

La réinvention du droit de l'Union européenne par les acteurs juridiques nationaux : le cas de l'intention du législateur en *common law*

Traduction titre en EN

Afroditi MARKETOU, *Chercheuse postdoctorale à l'Université de Luxembourg*

EU law and difference – Purposive interpretation – Common law

In this article, it is proposed to take the differences in the practice of EU law seriously. The aim is not to construct a 'correct' content of European legal rules, concepts and methods, which would be different from their content in the legal practices studied, neither to discover the economic and political interests 'hidden' behind the use of EU legal arguments. The local practices of EU law are studied in their own discursive and cultural context. Their interpretation gives us important information on the legal cultures in which these practices evolve, but also on EU law and EU integration. The proposed approach is exemplified through the narration of the story of purposive interpretation in the common law. This technique, typical of Continental systems and of the case law of the ECJ, was long rejected in the common law as a prohibited trespassing of the limits of judicial competence. Its reception under the influence of European law has been the vector of a significant transformation of the common law into a rational legal order based on substantive values. While this proves that convergence between European legal systems is possible, it also shows that this convergence does not necessarily imply the advancement of socio-political integration in Europe. Once received in the common law, the technique of purposive interpretation is reinvented to serve common lawyers' goals, which do not always coincide with those of European institutions and of the ECJ.

Introduction : s'intéresser à la différence en droit de l'Union

Il est commun d'observer que la pratique du droit de l'Union diffère selon les systèmes juridiques. Personne ne conteste que l'étude de ces différences soit cruciale pour évaluer les effets du rapprochement des législations en Europe. Pourtant, ces différences sont rarement étudiées en tant que telles. Du point de vue de la doctrine européeniste, on présume souvent que, parce que le droit européen exige une application uniforme, il est ou il devrait être appliqué uniformément par les acteurs juridiques nationaux. Ses usages

déviant sont rejetés comme résultant d'une mauvaise interprétation ou comme poursuivant des mobiles extra-juridiques. Quant à la résistance au droit de l'Union, celle-ci est le plus souvent conçue comme le symptôme d'un stade précoce dans le processus d'européanisation. Il en résulte que l'européaniste, confronté à la fragmentation de sa discipline entre des communautés nationales communiquant peu, puisse éprouver un sentiment de « *solitude* »¹. Pour le comparatiste, en revanche, la différence est par excellence un

¹ L. AZOULAI, « Solitude, désœuvrement et conscience critique », *Politique européenne*, vol. 50, n° 4, 2015, pp. 82-98.

objet d'étude. Toutefois, dans les travaux relatifs au droit européen en la matière, le débat sur la question de la possibilité de convergence entre systèmes juridiques européens s'est le plus souvent passé d'une analyse fine des différences. En effet, dans une querelle devenue classique, les différences nationales dans l'application du droit de l'Union ont été, soit trop atténuées, dans l'effort de présenter l'harmonisation du droit en Europe comme un processus naturel, soit trop accentuées, dans le but de démontrer l'idéologie technocratique et néolibérale des défenseurs de l'uniformisation du droit, ainsi que l'échec du projet d'une Union par le droit².

Différemment, nous proposons de considérer ces différences dans la pratique du droit de l'Union comme un objet de recherche digne d'intérêt en soi. Le but n'est pas de dégager un contenu « correct » des règles, des concepts ou des méthodes européens qui serait différent de leur contenu dans la pratique juridique étudiée. Ce n'est pas non plus de découvrir les intérêts économiques et politiques qui sont derrière l'invocation, l'application ou le refus d'application du droit européen. La divergence dans la pratique du droit de l'Union est étudiée dans son propre contexte discursif et culturel. Ainsi, la résistance aux règles, méthodes et concepts européens peut exprimer des caractéristiques profondes de la culture qui la produit. D'ailleurs, si la force intégratrice du droit de l'Union repose sur son invocation par les acteurs juridiques nationaux, les attentes que ceux-ci attachent à sa réception ne sont pas les mêmes que celles des institutions européennes ; elles ne vont notamment pas nécessairement dans le sens d'une intégration plus profonde. Une fois insérés dans le droit interne, les règles, les concepts et les méthodes européens changent de sens ; ils sont réinventés pour poursuivre des buts fixés au sein du système et de la culture juridiques hôtes. Le droit de l'Union remodèle les discours juridiques locaux et, en même temps, il est remodelé en leur sein. Il est reformulé dans les termes des narrations et des débats locaux sur la légalité, le juge, les droits de l'homme et l'Europe.

