future Act shall interfere with its provisions... [I]f they [the two statutes] are inconsistent to that extent [viz. so that they cannot stand together], then the earlier Act is impliedly repealed by the later in accordance with the maxim ‘Leges posteriores priores contrarias abrogant’.”

In *Ellen Street Estates* it was submitted that *Vauxhall Estates* had been wrongly decided. In the Court of Appeal Scrutton LJ addressed the contention that the earlier Act prevailed over the later at 595 – 596:

“That is absolutely contrary to the constitutional position that Parliament can alter an Act previously passed, and it can do so by repealing in terms the previous Act... and it can do it also in another way – namely, by enacting a provision which is clearly inconsistent with the previous Act.”

Maugham LJ said at 597:

“The Legislature cannot, according to our constitution, bind itself as to the form of subsequent legislation, and it is impossible for Parliament to enact that in a subsequent statute dealing with the same subject-matter there can be no implied repeal. If in a subsequent Act Parliament chooses to make it plain that the earlier statute is being to some extent repealed, effect must be given to that intention just because it is the will of the Legislature.”

43 Now as I have explained, Mr Shrimpton’s case is that s.2(2) of the ECA is only repealed *pro tanto* – to the extent that it empowered legislation which would be inconsistent with s.1 of the 1985 Act as enacted. Authority to the effect that the doctrine of implied repeal may operate in this limited fashion is to be found in *Goodwin v Phillips* [1908] 7 CLR 1, in the High Court of Australia, in which Griffith CJ stated at 7:

“... if the provisions are not wholly inconsistent, but may become inconsistent in their application to particular cases, then to that extent the provisions of the former Act are excepted or their operation is excluded with respect to cases falling within the provisions of the later Act.”

In my judgment this also represents the law of England; indeed the proposition stated is no more than a necessary concomitant of the implied repeal doctrine.

44 Mr Shrimpton next submitted that the doctrine of implied repeal runs even where the subject-matter of the repealed measure involves or includes the terms of a treaty entered into between the United Kingdom and another sovereign State. For this purpose he relied upon the decision of their Lordships’ House in *Collco Dealings Ltd* [1962] AC 1. There the question was whether words in a taxing statute of 1955 in part impliedly repealed provision made in an earlier statute of 1952 which gave continued effect to certain exemption arrangements established by a double taxation agreement between the United Kingdom and the Republic of Ireland, with which the later measure was inconsistent. It was submitted to their Lordships (I summarise – the argument is fully reported at pp. 8-9) that comity between States required that the earlier provision should prevail. Viscount Simonds said this at 19:

“But I would answer that neither comity nor rule of international law can be invoked to prevent a sovereign state from taking what steps it thinks fit to protect its own revenue laws from gross abuse, or to save its own citizens from unjust discrimination in favour of foreigners. To demand that the plain words of the statute should be disregarded in order to do that very thing is an extravagance to which this House will not, I hope, give ear.”

Perhaps the sentiment in this passage is a little stronger than its reasoning; but I certainly accept that the case is plain authority for the proposition that earlier legislation which incorporates or replicates provisions of an international treaty is by no means thereby immune from repeal by implication. Miss Sharpston submitted that however that may be as a general rule, it has no application to the EC Treaty (or the other Community Treaties). I will come to that, but it is useful at this stage to mention one authority to which Mr Shrimpton referred as supporting the view that later municipal legislation might override provisions of the Treaty of Rome. The case was *Felixstowe Dock and Railway Company* [1976] 2 CMLR 655. One of the questions there was whether an agreement for the promotion of a private Bill to allow the British Transport Docks Board, a nationalised undertaking, to take over the Felixstowe Dock and Railway Company was repugnant to what was then Article 86 of the EEC Treaty. This court held that it was not. Lord Denning added this at paragraph 32:

“It seems to me that once the Bill is passed by Parliament and becomes a Statute, that will dispose of all this discussion about the Treaty. These courts will then have to abide by the Statute without regard to the Treaty at all.”

This *obiter dictum* is not reflected in the judgments of their other Lordships.

45 In light of Lord Denning’s observation in *Felixstowe Dock*, it is instructive to notice his approach to European law as it is to be found in *Macarthys Ltd v Smith* [1979] 3 AER 325, three years after *Felixstowe*. *Macarthys* was an equal pay case. But I need go only to the statement of principle. Lord Denning said this at 329c-d:

“Thus far I have assumed that our Parliament, whenever it passes legislation, intends to fulfil its obligations under the Treaty. If the time should come when our Parliament deliberately passes an Act with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it or intentionally of acting inconsistently with it and says so in express terms then I should have thought that it would be the duty of the courts to follow the statute of our Parliament.”

46 As I have indicated Mr Shrimpton cited much further learning, including the important case of *Factortame (No 1)* [1990] 2 AC 65 and *(No 2)* [1991] 1 AC 603. I will refer to that in due course. Before turning to what was said against him, I should add that in summarising Mr Shrimpton’s arguments on implied repeal I have not sought to give any impression of the passionate rhetoric with which they were delivered. It did not advance his clients’ case. They are entitled to dispassionate justice according to law.

47 The points on implied repeal were addressed by Miss Sharpston, who was briefed only for Sunderland and not the other respondents. But if (as I would hold – paragraph 39) the submissions as to the amendments made to s.1 of the 1985 Act by the 1994 Regulations would have, if well-founded, a domino effect on the other metrication measures involved in these cases, her arguments on implied repeal touch all the appeals before us.

48 Though it was not at the front of her argument, Miss Sharpston submitted that s.2(2) is no more than an instance of a legislative device deployed by Parliament from time to time, and in contexts having nothing to do with the law of the EU: it is, simply, a Henry VIII clause, and there is nothing in our law which prohibits the use of such a clause to amend, in the future, statutes not yet passed. Thus no question of implied repeal arises; there is no inconsistency between s.1 of the 1985 Act as enacted and ECA s.2(2). The fact that the former was open to being amended by the latter creates no inconsistency.

49 It will be recalled (paragraph 41 above) that Mr Shrimpton submitted that a Henry VIII clause could only be deployed to amend legislation already on the statute book at the time of the clause’s enactment. Miss Sharpston says there is no rule of English law to that effect, and it is plain that Parliament has advisedly enacted such clauses to bite on future statutes. S.2(2) has itself been deployed on many occasions to amend Acts of Parliament passed after the ECA. Miss Sharpston gives instances at paragraph 26 of her skeleton argument. In her oral submissions she furnished an example in another context: s.10(2) and (3) of the Human Rights Act 1998 (“HRA”). S.10 confers power on the Crown to take remedial action where a court has made a declaration of incompatibility under s.4. S.10(2) provides:

“If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.”

S.10(3) makes like provision for the case where a declaration of incompatibility has been made under s.4(4) in relation to subordinate legislation whose incompatibility with Convention rights cannot be removed because of the terms of the main legislation which furnished the subordinate measure's *vires*. I accept at once that the intended operation of s.10(2) and (3) encompasses statutes yet to be passed; otherwise an essential part of the structure of the HRA is consigned to the correction of historic violations. I understood Mr Shrimpton also to accept that that was so. But whether he did or not, it seems to me that his argument leads to the conclusion that we should be forced to construe s.10(2) and (3) as having effect for past statutes only, or else that any future Act of Parliament which the court is driven to conclude violates Convention rights must be taken to have impliedly repealed those subsections to the extent that they purported to confer power to amend the Act in question.