Dans cet article, nous nous interrogerons sur la façon dont les juges du *common law* ont reçu

une méthode typique des systèmes continentaux : la recherche de l'intention du législateur. Le *common law* est souvent pris comme exemple dans les études de droit comparé pour montrer l'impossibilité de convergence entre systèmes juridiques européens. Selon Pierre Legrand notamment, le *common law* et le droit civil seraient séparés par un « *clivage primordial – une summa differentia* »³, qui résulterait de leur appréhension complètement différente de ce que sont le droit et le savoir juridique. Cela rendrait impossible la communication et la compréhension entre les juristes de ces cultures, qui seraient ainsi « *irrémédiablement inconciliables* »⁴. Si le pessimisme de Pierre LEGRAND pouvait pendant longtemps sembler justifié, depuis les années deux mille, le *common law* subit une transformation spectaculaire sous l'influence européenne. La pensée juridique locale ressemble de plus en plus à celle des systèmes continentaux, dont elle importe les concepts et méthodes, et ce, en dépit du Brexit. Celui-ci est d'ailleurs la meilleure preuve du fait que la convergence juridique n'est pas forcément l'indication d'une intégration sociale et politique plus profonde. Ainsi, l'étude de la réception du droit européen dans le *common law* nous permet de percevoir les limites du projet d'une Union par le droit.

La recherche de l'intention du législateur est un élément essentiel du contrôle de la justification des entraves à la circulation tel qu'il est exercé par la CJUE. Il n'en est pas moins qu'elle repose sur une vision du législateur et du droit qui est contraire à la tradition analytique britannique. Comme en témoigne l'exemple de l'affaire *Sunday trading*, les juges britanniques ont d'ailleurs initialement résisté à l'application de la jurisprudence européenne en la matière, jurisprudence qu'ils percevaient comme dangereuse pour la répartition traditionnelle des compétences dans le *common law* (I). Avec le temps, sous l'influence du droit européen, le *common law* s'est transformé au point que la recherche de l'intention du législateur est désormais une méthode communément utilisée par

² V. P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2002.

³ P. LEGRAND, « European Legal Systems are not Converging », *International & Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 76 (ma traduction).

⁴ P. LEGRAND, « The Same and the Different », in P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge, New York, CUP, 2003, p. 245 (ma traduction).

les juges britanniques, non seulement à l'occasion de l'application des traités, mais aussi en droit interne. Cependant, ce rapprochement observé au niveau des structures du raisonnement juridique ne mène pas nécessairement à l'achèvement d'une intégration socio-politique plus profonde. Dans un contexte d'euroscpticisme croissant, les juges anglais adoptent leur propre vision de l'intention du législateur, qu'ils opposent, de façon quelque peu paradoxale, à l'application effective du droit de l'Union (II).

I. | L'intention du législateur, « irritant » du *common law*

Les juristes européens adoptent souvent une approche fonctionnelle des règles, concepts et méthodes juridiques. Ceux-ci seraient « transplantés » d'un système à l'autre en vue d'offrir des solutions uniformes à des problèmes similaires et d'avancer l'intégration en Europe⁵. La résistance à l'application du droit de l'Union, quand elle n'est pas perçue comme un appel à une intégration plus poussée, comme dans le cas de la jurisprudence *Solange* du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, est le plus souvent vue comme résultant de particularités culturelles locales, qui sont rarement interprétées ni même identifiées en tant que telles. Il s'agirait plutôt des reliques d'un paradigme juridique voué à la disparition à l'âge de la globalisation. Dans ce contexte, la culture est une notion résiduelle qui englobe et explique tout ce que la raison juridique ne peut pas saisir. Telle un « *thought stopper* »⁶, son invocation empêche une réflexion plus profonde sur les impacts du droit de l'Union et de l'intégration européenne dans différents contextes.

En réaction à la littérature des « transplants », qui néglige l'enracinement social des règles et des institutions, Gunther TEUBNER a proposé de

voir les transferts juridiques comme des « *irritants* », à savoir « *un bruit extérieur provoquant des perturbations non contrôlées dans le jeu de relation entre les discours* »⁷. Pour cet auteur, le droit est un système discursif qui rencontre la société sous la forme d'« *une multiplicité fragmentée de discours* »⁸. Dans les sociétés modernes, la professionnalisation du monde juridique et la technicité de ses sources expliquent la fermeture opérationnelle du droit par rapport aux systèmes qu'il cherche à réguler. Toujours est-il que l'autonomie du droit n'est pas absolue, celui-ci étant « *structurellement couplé* » à son contexte et utilisant des influences provenant du monde social, politique ou autre pour construire ou changer ses propres structures. Le droit est étroitement lié à d'autres fragments de la société et ces liens sociaux se manifestent dans des « *processus de couplage* » avec les structures du pouvoir social qui peuvent être relativement stables.

La métaphore d'« *irritant* » est utile pour comprendre la résistance au droit de l'Union dans son propre contexte. Dans le système dualiste britannique, le droit européen est applicable depuis 1972 et l'adoption du *European Communities Act*. C'est cette loi qui a permis l'importation des règles et concepts européens, ainsi que des méthodes de la Cour de justice. Plus de dix ans après, dans une des premières stratégies contentieuses fondée sur le droit européen au Royaume-Uni, les libertés de circulation ont été invoquées pour contester l'interdiction d'ouverture des magasins le dimanche⁹. Depuis le milieu des années quatre-vingt, le litige concernant le *Sunday trading* a produit un nombre conséquent d'affaires devant les juridictions britanniques. Au-delà de leur importance économique, sociale et politique, ces affaires sont très intéressantes d'un point de vue proprement juridique. Elles montrent que, si la recherche de l'intention du législateur est une méthode classique de la Cour, elle constitue « *un bruit extérieur* » pour le *common law* car elle

⁵ Sur le concept de transplants juridiques, V. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2^e éd., Athens, Ga, University of Georgia Press, 1993. Sur cette fonction du droit comparé dans le contexte de l'intégration européenne, V. R. SACCO, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, pp. 1-34 ; 343-401 (not. pp. 3 et s.). Pour un exemple, V. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J. WEILER (dir.), *Integration through Law. Methods, Tools and Institutions*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1986.

⁶ Le terme est repris à Hilary PUTNAM qui l'utilise pour la séparation stricte entre les faits et les valeurs. V. *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge, MA, London, Harvard University Press, 2002, p. 44.

⁷ G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 1998, p. 12 (ma traduction).

⁸ *Ibid.*, p. 21 (ma traduction). V. aussi D. NELKEN, « Comparatists and Transferability », in *Comparative legal studies: traditions and transitions*, op. cit., pp. 459 et s.

⁹ Sur cette affaire, v. H. MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU: Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 43 et s.

repose sur une idéalisation du législateur complètement étrangère à celui-ci (1). En subordonnant l'applicabilité des lois nationales à la poursuite d'une finalité, le contrôle de l'intention du législateur s'oppose à la répartition traditionnelle des compétences entre juges et Parlement, et donc aux « *processus de couplage* » du *common law* avec les structures du pouvoir politique (2).

1. La contrariété avec le pragmatisme du common law

Le *Shops Act* de 1950 interdit le commerce dominical. Toutefois, B&Q, une chaîne nationale de magasins de bricolage, a régulièrement transgressé cette interdiction. Les sanctions pécuniaires s'étant montrées inefficaces, au début des années quatre-vingt, des communes poursuivent la société en justice pour obtenir une injonction interdisant l'ouverture de ses commerces le dimanche¹⁰. À partir de 1988, Arthur Hugh VAUGHAN, l'avocat de B&Q, invoque le droit communautaire en défense de ses clients. Dans plusieurs affaires, il avance que l'interdiction d'ouverture des commerces le dimanche constitue une entrave injustifiée aux libertés de circulation, puisque certains des produits vendus par B&Q proviennent d'autres États membres. Ainsi l'avocat cherche-t-il à obtenir le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice qui, peu importe son résultat sur le fond, retarderait les injonctions et servirait donc les intérêts de B&Q à court terme. C'est le *Cwmbran Magistrates' Court* qui a finalement renvoyé la question à Luxembourg.

Jusque-là, le problème principal devant les juridictions britanniques était de savoir si l'interdiction du commerce dominical constituait un obstacle aux échanges déclenchant l'application de l'article 30 TCE (aujourd'hui article 36 TFUE). Dans l'arrêt *Torfaen*, la Cour de justice a répondu par l'affirmative¹¹. Les juges européens ont conditionné l'euro-compatibilité des mesures nationales à la finalité poursuivie par celles-ci. Ils précisent, en effet, que les restrictions imposées au *Sunday trading* peuvent

être justifiées, dans la mesure où elles constituent « *l'expression de certains choix politiques et économiques en ce qu'elles visent à assurer une répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socio-culturelles nationales ou régionales* »¹². Aux yeux du juriste européen, cela n'a rien de surprenant. La recherche de l'intention du législateur est une méthode classique de la Cour de justice. L'article 36 TFUE interdit en effet les mesures constituant « *un moyen de discrimination arbitraire* » ou « *une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres* ». Le contrôle de la justification des entraves à la circulation entre États membres commence, donc, par l'identification des motifs des autorités nationales. Quand une mesure nationale affecte une des libertés économiques, l'État membre en cause invoque un objectif légitime mentionné dans les traités, comme la santé publique ou la sécurité nationale, ou bien une autre « *raison impérieuse d'intérêt général* » reconnue dans la jurisprudence de la Cour de justice, comme la protection des droits fondamentaux ou la protection des consommateurs¹³.

Néanmoins, cette méthode était nouvelle pour les juristes du *common law*. Selon la tradition analytique qui a pendant longtemps dominé dans ce contexte, la volonté du Parlement est cherchée dans le sens ordinaire des termes utilisés dans la loi. L'interprétation juridictionnelle des lois est littérale et consiste en une forme d'analyse exégétique ; elle ne procède pas d'une recherche de leur esprit ou de la volonté de leur auteur historique. Pendant longtemps, le formalisme analytique a exclu la prise en compte du but de la loi en cause du processus d'interprétation (ce que les juristes locaux appellent la *purposive interpretation*). Selon les termes bien connus de Lord SCARMAN, « *nous ne sommes pas gouvernés par les intentions du Parlement mais par ses actes* »¹⁴. Cette règle générale a trouvé des manifestations plus concrètes : l'article 9 du *Bill of Rights* concernant l'immunité juridictionnelle du Parlement a pendant longtemps exclu

¹⁰ *Stoke-On-Trent City Council c. B & Q (Retail) Ltd* [1984] 1 AC 754 (HL, 17 mai 1984).