*First Conclusion: No Inconsistency for the Purposes of Implied Repeal*

50 I have reached the conclusion that Mr Shrimpton's submission on implied repeal fails on the short ground that there is no inconsistency between s.1 of the 1985 Act and ECA s2(2). Generally, there is no *inconsistency* between a provision conferring a Henry VIII power to amend future legislation, and the terms of any such future legislation. One might hold the conferment of such a power, and its use, to be objectionable on constitutional grounds as giving to the executive what belongs to the legislature (and I shall consider in due course whether in any event there *is* power in s.2(2) to amend a later statute such as the 1985 Act). But points of that kind do not rest on the doctrine of implied repeal.

51 Moreover Mr Shrimpton's submissions, upon a rigorous examination, reveal striking anomalies. First, it seems to me that the implied repeal argument, far from lending stalwart support to what Mr Shrimpton would say is the treasured doctrine of Parliamentary sovereignty, actually undermines it. If it were good, the argument would amount to a rule that Parliament lacks the legal power effectively to enact a Henry VIII clause enabling amendment of future legislation. Such clauses would only be valid if their scope were limited to past legislation. As I have said, Mr Shrimpton expressly avowed as much. Now, the doctrine of implied repeal in a sense implies a restriction of Parliament's sovereignty. Upon the traditional approach, a provision which seeks to entrench an Act against encroachment by future legislation will be ineffective: see the passages in *Vauxhall Estates* and *Ellen Street Estates* on which Mr Shrimpton relies. But the reason is, of course, that Parliament cannot bind its successors, and that is a requirement of legislative sovereignty. By contrast no such rationale can be found for Mr Shrimpton's rule, that Parliament cannot validly enact a Henry VIII clause whose scope extends to future legislation. In making such a clause, Parliament in no sense binds or purports to bind its successors. A future Parliament may legislate as it chooses in face of the clause. It may pass an Act which stipulates that its terms are not to be touched by the Henry VIII power. Such a provision would be perfectly valid. Mr Shrimpton's rule is not required as a condition of legislative sovereignty. Accordingly, since it would inhibit what Parliament may enact, it is a fetter on sovereignty.

52 Secondly, as I have said the 1985 Act was a consolidating statute. One of the respondents' arguments was that no implied repeal can be effected by such an Act since it is presumed not to change the law. I think that is very likely correct; but there is a different point to be made. If Mr Shrimpton is right, the s.2(2) amendment of s.1 of the 1985 Act fails. However had the law not been consolidated, so that s.1 of the 1963 Act remained on the

statute-book, *its* amendment by the s.2(2) power would presumably (subject to other, quite separate arguments about s.2(2)) have been effective. The Henry VIII clause would have been used merely to amend a past statute. The terms of s.1(1) of the 1963 Act are identical with those of s.1(1) of the 1985 Act. I cannot think that the law of our constitution is botched by such random consequences.

#### *Further Arguments on Implied Repeal*

53 But I should deal with the other points raised by counsel on the issue of implied repeal: I may be wrong on this question of inconsistency, and Miss Sharpston's principal answer to Mr Shrimpton's case, the centrepiece of her argument, raises issues of great importance. She submitted that the EC Treaty was not like other international treaties. It created a new and so far unique legal order, supreme above the legal systems of the Member States, so that upon accession to the Community by force of the ECA, the United Kingdom bowed its head to this supremacy. One consequence was that while the Parliament of the United Kingdom retained the legal power to repeal the ECA by express legislation, it could not do so impliedly. The reasoning in cases such as *Collco* cannot be applied in relation to the EC Treaty. At paragraph 1.9 in Miss Sharpston's outline written argument it is submitted:

“So long as the UK remains a Member State, Parliament exercises its sovereign powers within the altered framework that continuing membership entails. So long as the UK remains a Member State, the pre-accession model of Parliamentary sovereignty is of historical, but not actual, significance.”

See also paragraph 50.

54 In support of her overall position as to the supremacy of EU law, and therefore the impossibility of implied repeal of the ECA, Miss Sharpston relied in particular on two seminal decisions of the Court of Justice, decided in the relatively early days of the Community. The first was *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1. The Court stated (at 12):

“... the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals.”

Miss Sharpston asserted a contrast between this and the reasoning of Lord Templeman in the *Tin Council* case [1990] 2 AC 418, at 476F – 477A, to which Mr Shrimpton had referred:

“The Government may negotiate, conclude, construe, observe, breach, repudiate or terminate a treaty. Parliament may alter the laws of the United Kingdom. The courts must enforce those laws; judges have no power to grant specific performance of a treaty or to award damages against a sovereign state for breach of a treaty or to invent laws or misconstrue legislation in order to enforce a treaty.

A treaty is a contract between the governments of two or more sovereign states. International law regulates the relations between sovereign states and determines the validity, the interpretation and the enforcement of treaties. A treaty to which Her Majesty's Government is a party does not alter the laws of the United Kingdom. A treaty may be incorporated into and alter the laws of the United Kingdom by means of legislation. Except to the extent that a treaty becomes incorporated into the laws of the United Kingdom by statute, the courts of the United Kingdom have no power to



enforce treaty rights and obligations at the behest of a sovereign government or at the behest of a private individual.”

55 Plainly, any treaty not incorporated into domestic law takes its place on the international plane only, as Lord Templeman explained. So far as a treaty is so incorporated, its effect in domestic law must depend upon the terms of its incorporation. In drawing the contrast she did, I take Miss Sharpston to deny this latter proposition’s application in the case of the EC Treaty: or at any rate she would say that is not the whole story. She would submit that the EC Treaty’s effect in domestic law does not depend, merely at least, upon the terms of its incorporation by the ECA, but, in part at least (and to a decisive extent), upon principles of EU law itself. That submission is given more concrete form by the reasoning of the Court of Justice in the second case upon which Miss Sharpston relied: *Costa v ENEL* [1964] ECR 585. This is what the court said (593 – 594):

“By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.

By creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particularly, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves.

The integration into the laws of each Member State of provisions which derive from the Community, and more generally the terms and the spirit of the Treaty, make it impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity. Such a measure cannot therefore be inconsistent with that legal system. The executive force of Community law cannot vary from one State to another in deference to subsequent domestic laws, without jeopardizing the attainment of objectives of the Treaty...

The obligations undertaken under the Treaty establishing the Community would not be unconditional, but merely contingent, if they could be called in question by subsequent legislative acts of the signatories. Whenever the Treaty grants the States the right to act unilaterally, it does this by clear and precise provisions...

...

It follows from all these observations that the law stemming from the Treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called into question.

The transfer by the States from their domestic legal system to the Community legal system of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a permanent limitation of their sovereign rights, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the Community cannot prevail...”

56 This, says Miss Sharpston, was the state of Community law when the United Kingdom acceded on 1<sup>st</sup> January 1973. She submits that all this reasoning as to the supremacy of EC

law became part of the law of England by force of the ECA, notably ss.2(1) and (4), and 3(1). The effect of her submission is that by the ECA Parliament *entrenched* EC law in the domestic law of the United Kingdom, subject only, as I understood her, to the possibility of withdrawal from the EU by express repeal of the ECA. And if that were to be contemplated, Parliament's hand would not be free. There would have to be consultations and negotiations first: see Miss Sharpston's written argument paragraph 51. And here, I think, is the critical proposition for her purpose: though it was done by means of the ECA, EC law is said to have been *entrenched*, rather than merely *incorporated*, not by virtue of any principle of domestic constitutional law, but by virtue of principles of Community law already established in cases such as *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL*.

57 In the result, on Miss Sharpston's case, (i) everything that is already or will become part of the corpus of EU law *ipso facto* is already or will become part of the corpus of the law of England; (ii) there can be no implied repeal or abrogation of any such law, nor of any of the principal measures contained in the ECA (perhaps it might be different for provisions which were no more than mechanics), and this is by virtue of EU law itself; (iii) any legislative initiative to withdraw, entirely or partially, from the EU would be subject to the fulfilment of compulsory preconditions. Since we are dealing here with the strict legal position, and not with the *realpolitik* of the thing, I am not entirely sure why Miss Sharpston does not go the further mile and submit that Parliament could not legislate tomorrow to withdraw from the EU *at all*. Such a state of affairs might be said to be vouchsafed by the reasoning in *Costa v ENEL* ("permanent limitation of their sovereign rights") as readily as the more modest propositions which I have enumerated at (i) – (iii). At all events, her argument appears to me to entail the proposition that the legislative and judicial institutions of the EU may set limits to the power of Parliament to make laws which regulate the legal relationship between the EU and the United Kingdom.

#### *Second Conclusion: Community Law Cannot Entrench Itself*

58 Thus baldly stated, that proposition is in my judgment false. Miss Sharpston's submissions forget the constitutional place in our law of the rule that Parliament cannot bind its successors, which is the engine of the doctrine of implied repeal. Here is her argument's bare logic. (1) The ECA incorporated the law of the EU into the law of England. (2) The law of the EU includes the entrenchment of its own supremacy as an autonomous legal order, and the prohibition of its abrogation by the Member States: *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL*. Therefore (3) that entrenchment, and that prohibition, are thereby constituted part of the law of England. The flaw is in step (3). It proceeds on the assumption that the incorporation of EU law effected by the ECA (step (1)) must have included not only the whole corpus of European law upon substantive matters such as (by way of example) the free movement of goods and services, but also any jurisprudence of the Court of Justice, or other rule of Community law, which purports to touch the constitutional preconditions upon which the sovereign legislative power belonging to a member State may be exercised.

59 Whatever may be the position elsewhere, the law of England disallows any such assumption. Parliament cannot bind its successors by stipulating against repeal, wholly or partly, of the ECA. It cannot stipulate as to the manner and form of any subsequent legislation. It cannot stipulate against implied repeal any more than it can stipulate against express repeal. Thus there is nothing in the ECA which allows the Court of Justice, or any other institutions of the EU, to touch or qualify the conditions of Parliament's legislative

supremacy in the United Kingdom. Not because the legislature chose not to allow it; because by our law it could not allow it. That being so, the legislative and judicial institutions of the EU cannot intrude upon those conditions. The British Parliament has not the authority to authorise any such thing. Being sovereign, it cannot abandon its sovereignty. Accordingly there are no circumstances in which the jurisprudence of the Court of Justice can elevate Community law to a status within the corpus of English domestic law to which it could not aspire by any route of English law itself. This is, of course, the traditional doctrine of sovereignty. If it is to be modified, it certainly cannot be done by the incorporation of external texts. The conditions of Parliament's legislative supremacy in the United Kingdom necessarily remain in the United Kingdom's hands. But the traditional doctrine has in my judgment been modified. It has been done by the common law, wholly consistently with constitutional principle.

*Third Conclusion: the European Communities Act is a Constitutional Statute which by Force of the Common Law Cannot Be Impliedly Repealed*

- 60 The common law has in recent years allowed, or rather created, exceptions to the doctrine of implied repeal: a doctrine which was always the common law's own creature. There are now classes or types of legislative provision which cannot be repealed by mere implication. These instances are given, and can only be given, by our own courts, to which the scope and nature of Parliamentary sovereignty are ultimately confided. The courts may say – have said – that there are certain circumstances in which the legislature may only enact what it desires to enact if it does so by express, or at any rate specific, provision. The courts have in effect so held in the field of European law itself, in the *Factortame* case, and this is critical for the present discussion. By this means, as I shall seek to explain, the courts have found their way through the *impasse* seemingly created by two supremacies, the supremacy of European law and the supremacy of Parliament.
- 61 The present state of our domestic law is such that substantive Community rights prevail over the express terms of any domestic law, including primary legislation, made or passed after the coming into force of the ECA, even in the face of plain inconsistency between the two. This is the effect of *Factortame (No 1)* [1990] 2 AC 85. To understand the critical passage in Lord Bridge's speech it is first convenient to repeat part of ECA s.2(4):

“The provision that may be made under subsection (2) above includes... any such provision (of any such extent) as might be made by Act of Parliament, and any enactment passed or to be passed, other than one contained in this Part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of the section.”

In *Factortame (No 1)* Lord Bridge said this at 140:

“By virtue of section 2(4) of the Act of 1972 Part II of the [Merchant Shipping] Act of 1988 is to be construed and take effect subject to directly enforceable Community rights... This has precisely the same effect as if a section were incorporated in Part II of the Act of 1988 which in terms enacted that the provisions with respect to registration of British fishing vessels were to be without prejudice to the directly enforceable Community rights of nationals of any member state of the EEC.”

So there was no question of an implied *pro tanto* repeal of the ECA of 1972 by the later Act of 1988; on the contrary the Act of 1988 took effect subject to Community rights incorporated into our law by the ECA. In *Factortame* no argument was advanced by the

Crown in their Lordships' House to suggest that such an implied repeal might have been effected. It is easy to see what the argument might have been: Parliament in 1972 could not bind Parliament in 1988, and s.2(4) was therefore ineffective to do so. It seems to me that there is no doubt but that in *Factortame (No 1)* the House of Lords effectively accepted that s.2(4) could not be impliedly repealed, albeit the point was not argued.

62 Where does this leave the constitutional position which I have stated? Mr Shrimpton would say that *Factortame (No 1)* was wrongly decided; and since the point was not argued, there is scope, within the limits of our law of precedent, to depart from it and to hold that implied repeal may bite on the ECA as readily as upon any other statute. I think that would be a wrong turning. My reasons are these. In the present state of its maturity the common law has come to recognise that there exist rights which should properly be classified as constitutional or fundamental: see for example such cases as *Simms* [2000] 2 AC 115 *per* Lord Hoffmann at 131, *Pierson v Secretary of State* [1998] AC 539, *Leech* [1994] QB 198, *Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd.* [1993] AC 534, and *Witham* [1998] QB 575. And from this a further insight follows. We should recognise a hierarchy of Acts of Parliament: as it were "ordinary" statutes and "constitutional" statutes. The two categories must be distinguished on a principled basis. In my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights. (a) and (b) are of necessity closely related: it is difficult to think of an instance of (a) that is not also an instance of (b). The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights. Examples are the Magna Carta, the Bill of Rights 1689, the Act of Union, the Reform Acts which distributed and enlarged the franchise, the HRA, the Scotland Act 1998 and the Government of Wales Act 1998. The ECA clearly belongs in this family. It incorporated the whole corpus of substantive Community rights and obligations, and gave overriding domestic effect to the judicial and administrative machinery of Community law. It may be there has never been a statute having such profound effects on so many dimensions of our daily lives. The ECA is, by force of the common law, a constitutional statute.

63 Ordinary statutes may be impliedly repealed. Constitutional statutes may not. For the repeal of a constitutional Act or the abrogation of a fundamental right to be effected by statute, the court would apply this test: is it shown that the legislature's *actual* – not imputed, constructive or presumed – intention was to effect the repeal or abrogation? I think the test could only be met by express words in the later statute, or by words so specific that the inference of an actual determination to effect the result contended for was irresistible. The ordinary rule of implied repeal does not satisfy this test. Accordingly, it has no application to constitutional statutes. I should add that in my judgment general words could not be supplemented, so as to effect a repeal or significant amendment to a constitutional statute, by reference to what was said in Parliament by the minister promoting the Bill pursuant to *Pepper v Hart* [1993] AC 593. A constitutional statute can only be repealed, or amended in a way which significantly affects its provisions touching fundamental rights or otherwise the relation between citizen and State, by unambiguous words on the face of the later statute.