¹¹ C-145/88, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B. & Q. Plc.* [1990] 2 Q.B. 19, ECLI:EU:C:1989:593. V. H. MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU*, op. cit., pp. 47 et s.

¹² *Torfaen*, précité, para. 14.

¹³ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC law*, Oxford, New York, OUP, coll. « Oxford EC law library », 1999, pp. 137 et s. V. aussi P. CRAIG, *EU administrative law*, 2^e éd., Oxford, New York, OUP, coll. « Collected courses of the Academy of European Law », 2012, p. 617.

¹⁴ *Duport Steels LTD vs Sirs* [1980] 1 All ER 529 (HL, 3 janvier 1980) (ma traduction).

toute référence des juges au *Hansard*, la transcription officielle des débats parlementaires. Le Parlement souverain n'ayant pas d'obligation de justifier ses actes, si les juges reconstruisaient le sens d'une loi en se référant au discours d'un Ministre, cela reviendrait à attribuer un pouvoir normatif suprême à un membre du *Cabinet*. D'ailleurs, les références aux débats parlementaires sont traditionnellement vues comme une violation du principe de la souveraineté du Parlement, puisqu'elles ouvrent la voie à l'évaluation du sérieux de ces débats par le juge¹⁵.

L'application de la jurisprudence de la Cour postulait donc un changement important dans les méthodes des juges britanniques. La suite de l'affaire *Sunday trading* en témoigne. Entre-temps, les Conseils municipaux de Stoke-on-Trent et de Norwich ont poursuivi B&Q devant la justice, où la compagnie a invoqué l'article 30 TCE (aujourd'hui article 36 TFUE¹⁶). Appliquant la décision de la CJCE, *Justice Hoffmann*, à l'époque membre de la *High Court*, commence son contrôle de l'interdiction du commerce dominical par l'examen de son but. Pour identifier le but des mesures nationales, il retrace leur histoire, la jurisprudence pertinente des cours du *common law* et les déclarations sur le sujet dans le *Hansard* – malgré les doutes qu'il exprime quant à la possibilité de se référer aux débats parlementaires. Le juge conclut que, bien que les membres du Parlement n'aient pas tous été d'accord sur l'objectif de l'Acte en cause, celui-ci vise généralement « à maintenir ce qu'ils percevaient comme le dimanche traditionnel anglais »¹⁷.

La subtile ironie dans les *dicta* du juge britannique révèle une différence fondamentale entre l'image traditionnelle du législateur, qui imprègne le *common law*, et celle qu'exprime la jurisprudence européenne. La recherche d'une intention unique du législateur repose sur une personnification du pouvoir législatif. Typique des systèmes continentaux, cette personnification ne va pas sans une certaine idéalisation du processus de production normative : le législateur représente le peuple souverain et ses lois

expriment une volonté censée être générale. Cette représentation quasi mythique du législateur est complètement étrangère à la culture britannique, marquée par le désenchantement et le pragmatisme. Au Royaume-Uni, l'étude du droit constitutionnel est traditionnellement descriptive ; elle se concentre sur la pratique des institutions. Loin d'exprimer une volonté « générale », la loi est perçue comme le résultat d'un compromis entre différentes forces politiques. À cet égard, il est significatif que le terme « législateur » soit rarement utilisé par les juristes britanniques, qui préfèrent se référer au Parlement. Contrairement au droit continental, dans le *common law*, le mythe est externe au droit : il se trouve dans l'idéalisation du processus démocratique. Selon une narration dominante, nommée *Whig history* d'après le nom du parti libéral historique du Royaume-Uni, ce sont les mécanismes de freins et contrepoids [*checks and balances*] au sein de la procédure parlementaire et dans le fonctionnement du régime qui garantissent la protection des libertés civiles et qui éliminent les décisions arbitraires¹⁸.

En exigeant l'identification d'un but législatif unique, la jurisprudence européenne « irrite » le *common law* et la représentation du pouvoir législatif qui le sous-tend. Cela est d'autant plus vrai que la Cour exige parfois la cohérence des mesures nationales dans la poursuite de leur but. Dans l'affaire *Conegate*, par exemple, elle reproche au législateur britannique un manque de cohérence dans la poursuite des objectifs qu'il s'est fixé¹⁹. Ce qui était en cause était la confiscation par les autorités douanières de marchandises à caractère sexuel importées de l'Allemagne par la compagnie Conegate, en raison de leur caractère « *indecent ou obscene* ». Les autorités nationales invoquaient des raisons de moralité publique qui justifiaient, selon elles, une dérogation à la liberté de circulation des marchandises. Suivant les arguments de la compagnie et de la Commission, au contraire, la Cour avait considéré que la moralité publique ne pouvait

¹⁵ V. A. KAVANAGH, « Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, n° 3, 2014, p. 443.