64 This development of the common law regarding constitutional rights, and as I would say constitutional statutes, is highly beneficial. It gives us most of the benefits of a written constitution, in which fundamental rights are accorded special respect. But it preserves the sovereignty of the legislature and the flexibility of our uncodified constitution. It accepts

the relation between legislative supremacy and fundamental rights is not fixed or brittle: rather the courts (in interpreting statutes, and now, applying the HRA) will pay more or less deference to the legislature, or other public decision-maker, according to the subject in hand. Nothing is plainer than that this benign development involves, as I have said, the recognition of the ECA as a constitutional statute.

65 In dealing with this part of the case I should refer to a passage from the speech of Lord Bridge of Harwich in *Factortame (No 2)* [1991] 1 AC 603, 658 – 659, on which Miss Sharpston relies:

“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. But such comments are based on a misconception. 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. Thus, whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. 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. Similarly, 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. 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.”

66 This reasoning does not, I think, touch the conclusions which I have expressed. As Lord Bridge makes crystal clear, its context was the requirement (stated by the Court of Justice on a reference under Article 177) that the courts of member states must possess the power to override national legislation, as necessary, to enable interim relief to be granted in protection of rights under Community law. The “limitation of sovereignty” to which Lord Bridge referred arises only in the context of Community law’s substantive provisions. The case is concerned with the primacy of those *substantive* provisions. It has no application where the question is, what is the legal *foundation* within which those substantive provisions enjoy their primacy, and by which the relation between the law and institutions of the EU law and the British State ultimately rests. The foundation is English law.

67 Miss Sharpston relied also on what was said by Lord Keith in *Ex p. Equal Opportunities Commission* [1995] 1 AC 1 at 26G – 27F:

“It is argued for the Secretary of State that Ord. 53, r. 1(2), which gives the court power to make declarations in judicial review proceedings, is only applicable where one of the prerogative orders would be available under rule 1(1), and that if there is no decision in respect of which one of these writs might be issued a declaration cannot be made. I consider that to be too narrow an interpretation of the court’s powers. It

would mean that while a declaration that a statutory instrument is incompatible with European Community law could be made, since such an instrument is capable of being set aside by certiorari, no such declaration could be made as regards primary legislation. However, in the *Factortame* series of cases (*R v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd.* [1990] 2 AC 85; *R v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. (No. 2) (Case C 213/89)* [1991] 1 AC 603; *R v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. (No. 3) (Case C 221/89)* [1992] QB 680) the applicants for judicial review sought a declaration that the provisions of Part II of the Merchant Shipping Act 1988 should not apply to them on the ground that such application would be contrary to Community law, in particular articles 7 and 52 of the EEC Treaty (principle of non-discrimination on the ground of nationality and right of establishment). The applicants were companies incorporated in England which were controlled by Spanish nationals and owned fishing vessels which on account of such control were denied registration in the register of British vessels by virtue of the restrictive conditions contained in Part II of the Act of 1988. The Divisional Court (*R v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd.* [1989] 2 C.M.L.R. 353), under article 177 of the Treaty, referred to the European Court of Justice a number of questions, including the question whether these restrictive conditions were compatible with articles 7 and 52 of the Treaty. The European Court... answered that question in the negative, and, although the final result is not reported, no doubt the Divisional Court in due course granted a declaration accordingly. The effect was that certain provisions of United Kingdom primary legislation were held to be invalid in their purported application to nationals of member states of the European Economic Community, but without any prerogative order being available to strike down the legislation in question, which of course remained valid as regards nationals of non-member states. At no stage in the course of the litigation, which included two visits to this House, was it suggested that judicial review was not available for the purpose of obtaining an adjudication upon the validity of the legislation in so far as it affected the applicants.

The *Factortame* case is thus a precedent in favour of the EOC's recourse to judicial review for the purpose of challenging as incompatible with European Community law the relevant provisions of the Act of 1978."

This reasoning also touches, and touches only, our law's treatment of substantive rights arising under EU law. It does not speak to the presence, absence, or degree of Parliament's power to alter the basis of the UK's legal relationship with Europe. The same is true in my judgment of the decision of their Lordships' House in *Pickstone* [1989] AC 66, cited by Miss Sharpston, a case which illustrates the lengths our courts will go in construing Acts of Parliament to uphold the supremacy of substantive Community rights.

#### *Final Conclusion: Four Propositions*

68 On this part of the case, then, I would reject Miss Sharpston's submissions. At the same time I would recognise for reasons I have given that the common law has in effect stipulated that the principal executive measures of the ECA may only be repealed in the United Kingdom by specific provision, and not impliedly. It might be suggested that it matters little whether that result is given by the law of the EU (as Miss Sharpston submits) or by the law of England untouched by Community law (as I would hold). But the difference is vital to a proper understanding of the relationship between EU and domestic

law.

69 In my judgment (as will by now be clear) the correct analysis of that relationship involves and requires these following four propositions. (1) All the specific rights and obligations which EU law creates are by the ECA incorporated into our domestic law and rank supreme: that is, anything in our substantive law inconsistent with any of these rights and obligations is abrogated or must be modified to avoid the inconsistency. This is true even where the inconsistent municipal provision is contained in primary legislation. (2) The ECA is a constitutional statute: that is, it cannot be impliedly repealed. (3) The truth of (2) is derived, not from EU law, but purely from the law of England: the common law recognises a category of constitutional statutes. (4) The fundamental legal basis of the United Kingdom's relationship with the EU rests with the domestic, not the European, legal powers. In the event, which no doubt would never happen in the real world, that a European measure was seen to be repugnant to a fundamental or constitutional right guaranteed by the law of England, a question would arise whether the general words of the ECA were sufficient to incorporate the measure and give it overriding effect in domestic law. But that is very far from this case.

70 I consider that the balance struck by these four propositions gives full weight both to the proper supremacy of Community law and to the proper supremacy of the United Kingdom Parliament. By the former, I mean the supremacy of *substantive* Community law. By the latter, I mean the supremacy of the legal *foundation* within which those substantive provisions enjoy their primacy. The former is guaranteed by propositions (1) and (2). The latter is guaranteed by propositions (3) and (4). If this balance is understood, it will be seen that these two supremacies are in harmony, and not in conflict. Mr Shrimpton's argument is wrong because it would undermine the first supremacy; Miss Sharpston's because it would undermine the second.

## **(2) No Vires in ECA s.2(2) in any Event**

### *(a) Duke v Reliance Systems Ltd*

71 Now, as I have indicated in paragraph 38, ECA s.2(2) could not confer power to amend main legislation without the supplemental provision made by s.2(4): “[t]he provision that may be made under subsection (2) above includes... any such provision (of any such extent) as might be made by Act of Parliament”. In that connection Mr Shrimpton relied upon a statement of Lord Templeman in *Duke v Reliance Systems Ltd* [1988] AC 618 at 639H-640A:

“Section 2(4) of the European Communities Act 1972 does not in my opinion enable or constrain a British court to distort the meaning of a British statute in order to enforce against an individual a Community directive which has no direct effect between individuals. Section 2(4) applies and only applies where Community provisions are directly applicable.”

I understood Mr Shrimpton to submit that since in these cases we are concerned only with the force of directives, and not directly applicable regulations, the effect of Lord Templeman's dictum is that we should hold that ECA s.2(2) did not empower the minister to amend s.1 of the 1985 Act to give effect to the amended Metrication Directive, because in such a context s.2(2) is unsupported by the vital words in s.2(4), “[t]he provision that may be made under subsection (2) above includes... any such provision (of any such

extent) as might be made by Act of Parliament”. The point was advanced by Mr Shrimpton in the context of his submissions on implied repeal, but it seems to me that it should be treated as a free-standing argument.

72 In my judgment it is a bad argument. It is plain from the context of the case that Lord Templeman was concerned with the further provision made by s.2(4), that is to say, “any enactment passed or to be passed, other than one contained in this Part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of the section”. In the later case of *Pickstone* [1989] AC 66, to which I have already referred in passing, Lord Templeman said of the *Duke* case (123):

“In *Duke*... this House declined to distort the construction of an Act of Parliament which was not drafted to give effect to a Directive...”

It seems to me that wholly different considerations arise when one is considering the scope of the amending power given by s.2(2) and the opening words of s.2(4). There is a plain cross-reference between those opening words and s.2(2)(a): “[the minister may make provision] for the purpose of implementing any Community obligation of the United Kingdom... or of enabling any rights enjoyed or to be enjoyed by the United Kingdom under or by virtue of the Treaties to be exercised”. In my judgment these words clearly contemplate provision being made to give effect to a directive; indeed directives are the paradigm case for the use of s.2(2)(a), precisely because regulations are directly applicable.

*(b) Henry VIII Clauses are in Principle only to be Used to Effect Minor Changes*

73 I understood Mr Shrimpton to submit that, quite aside from his argument on *Duke*’s case, and quite aside from his reliance on what was said in Parliament when the European Communities Bill was debated in 1972 (with which I will deal next) there exists in our law a rule to the effect that Henry VIII powers, if their use *in futuro* is permitted at all, should only so be used to effect minor or modest changes in main legislation. I have acknowledged (paragraph 13) that constitutional lawyers and others have expressed a wary suspicion of the use of Henry VIII clauses, because they transfer legislative power to the executive branch of government. An example is to be found in one of the extra-judicial writings to which our attention was helpfully drawn by counsel, namely Lord Rippon QC’s piece entitled *Henry VIII Clauses* and published at [1989] Statute Law Review 205. And in *Orange Personal Communications Ltd* [2001] EuLR 165 Sullivan J said at 177:

“Parliament does not lightly take the exceptional course of delegating to the executive the power to amend primary legislation. When it does so the enabling power should be scrutinised, should not receive anything but a narrow and strict construction and any doubts about its scope should be resolved by a restrictive approach...”

But Parliament *may* delegate the power to amend primary legislation, and it is inescapable that by ECA s.2(2) read with s.2(4) it has done so.

**(3) Assurances in Parliament: Henry VIII Power Only to be Used to Make Minor Changes**

74 Mr Shrimpton referred to passages in the debates in Parliament in 1972 on the then



European Communities Bill, and in particular to a statement by the Solicitor General on 13<sup>th</sup> June 1972:

“It is therefore sensible, in the interests of Parliament, that consequential amendments of a small, minor and insignificant kind should be capable of being effected by orders made under Clause 2(2).”

And he pointed to many other statements, in both Houses, in which the ultimate sovereignty of Parliament was stoutly asserted.

75 I did not understand Mr Shrimpton to suggest that recourse to what was said in Parliament was justified or required by the rule in *Pepper v Hart* [1993] AC 593, on the footing that s.2(2) is ambiguous and statements of the ministers who promoted the Bill in Parliament might resolve the ambiguity. In any case I would reject such a view without hesitation. S.2(2) read with s.2(4) is perfectly clear, and on its face allows amendments of the kind made here to the Act of 1985. I agree with an observation made by Sullivan J in the course of his judgment in *Orange Personal Communications Ltd*, to which I have already referred, in which he also cited another ministerial statement (179):

“I do not see any ambiguity or uncertainty... in s.2. Reading the minister’s statements in *Hansard* as a whole, it is clear that, while trying to give a measure of reassurance to Parliament, he was keeping open his options for the future. As he explained at one point:

‘As for the future, our obligations will result in a continuing need to change the law to comply with non-direct provisions, and to supplement directly applicable provisions, and it is not possible in advance to specify the subjects which will have to be covered.’”

The reference to “non-direct provisions” must be to directives.

76 If this is not a *Pepper v Hart* case, as it is not, I question the propriety of any reliance on the parliamentary material. I acknowledge without cavil that there are many circumstances in which such references are perfectly proper, and, in general terms, one sees in modern litigation appeal being made to the text of *Hansard* altogether more frequently than happened not very long ago. I do not criticise Mr Shrimpton for drawing the *Hansard* material to our attention. But absent a *Pepper v Hart* argument the only purpose can have been to invite us to give effect, in deciding the legality of the amendments to the 1985 Act, to statements suggesting that the s.2(2) power would, or perhaps could, only be used to effect minor amendments. Looking at the parliamentary material as a whole, I do not think that is their overall effect. But even if it were so, I would not base an enforceable legitimate expectation (for that is what would be involved) purely on what was said in Parliament. I think that would infringe Article 9 of the Bill of Rights 1689. If a minister gives the House a false impression of the potential effect of a Bill’s provisions (and I do not say that was done here), the cost and the sanction are political. The relationship between Parliament and the courts is one of mutual respect: not only out of habit of mind, but by convention and by law. So long as that is so, I think we should be strict about such matters.

#### **(4) Thoburn – Unlawful Prohibition of Imperial Weighing Machines?**

77 After the conclusion of counsel’s submissions in court it occurred to me that there might be

another point available to Mr Thoburn which had not been argued. In summary, the point was this. As I have explained, the use of imperial measures as supplementary indicators was permissible from 31<sup>st</sup> December 1999. If, despite this, weighing machines were required to be calibrated in metric only, that might be said to be arbitrary or capricious, and therefore unlawful. Accordingly, with my Lord's concurrence, by letter of 11<sup>th</sup> December 2001 from my clerk counsel for the parties were invited to offer written submissions on the point, and the letter indicated that upon their receipt we would consider whether to convene a further hearing. Counsel very helpfully submitted further written arguments shortly before the Christmas vacation. It was at once apparent that there was nothing in the point. Miss Sharpston drew our attention to provisions contained in the applicable subordinate legislation whose effect is that in the relevant period while weighing machines must be calibrated in metric, the weight may also be given by way of a supplementary indication. There is, accordingly, no question of Mr Thoburn or anyone else being vexed with an arbitrary or capricious provision. The measure in question, which I need not set out, first saw life as paragraph 16A of the Weighing Equipment (Non-Automatic Weighing Machines) Regulations 1988, added in 1994, and was replicated in successor regulations.

#### **(5) Hunt – Abuse of Process**

78 Mr Hunt had done as he was advised, and got rid of his imperial scales. Thus as I have explained, in September 2000 he was advertising his wares with prices marked up by reference to pounds, but had to weigh out the quantities on scales calibrated in metric measures. So for every sale, he had to convert the goods' weight in metric to imperial so as to arrive at the correct price. In these circumstances it is said that the offences of delivering underweight goods were the consequence of innocent mistakes of calculation; and for that reason the prosecution was an abuse of the process of the court.

79 That is a hopeless argument. Mr Hunt's plight after putting away his imperial scales might have been relevant to sentence. It is not relevant to the integrity of the prosecution.

#### **(5) Article 10 of the European Convention on Human Rights**

80 It was suggested that the prohibition on the use of imperial measures amounted to a restriction of free expression in the commercial field, and thus a violation of ECHR Article 10. However Mr Richards, who ran this point, felt himself constrained to accept that since as regards the sale of goods loose from bulk imperial measures are permitted as a supplementary indicator up to and including 31<sup>st</sup> December 2009, there is no present violation of Article 10 rights. This concession is obviously correct. I cannot think it would be right, nor in the end was it suggested, that this court should now consider the position as it might be after 31<sup>st</sup> January 2009.