¹⁶ *Stoke-on-Trent & Norwich* [1991] Ch. 48 (HC, Chancery Division, 18 juillet 1990).

¹⁷ *V. Stoke-on-Trent & Norwich*, précité, p. 66 (ma traduction).

¹⁸ M. LOUGHLIN, *The British Constitution : A Very Short Introduction*, Oxford, OUP, coll. « Very short introductions », 2013, pp. 27 et s., 87 et s. ; P. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 23. d'après le *Whig Party*.

¹⁹ Affaire 121/85, 11 mars 1986, *Conegate Limited c. HM Customs & Excise*, ECLI:EU:C:1986:114.

pas être invoquée en l'espèce, puisque la législation du Royaume-Uni ne comportait aucune restriction de quant à la fabrication ou la commercialisation de tels produits sur son territoire²⁰. Ici encore, le raisonnement juridictionnel n'a rien de surprenant pour le juriste européen. L'exigence de cohérence dans la poursuite des buts nationaux est une technique bien connue de la Cour, aujourd'hui intégrée dans le contrôle de proportionnalité²¹.

En s'appuyant sur cette jurisprudence, B&Q alléguait que les larges exceptions à l'interdiction du commerce dominical prévues par la loi rendaient le régime incohérent et indiquaient les intentions discriminatoires de ses rédacteurs. Justice HOFFMANN n'en a pas été convaincu. Selon lui, ces exceptions sont des concessions nécessaires, étant donné que le but d'intérêt public poursuivi par la loi est impossible à obtenir en pratique : certains commerces doivent être ouverts le dimanche²². Selon le juge :

*« l'histoire de la loi sur le commerce dominical montre que les exceptions en vigueur sont conçues par le Parlement comme des limites nécessaires à la poursuite de l'objectif législatif. Certes, l'Acte en cause n'est pas toujours rationnel [there are illogicalities] et les opinions peuvent diverger sur la question de savoir s'il fixe les limites au bon endroit. Toutefois, le compromis irrationnel tend à être une "caractéristique socio-culturelle" britannique, pour adopter le langage de la Cour de justice. Cela peut aussi expliquer pourquoi le commerce dominical est permis en Écosse mais pas en Angleterre et au Pays de Galles »*²³.

À l'exigence de cohérence des mesures législatives nationales, le juge a opposé le pragmatisme caractéristique des systèmes du *common law*. Ce pragmatisme est précieux aux yeux des juristes locaux car il laisse la place au désaccord raisonnable, à la négociation politique et aux compromis, bien que ceux-ci puissent paraître irrationnels à leurs collègues continentaux²⁴.

2. La contrariété avec l'économie du common law

La réception de la recherche de l'intention du législateur dans le *common law* implique bien plus que la réception d'une simple méthode juridique ou d'une représentation particulière du législateur. Elle implique une tout autre conception du droit et du savoir juridique. Imprégnée d'une vision instrumentale des normes législatives comme des moyens permettant d'arriver à une fin, la jurisprudence européenne postule une fusion entre forme juridique et substance, une vision rationaliste du droit comme un ordre cohérent fondé sur des valeurs matérielles. C'est ce substrat de valeurs qui rend la communication entre systèmes juridiques possible. Les termes de l'article 6, paragraphe 1, TUE sont illustratifs à cet égard : « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres ». La Cour a eu un rôle actif dans la consécration des valeurs fondatrices de l'ordre juridique européen, notamment au moyen de l'élaboration des principes généraux du droit empruntés aux systèmes juridiques nationaux²⁵.

La perception traditionnelle du droit dans le *common law* est diamétralement opposée à cette vision rationaliste. Le *common law* ne comprend pas de valeurs substantielles, ni même « ces déclarations et définitions des droits si chères aux constitutionnalistes étrangers »²⁶. Les libertés civiles existent indépendamment du droit positif ; les rendre positives reviendrait à affirmer qu'elles résultent de la volonté du Parlement, ce qui, à son tour, reviendrait à accepter que le Parlement ait le pouvoir de les retirer. Dans cette conception libérale classique, le droit est un commandement et l'action publique une intervention suscitant la méfiance de la société. Sa cohérence matérielle n'est pas présumée. D'ailleurs, le dualisme exclut la communication entre systèmes : la réception du droit étranger exige sa transposition en droit interne. Selon l'orthodoxie constitutionnelle du *common law*,

²⁰ *Ibid.*, para. 16.

²¹ V. F. DE WITTE, « Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Ethical and Moral Diversity in Europe », *Common Market Law Review*, vol. 50, n° 6, 2013, p. 1545.

²² *Stoke-on-Trent & Norwich*, précité, p. 66-8.

²³ *Ibid.*, p. 72 (ma traduction).

²⁴ V. J. ALLISON, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 123 et s.

²⁵ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC law*, op. cit., p. 4.

²⁶ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9^e éd., London, Macmillan and Co, 1939, p. 197, cité par P. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, op. cit., p. 23, note 53 (ma traduction).

les juges n'ajoutent rien à la lettre de la loi. Ils ne se prononcent pas sur des questions de principe mais préfèrent raisonner par précédent, évitant ainsi des conclusions générales et abstraites. Cette répugnance envers l'abstraction et les principes est appelée par les juristes locaux « *l'économie du common law* »²⁷. C'est cette économie qui, pendant des siècles, a strictement limité la compétence constitutionnelle des cours.

Ainsi, la comparaison avec le *common law* met en exergue un trait important des méthodes de la Cour qui n'est pas tout de suite apparent à l'observateur. La recherche de l'intention du législateur, expression du rationalisme typique des systèmes de droit civil, implique une extension importante des pouvoirs du juge. En effet, elle ouvre la porte à la *rationalisation* des mesures nationales en fonction de cette intention. Dans la jurisprudence européenne, cela s'illustre très bien dans l'application du principe de proportionnalité. Depuis le célèbre arrêt *Dassonville* rendu en 1974, la notion d'entrave à la circulation, qui permet l'application du droit européen, a été détachée de l'existence d'une discrimination sur la base de la nationalité²⁸. L'interprétation extensive de la notion d'entrave a fait de la proportionnalité le critère ultime de la compatibilité des mesures nationales au droit communautaire²⁹. Le contrôle de l'intention du législateur est devenu une étape préliminaire du raisonnement de proportionnalité. Cela implique non seulement que les mesures nationales doivent poursuivre des objectifs légitimes, mais aussi qu'elles doivent être appropriées et nécessaires dans la poursuite de ces objectifs. Dans l'arrêt *Torfaen*, après avoir identifié le but de l'interdiction du commerce dominical, la Cour a précisé que les cours nationales devaient « *vérifier si les effets d'une telle réglementation nationale ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé* »³⁰.

²⁷ V. J. ALLISON, *The English Historical Constitution*, op. cit., pp. 123 et s. (ma traduction).

²⁸ Affaire 8/74, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82.

²⁹ A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2014, pp. 305 et s. V. aussi S. REYNOLDS, « Explaining the constitutional drivers behind a perceived judicial preference for free movement over fundamental rights », *Common Market Law Review*, vol. 53, n° 3, 2016, pp. 643-677.

³⁰ *Torfaen*, précité, para. 15. Pour un autre exemple, v. affaires Jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, 25 octobre 2001, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, para. 33 et s.

Si cela peut paraître banal au juriste continental, c'est demander beaucoup dans un système de *common law*, où les juges sont traditionnellement exclus de l'examen des impacts de l'action publique. Pendant des siècles, l'évaluation des *merits* était un tabou pour les cours du *common law*, dans le but d'éviter que les juges ne prennent des décisions politiques. Certes, pour les juges européens, il ne s'agit pas là d'une « évaluation » dans le sens d'un jugement de valeur subjectif. En effet, selon la jurisprudence de la Cour en matière des libertés de circulation, une fois l'intention du législateur national identifiée, la proportionnalité s'applique comme un test objectif d'efficacité. Les jugements de valeur seraient dans cette perspective exclus du raisonnement juridictionnel. Il est significatif à cet égard que l'application de la dernière étape du raisonnement de proportionnalité, la mise en balance, ne soit qu'exceptionnelle³¹. Selon la formule utilisée dans *Torfaen*, désormais célèbre en droit anglais, la question de la nécessité des mesures nationales « *relève de l'appréciation des faits, qui appartient à la juridiction nationale* »³². En effet, le rationalisme des juristes européens est souvent combiné avec une croyance dans la possibilité de résoudre les problèmes sociaux les plus sensibles au moyen d'un processus de décision rationnel fondé sur l'appréciation objective des faits³³. Les conflits normatifs entre droit interne et droit européen sont ainsi dissimulés.

Toutefois, les juristes du *common law* sont plus dubitatifs quant à la possibilité de résoudre des problèmes d'ordre social avec des évaluations expertes. Dans sa décision, Justice HOFFMANN regrette qu'une « *troupe d'experts fasse sa tournée partout dans le pays* » et exprime des avis sur les impacts de l'interdiction du commerce

³¹ L'exception la plus connue est l'affaire C-112/00, 12 juin 2003, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333. V. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit. ; V. RÉVEILLÈRE, *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 378 et s. ; G. DAVIES, « Free movement, the quality of life, and the myth that the court balances interests », in P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.) *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Hart, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 218.

³² *Torfaen*, précité, para. 16.