#### **Footnote**

81 In the course of the hearing I made no secret of my dismay at the way in which the criminal offences relevant to the first three of these appeals had been created. It is a nightmare of a paper chase. I accept that there was no prejudice to these individual appellants, who knew well what the law was because they were concerned to campaign against it. But in principle, I regard it as lamentable that criminal offences should be

created by such a maze of cross-references in subordinate legislation.

\*\*\*

82 If my Lord agrees, these appeals will be dismissed. Counsel will no doubt agree what in those circumstances should be the appropriate answers to the questions asked in the case stated in each appeal.

**Mr Justice Crane:**

*83 I agree.*

## Annexe 2 : Dispositions pertinentes du *EC Act*

Source : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68>

A jour au 1<sup>er</sup> décembre 2010

### PART I

#### GENERAL PROVISIONS

#### 2 General implementation of Treaties.

- (1) 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 [F1 "enforceable EU right"] and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies.
- (2) Subject to Schedule 2 to this Act, at any time after its passing Her Majesty may by Order in Council, and any designated Minister or department may [F2 by order, rules, regulations or scheme] , make provision—
  - (a) for the purpose of implementing any [F3 EU obligation] of the United Kingdom, or enabling any such obligation to be implemented, or of enabling any rights enjoyed or to be enjoyed by the United Kingdom under or by virtue of the Treaties to be exercised; or
  - (b) for the purpose of dealing with matters arising out of or related to any such obligation or rights or the coming into force, or the operation from time to time, of subsection (1) above;and in the exercise of any statutory power or duty, including any power to give directions or to legislate by means of orders, rules, regulations or other subordinate instrument, the person entrusted with the power or duty may have regard to the [F4 objects of the EU] and to any such obligation or rights as aforesaid.

In this subsection "designated Minister or department" means such Minister of the Crown or government department as may from time to time be designated by Order in Council in relation to any matter or for any purpose, but subject to such restrictions or conditions (if any) as may be specified by the Order in Council.
- (3) There shall be charged on and issued out of the Consolidated Fund or, if so determined by the Treasury, the National Loans Fund the amounts required to meet any [F5 EU obligation] to make payments to [F6 the EU or a member State] , or any [F5 EU obligation] in respect of contributions to the capital or reserves of the European Investment Bank or in respect of loans to the Bank, or to redeem any notes or obligations issued or created in respect of any such [F5 EU obligation] and, except as otherwise provided by or under any enactment,—
  - (a) any other expenses incurred under or by virtue of the Treaties or this Act by any Minister of the Crown or government department may be paid out of moneys provided by Parliament; and
  - (b) any sums received under or by virtue of the Treaties or this Act by any Minister of the Crown or government department, save for such sums as may be required for disbursements permitted by any other enactment, shall be paid into the Consolidated Fund or, if so determined by the Treasury, the National Loans Fund.
- (4) The provision that may be made under subsection (2) above includes, subject to Schedule 2 to this Act, any such provision (of any such extent) as might be made by Act of Parliament, and any enactment passed or to be passed, other than one contained in this part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section; but, except as may be

provided by any Act passed after this Act, Schedule 2 shall have effect in connection with the powers conferred by this and the following sections of this Act to make Orders in Council [**F1** or orders, rules, regulations or schemes] .

- (5) . . . **F8** and the references in that subsection to a Minister of the Crown or government department and to a statutory power or duty shall include a Minister or department of the Government of Northern Ireland and a power or duty arising under or by virtue of an Act of the Parliament of Northern Ireland.
- (6) A law passed by the legislature of any of the Channel Islands or of the Isle of Man, or a colonial Law (within the meaning of the **M1** Colonial Laws Validity Act 1865) passed or made for Gibraltar, if expressed to be passed or made in the implementation of the Treaties and of the obligations of the United Kingdom thereunder, shall not be void or inoperative by reason of any inconsistency with or repugnancy to an Act of Parliament, passed or to be passed, that extends to the Island or Gibraltar or any provision having the force and effect of an Act there (but not including this section), nor by reason of its having some operation outside the Island or Gibraltar; and any such Act or provision that extends to the Island or Gibraltar shall be construed and have effect subject to the provisions of any such law.

#### Annotations:

##### Amendments (Textual)

- F1** Words in [s. 2\(1\)](#) substituted (1.12.2009) by [European Union \(Amendment\) Act 2008 \(c. 7\), ss. 3, 8, Sch. Pt. 1; S.I. 2009/3143, art. 2](#)
- F2** Words in [s. 2\(2\)](#) substituted (8.1.2007) by [Legislative and Regulatory Reform Act 2006 \(c. 51\), ss. 27\(1\)\(a\), 33](#)
- F3** Words in [s. 2\(2\)\(a\)](#) substituted (1.12.2009) by [European Union \(Amendment\) Act 2008 \(c. 7\), ss. 3, 8, Sch. Pt. 1; S.I. 2009/3143, art. 2](#)
- F4** Words in [s. 2\(2\)](#) substituted (1.12.2009) by [European Union \(Amendment\) Act 2008 \(c. 7\), ss. 3, 8, Sch. Pt. 1; S.I. 2009/3143, art. 2](#)
- F5** Words in [s. 2\(3\)](#) substituted (1.12.2009) by [European Union \(Amendment\) Act 2008 \(c. 7\), ss. 3, 8, Sch. Pt. 1; S.I. 2009/3143, art. 2](#)
- F6** Words in [s. 2\(3\)](#) substituted (1.12.2009) by [European Union \(Amendment\) Act 2008 \(c. 7\), ss. 3, 8, Sch. Pt. 1; S.I. 2009/3143, art. 2](#)
- F7** Words in [s. 2\(4\)](#) substituted (8.1.2007) by [Legislative and Regulatory Reform Act 2006 \(c. 51\), ss. 27\(1\)\(b\), 33](#)
- F8** Words repealed by Northern Ireland Constitution Act 1973 (c. 36 SIF 29:3), Sch. 6 Pt. I

##### Modifications etc. (not altering text)

- C1** [S. 2](#) extended (1.7.1999) by [1998 c. 46, s. 125, Sch. 8 para. 15\(2\); S.I. 1998/3178, art. 2\(1\)](#)  
[S. 2](#) modified (1.7.1999) by [1998 c. 46, s. 125, Sch. 8 para. 15\(3\); S.I. 1998/3178, art. 2\(1\)](#)  
[S. 2](#): power to make certain corresponding provisions conferred (27.7.1999) by [1999 c. 24, s. 2, Sch. 1 Pt. I para. 20\(1\)\(d\)](#)
- C2** [S. 2\(2\)](#) extended (27.9.1993) by [1993 c. 36, s. 70\(2\)](#)
- C3** [S. 2\(2\)](#) extended (5.11.1993) by [1993 c. 51, s. 2\(5\)](#)  
[S. 2\(2\)](#) extended (1.12.1998) by [1998 c. 38, s. 28\(2\); S.I. 1998/2789, art. 2](#)  
[S. 2\(2\)](#) amended (1.7.1999) by [S.I. 1999/1750, arts. 1\(1\), 3, Sch. 2; S.I. 1998/3178, art. 2\(1\)](#) (with [art. 7\(4\)](#))  
[S. 2\(2\)](#) modified (30.11.2000) by [2000 c. 37, s. 81\(2\)](#)
- C4** [S. 2\(2\)](#): Transfer of certain functions (27.3.2002) by [S.I. 2002/794, art. 3\(11\)](#)
- C5** [S. 2\(2\)](#) power made exercisable concurrently (15.2.2006) by The Scotland Act 1998 (Transfer of Functions to the Scottish Ministers etc.) Order 2006 ([S.I. 2006/304](#)), {art. 3} (with art. 5)
- C6** [S. 2\(2\)](#) extended (3.5.2007) by Government of Wales Act 2006, (c. 32), {s. 59(1)}, (with Sch. 11 para. 22) the



amending provision coming into force immediately after "the 2007 election" (held on 3.5.2007) subject to [s. 181\(4\)\(5\)](#) of the amending Act, which provides for certain provisions to come into force for specified purposes immediately after the end of "the initial period" (which ended with the day of the first appointment of a First Minister on 25.5.2007) - see [ss. 48, 181\(1\)\(4\)\(5\)](#) of the amending Act.

- C7 [S. 2\(2\)\(a\)\(b\)](#) excluded (N.I.) by [Northern Ireland Constitution Act 1973 \(c. 36, SIF 29:3\)](#), [s. 2\(2\)](#), [Sch. 2 para. 3](#)
- C8 Reference in s. 2(5) to "that subsection" means s. 2(2) of this Act. Reference to a Minister of the Government of Northern Ireland to be construed, as respects the discharge of functions, as a reference to the head of a Northern Ireland department: [Northern Ireland Constitution Act 1973 \(c. 36, SIF 29:3\)](#), [Sch. 5 para. 7\(2\)](#)

---

#### Marginal Citations

- [M1](#) [1865 c. 63\(26:1\)](#).

## Bibliographie

### Jurisprudence :

#### *High Court :*

- *Thuborn v. Sunderland City Council*, Queen's Bench Divisional Court, 18 février 2002, [2001] EWCH Admin 934, [2002] 3 WLR 247 Annex 1 du présent mémoire

#### *Chambre des Lords :*

- *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (N°2)* [1991] 1 AC 603, [1991] 1 All ER 70.
- *Jackson and Others v Her Majesty's Attorney General*, 23 octobre 2005, [2005] UKHL 56.

#### *Cour de Justice des communautés européennes :*

- CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Costa c. ENEL*, Recueil de jurisprudence, édition française pp. 1158–1160
- CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelgesellschaft*, Recueil de jurisprudence, édition française, p. 1125.

#### *Cour suprême d'Israël :*

- 1969, HCJ 98/69 *Bergman v. Minister of Finance and State Comptroller* (1969) 23 (1) PD693 ; 4 Israel Law Review 559.
- 1995, HCJ 6821/93 *United Mizrahi Bank ltd v. Migdal Coopérative Village* 49 (4) PD 221.

### Législation :

- Weights and Measures Act 1985 [Metrication] [Amendement] Order 1994, Units of Measurement Regulations 1994.
- Units of Measurement Regulations 2001.
- Directive 80/181/CE du Conseil du 20 décembre 1979, modifiée par la directive 1999/103/CE du 24 janvier 2000.
- European Communities Act 1972
- Parliament Act 1911 – Parliament Act 1949

## Livres :

### *En langue française :*

- BARANGER Denis, *Ecrire la Constitution non-écrite - une introduction au droit politique britannique*, coll. Léviathan, PUF, 2008, 315 p.
- DE VILLIERS Michel, LE DIVELLEC Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 2011.
- DUBOS O., *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001, 1015 p.
- DUFFY Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, LGDJ-Fondation Varenne, 2007, 660 p.
- HART H.L.A., *Le concept de droit*, 2ème ed. (1994), trad. fr. : Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005, 344 p.
- KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, coll, Les voies du droit, 1996, 217 p.
- LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, coll. Droit fondamental, PUF, 3ème éd., 2004, 1060 p.
- NGUYÊN-DUY Iris, *La souveraineté du parlement britannique*, L'Harmattan, 2011, 814 p.
- RIDEAU Joël, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6ème éd., 2010, 1288 p.
- WASS-NOCQUET Rachel, *Le Royaume-Uni : Etat membre de l'Union européenne – La volonté politique saisie par l'œuvre juridictionnelle*, thèse, LGDJ, 2010, 809 p.
- ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public*, Coll. Précis, Dalloz, 2006, 230 p.

### *En langue anglaise :*

- BARNET Hilaire, *Constitutional and administrative law*, 6ème éd., Routledge-Cavendish, Abingdon, 2006, 944 p.
- DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan, 8ème éd., Londres, 1915, réimp. : Liberty Fund, Indianapolis, 1982, 436p.
- ELIOTT Mark, THOMAS Robert, *Public Law*, Oxford University Press, 2011, 862p.
- GOLDSWORTHY Jeffrey, *Parliamentary Sovereignty, contemporary debates*, Cambridge University Press, 2010, 338p.
- JOWELL Jeffrey, OLIVER Dawn, *The changing Constitution*, OUP Oxford, 7ème éd., 2011, 456 p.
- KAVANAGH Aileen, *Constitutional review under the UK Human Rights Act*, 2009, 470



p.

- NICOLS Dany, *EC membership and Judicialization of British Politics*, OUP, 2001, 304p.

### Articles :

#### *En langue française :*

- BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », in ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dirs.), *Dictionnaire de culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003.
- DUFFY Aurélie, « Chronique de Jurisprudence britannique », *RFDC*, N°70, 2007, p. 235.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, GRIEF Nicolas et SAULNIER Emmanuelle, « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques », *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2003 p.471.
- GARCIA DE ENTERRIA Eduardo., « Un pas décisif dans le droit constitutionnel britannique : le pouvoir des juges de juger de façon abstraite et générale les lois du Parlement en contradiction avec le droit communautaire », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, pp. 165-186
- GUILLUY Thibault, « Le Parliament Act de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain? Réflexions sur la décision Jackson », *Jus Politicum*, n°6, 2011.
- HERVOUËT F., « Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux : de la primauté à la sphère de compétence », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, pp. 649-680.
- HERVOUËT F., « Politique jurisprudentielle de la Cour de Justice et des juridictions nationales. Réception du droit communautaire par les droits interne des Etats », *RDP*, 1992.
- JUSSIAUME Anne, « La Cour Suprême et la Constitution en Israël : Entre activisme et prudence judiciaire », *Jus Politicum*, n°3, 2009, 32 p.
- MUIR-WATT Horatia, « Le problème du « constitutional review » : le modèle du Royaume-Uni », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, juillet 2008.
- ROBIN-OLIVIER Sophie, « L'eupéanisation judiciaire du droit britannique. Analyse de la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Belmarsh », in CHAMPEILS-DESPLATS V. et FERRÉ N. (dirs.), *Frontières du droit, critique des droits : billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, pp. 271-278.
- SPENCER J. R., PADFIELD Nicola, « L'intégration des droits européens en droit britannique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n°3, pp. 537-550.

#### *En langue anglaise :*

- ARMSTRONG K. A., "United Kingdom – Divided on Sovereignty?", in WALKER Neil, *Sovereignty in Transition. Essays in European law*, Hart Publishing, 2003.