³³ Clifford GEERTZ a identifié cela comme une tendance plus générale des systèmes juridiques occidentaux : C. GEERTZ, « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », in *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*, 3^e éd., New York, Basic Books, 1983, p. 171.

dominical, conduisant à des décisions contradictoires³⁴. Pour lui, il s'agit là d'une décision de principe, qui exige la mise en balance entre « l'importance de la protection des employés contre le travail dominical » et « l'importance du surplus de ventes d'ampoules néerlandaises ou de meubles italiens »³⁵. En tant que telle, l'évaluation de la proportionnalité de l'interdiction du commerce dominical incombe au législateur. Justice HOFFMANN critique l'approche expansionniste de la Cour en la matière. À ses yeux, les sujets sensibles d'ordre social sont des sujets politiques et ils doivent être laissés à la décision démocratique exprimée dans le cadre du Parlement³⁶. Les rendre juridiques reviendrait à abandonner l'économie du *common law* et la façon dont le savoir juridique définit ses propres frontières au sein de celui-ci. Le juge a finalement refusé d'appliquer la jurisprudence européenne. Au lieu de cela, il s'est borné à un contrôle déferent, similaire au test de « *rational basis* » des systèmes de *Commonwealth*, pour conclure qu'il « *était loisible* »³⁷ au Parlement de décider comme il l'a fait. Selon lui, « *[c]ela n'est pas une abdication de compétence juridictionnelle. La primauté du processus démocratique est beaucoup plus importante que la question de savoir si nos lois sur le commerce dominical peuvent être améliorées ou pas* »³⁸.

S'agit-il ici d'un dialogue entre juges ou d'une menace de la part de Justice HOFFMANN, « *bien connu pour ses décisions fortes et pour sa volonté de rompre avec la tradition* »³⁹ ? Dans tous les cas, le juge s'est fait entendre à Luxembourg. Sa décision a fait l'objet d'un recours devant la Chambre des Lords. Entre-temps, la CJCE a rendu deux arrêts importants sur les affaires *Conforama* et *Marchandise*⁴⁰, concernant des mesures françaises similaires à celles en cause dans l'affaire *Sunday trading*. Dans ces arrêts, la Cour a procédé elle-même au contrôle de proportionnalité de l'interdiction

du commerce dominical pour déclarer les mesures litigieuses conformes au droit communautaire. Comme elle le précise dans un arrêt postérieur, cette décision s'imposait pour l'application uniforme du droit communautaire, « *une telle appréciation ne pouvant pas varier en fonction des constatations de fait formulées par chaque juridiction dans le cadre d'un litige déterminé* »⁴¹. D'ailleurs, de façon intéressante, l'affaire *Sunday trading* a produit une des rares occurrences du langage de la mise en balance en matière des libertés de circulation. Selon les *dicta* de la Cour dans l'arrêt *Stoke-on-Trent* de 1992 : « *Le contrôle de la proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises* »⁴².

La résistance explicite et motivée des juges britanniques à l'application du droit de l'Union leur a permis d'engager un dialogue fécond avec leurs collègues de Luxembourg. En effet, c'est le refus d'appliquer les méthodes de la Cour de justice qui a obligé cette dernière à reconnaître le pluralisme normatif au sein de l'Union. Dans son analyse de la construction de l'ordre juridique européen, Karen ALTER constate dans ce sens que, le plus souvent, les juges nationaux ont influencé le processus d'intégration européenne en s'opposant explicitement à l'application du droit européen⁴³. Inversement, la réception des méthodes et concepts de la jurisprudence européenne n'implique pas toujours une avancée de l'intégration européenne.

II. | L'intention du législateur, the English way

La réception du droit européen provoque des changements importants dans les cultures des États membres. Elle bouleverse des structures de raisonnement traditionnelles et déconstruit des catégories et des distinctions perçues comme fondamentales par les juristes

³⁴ *Stoke-on-Trent & Norwich*, précité, p. 65-6 (ma traduction).

³⁵ *Ibid.*, p. 69 (ma traduction).

³⁶ *Ibid.*, pp. 59 et s.

³⁷ *Ibid.*, p. 72 (ma traduction).

³⁸ *Ibid.*, p. 69 (ma traduction).

³⁹ « Lennie Hoffmann, Baron Hoffmann » [en anglais], *Wikipedia*, 2018, https://en.wikipedia.org/wiki/Lennie_Hoffmann,_Baron_Hoffmann, consulté le 12 décembre 2018 (ma traduction).

⁴⁰ C-312/89, 28 février 1991, *Union Départementale des Syndicats C.G.T. de l'Aisne c. SIDEF Conforama*, ECLI:EU:C:1991:93 ; C-332/89, 28 février 1991, *André Marchandise, Jean-Marie Chapuis et SA Trafitec*, ECLI:EU:C:1991:94.

⁴¹ C-169/91, 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc*, ECLI:EU:C:1992:519, para. 14.

⁴² *Ibid.*, para. 15.