- BOYRON Sophie, « In the name of european law: the metric martyrs case », *European law Review*, 2002, vol. 27, n°6, pp. 771-779.
- CAMPBELL David et YOUNG James, “The metric martyrs and the entrenchment jurisprudence of Lord Justice Laws”, *PL*, 2002, pp.399-406
- CRAIG Paul, « Britain in the European Union » in JOWELL Jeffrey et OLIVER Dawn, *The Changing constitution*, Oxford University Press, 2011, pp.114 et s.
- CRAIG Paul, « Constitutional and Non-Constitutional Review », *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001, pp.147-178.
- ELLIOT Mark, “Embracing “Constitutional” Legislation : Toward Fundamental Law?”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2003, vol. 54 n°1, pp. 25-42.
- GRIFFITH J. A. G. « The brave new world of Sir John LAWS », *The Modern Law Review*, vol. 63, n°2, mars 2000, pp. 159-176.
- JACOBS F. G., “Public law – The impact of Europe”, *PL*, 1999, p. 232
- JOWELL Jeffrey, “Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis”, *PL*, 2006, pp. 562-579.
- JOWELL Jeffrey, « Beyond rule of law: toward constitutional judicial review », *PL*, hiver 2000, pp. 671-683.
- KAVANAGH Aileen, « Constitutional Review, the Courts and Democratic Scepticism », *Current Legal Problems*, vol. 62, issue 1, 2009, pp. 102-135
- LAWS John, « Law and Democracy », *PL*, printemps1995, pp. 72-93.
- LAWS John, « The constitution : Morals and Rights », *PL*, 1996, pp. 622 et s.
- MARSHALL Geoffrey, “Metric Measures and Martyrdom By Henry VIII Clause”, *LQR*, Vol. 118, October 2002, pp. 493-502.
- MULLENDER Richard, « Judicial review and the rule of law », *LQR*, vol. 112, 1996, pp. 182-186.
- O'NEILL Aidan, « Fundamental Rights and the Supremacy of Community Law in the United Kingdom after Devolution and the Human Rights Act », *PL*, 2002, pp.724-742.
- O'NEILL Aidan, “Fundamental Rights and the Constitutional Supremacy of Community law in the United Kingdom after Devolution and the Human Rights Act”, *PL*, 2002, pp. 724-742.
- POOLE Thomas, « Back to the future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, n°3, 2003, pp.
- WADE William, “Sovereignty – Revolution or Evolution?”, *LQR*, Vol. 112, 1996, p. 568-575
- WADE William, “What has happened to the Sovereignty of Parliament ?”, *LQR*, Vol. 107, 1991, pp. 1-4.
- WOOLDRIDGE F. et D'SA R., “The House of lords as a Constitutional Court : The EOC Case”, *Business law Review*, 1994, p. 185
- YOUNG L. Alison, “Hunting Sovereignty: Jackson v. Her Majesty’s Attorney-General”, *PL*, 2006, pp. 187-196.

# Table des matières

<b>Remerciements</b> .....	1
<b>Abréviations</b> .....	2
<b>Introduction</b> .....	3
<b>Première partie : Une redéfinition des principes de la constitution britannique sous l'effet du droit de l'Union européenne</b> .....	13
<b>Chapitre 1 : Une remise en cause de la conception classique de la souveraineté du parlement</b> .....	16
Section 1 : La souveraineté du Parlement confrontée à la primauté du droit de l'Union européenne.....	17
I. L'intégration du principe de primauté du droit de l'Union dans la législation britannique.....	18
1. <i>Le contenu du principe de primauté du droit de l'Union européenne</i> .....	18
2. <i>La transcription du principe de primauté dans le EC Act</i> .....	20
II. La nécessaire recherche d'un équilibre entre deux suprématies.....	21
1. <i>L'acceptation de la primauté du droit de l'Union sur une loi du Parlement</i> .....	22
2. <i>L'exacerbation des débats sur la souveraineté du Parlement</i> .....	23
Section 2 : L'équilibre novateur proposé par l'arrêt <i>Thoburn</i> .....	25
I. Une volonté de trouver un équilibre « harmonieux ».....	26
1. <i>La réaffirmation de la souveraineté du Parlement</i> .....	26
2. <i>Le respect des deux principes de suprématie</i> .....	27
II. L'insertion de l'arrêt <i>Thoburn</i> parmi les théories de la souveraineté du Parlement.....	28
1. <i>L'affirmation d'une conception classique de la souveraineté parlementaire</i> .....	29
2. <i>La réalité d'une conception modifiée de la souveraineté parlementaire</i> .....	30
<b>Chapitre 2 : Une réévaluation de la <i>rule of law</i> par le renforcement des pouvoirs des juges</b> .....	31
Section 1 : L'acceptation d'un véritable contrôle de la loi au regard du droit de l'Union européenne.....	32
I. Une évolution fondée sur le <i>judicial review</i> .....	33
1. <i>La doctrine du judicial review</i> .....	34
2. <i>L'évolution vers un contrôle de conventionnalité</i> .....	34
II. La portée du contrôle de conventionnalité.....	37
1. <i>Une pratique acceptée par toutes les juridictions britanniques</i> .....	37
2. <i>La particularité du contrôle du droit de l'Union européenne</i> .....	38
Section 2 : La question d'un possible contrôle de constitutionnalité.....	39
I. Une évolution possible.....	39

1. <i>Un début de changement au Royaume-Uni</i> .....	40
2. <i>Un changement assumé en Israël</i> .....	42
II. Une évolution problématique.....	43
1. <i>Le contre-argument démocratique</i> .....	44
2. <i>La limite de l'absence de droit constitutionnel formel</i> .....	45

## **Deuxième Partie : Une volonté de formalisation de la constitution britannique à partir du droit de l'Union européenne**.....47

### **Chapitre 1 : L'instauration problématique de lois constitutionnelles**.....50

Section 1. Les incertitudes de la catégorie des lois constitutionnelles.....	51
I. Une évolution présentée comme inhérente au droit britannique.....	51
1. <i>Le recours à la common law</i> .....	52
2. <i>Une méthode paradoxale</i> .....	53
II. La difficile identification des lois constitutionnelles.....	55
1. <i>Les critères proposés dans l'arrêt Thoburn</i> .....	55
2. <i>Des critères vagues et incomplets</i> .....	56
Section 2. Les faibles caractéristiques des lois constitutionnelles.....	58
I. Une remise en cause de la vision traditionnelle de l'abrogation implicite.....	58
1. <i>Le maintien de l'abrogation implicite pour les lois ordinaires</i> .....	58
2. <i>Le refus de l'abrogation implicite pour les lois constitutionnelles</i> .....	59
II. Des caractéristiques limitées.....	60
1. <i>Une consolidation relative</i> .....	61
2. <i>Une faible protection des droits et libertés</i> .....	62

### **Chapitre 2. Une illustration du constitutionnalisme de *common law***.....64

Section 1. La renaissance du constitutionnalisme de <i>common law</i> .....	65
I. Généralités sur la renaissance constitutionnalisme de <i>common law</i> .....	66
1. <i>Une doctrine centrée sur la common law</i> .....	66
2. <i>Une doctrine propice au pouvoir judiciaire</i> .....	67
II. L'affiliation de Sir John LAWS au constitutionnalisme de <i>common law</i> .....	68
1. <i>Les fondements philosophiques</i> .....	68
2. <i>Une redéfinition de la rule of law</i> .....	70
Section 2. La faible mise en pratique du constitutionnalisme de <i>common law</i> .....	71
I. L'affaire <i>Thoburn</i> ou l'application par excellence du constitutionnalisme de <i>common law</i> .....	71
1. <i>Le rang suprême de la common law</i> .....	71
2. <i>Une hiérarchisation autour de la common law</i> .....	73
II. Une mise en pratique limitée du constitutionnalisme de <i>common law</i> .....	74
1. <i>L'arrêt Jackson et la prévalence de la rule of law</i> .....	74
2. <i>L'hypothèse d'une mutation profonde du droit constitutionnel</i> .....	75

<b>Conclusion</b> .....	77
<b>Annexes</b> .....	79
Annexe 1 : Arrêt <i>Thoburn</i> .....	80
Annexe 2 : Dispositions pertinentes du <i>EC Act</i> .....	113
<b>Bibliographie</b> .....	116