⁴³ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford, New York, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2002, pp. 60-63.

locaux. Elle remet en cause des mythes et des tabous qui imprègnent la pensée juridique et peut même aller jusqu'à remettre en cause la façon dont les juristes locaux pensent le droit et conçoivent le savoir juridique. En effet, le recours à la locution culture juridique ne postule pas l'immuabilité des visions locales du monde que ce terme désigne. La culture est le produit de contingences historiques, elle est sujette aux influences extra-frontalières⁴⁴. La convergence entre systèmes juridiques nationaux est d'ailleurs possible, puisque ceux-ci définissent leurs frontières « *dans les termes de leur propre logique et de leur propre tradition, indépendamment de la définition politique des frontières locales, régionales ou nationales* »⁴⁵. Cependant, les changements que provoque la réception du droit européen restent internes au système juridique hôte. En invoquant le droit de l'Union, les juristes dans différents contextes se réapproprient ses règles, ses concepts et ses méthodes. Ils les réinventent pour poursuivre leurs propres buts, déterminés au sein de leur propre système et culture juridiques⁴⁶. Les liens sociaux du droit « *réapparaissent sous une nouvelle forme dans laquelle ils sont à peine discernables* »⁴⁷. Comme toute tentative de globalisation, l'euro-péanisation « *se traduit inévitablement en une expérience originale de "glocalisation"* »⁴⁸.

Cette interaction dynamique entre systèmes et cultures juridiques est difficilement compréhensible dans l'approche classique de la doctrine européeniste qui adopte une vision *take it or leave it* des règles, concepts et méthodes du droit de l'Union : soit on les prend comme ils sont, soit on les rejette, il n'est pas concevable de les changer. Dans ce contexte, le seul mode

de résistance envisageable est le refus explicite d'appliquer le droit de l'Union. Les usages différenciés sont dans cette perspective rejetés comme déviants, ils résulteraient d'une mauvaise interprétation ou de la poursuite d'objectifs extra-juridiques. Les acteurs juridiques nationaux se voient privés de toute possibilité de participer à la définition du contenu du droit de l'Union et de la trajectoire de l'intégration européenne. Au contraire, l'étude de la différence dans l'application du droit de l'Union met en lumière de nouvelles formes de résistance, qui ne passent pas forcément par un refus explicite d'utiliser les concepts et méthodes européens. Elle permet de prendre les divergences dans la pratique du droit de l'Union au sérieux, sans toutefois négliger la force transformatrice de celui-ci.

Depuis l'affaire du *Sunday trading*, la culture du *common law* s'est profondément transformée sous l'influence européenne. Les juges britanniques n'hésitent plus à faire appel à une intention rationalisée du législateur dans l'interprétation des actes du Parlement. Cette évolution témoigne de la possibilité de convergence entre systèmes juridiques européens, en dépit du clivage entre *common law* et *civil law* (section 1). Toutefois, dans un contexte d'euro-scepticisme croissant, les traits traditionnels de la culture juridique britannique réapparaissent sous de nouvelles formes. La recherche de l'intention du législateur est réinventée : d'une méthode au service de l'intégration, elle devient un obstacle à l'application effective du droit de l'Union. Cela montre que ce que les juristes du *common law* ont attendu de la réception du droit européen n'a pas tant été « *une union sans cesse plus étroite* », que la rationalisation de leur propre système juridique (section 2).

I. Rationaliser le common law

Le changement qu'a subi la culture du *common law* depuis le litige du *Sunday trading* est flagrant dans l'affaire *Pham*, concernant la légalité d'une décision de retrait de la citoyenneté britannique⁴⁹. M. Pham, né au Vietnam, a acquis la citoyenneté britannique tout en gardant sa citoyenneté vietnamienne. En 2011,

⁴⁴ D. NELKEN, « Defining and Using the Concept of Legal Culture », in E. ÖRÜCÜ et D. NELKEN (dir.), *Comparative law: a handbook*, Oxford, Portland, Or, Hart, 2007, p. 114.

⁴⁵ L. FRIEDMAN et G. TEUBNER, « Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experience », in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J. WEILER (dir.), *Integration Through Law*, Berlin, de Gruyter, 1986, vol. I :3, Forces and Potential for a European Identity, p. 363 (ma traduction). Les auteurs parlent des sous-systèmes sociaux plus généralement.

⁴⁶ Par exemple, pour une narration intéressante de la juridicisation du droit de l'Union en France, V. J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit : l'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014. V. aussi M. LASSER, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, New York, OUP, 2009.

⁴⁷ G. TEUBNER, *Legal Irritants*, op. cit., p. 18 (ma traduction).

⁴⁸ P. LEGRAND, « Public Law, Europeanisation and Convergence », in *Convergence and Divergence in European Public Law*, op. cit., p. 251 (ma traduction).

⁴⁹ *Pham c. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19 (SC, 25 mars 2015).

soupçonné d'avoir participé à des activités terroristes au Yémen, le ministre de l'Intérieur britannique décide de lui retirer sa citoyenneté et de l'expulser au Vietnam. Toutefois, le gouvernement vietnamien refuse de reconnaître la nationalité vietnamienne de M. Pham. Après avoir rejeté les arguments du requérant sur la base de la Convention de 1954 relative au statut des apatrides, la Cour suprême procède à l'examen de ses arguments sur la base du droit de l'Union. Le requérant allègue à cet égard que la décision du gouvernement britannique le prive de sa citoyenneté européenne et porte donc atteinte au principe de proportionnalité. Les juges de la Cour suprême expriment leurs doutes sur l'applicabilité du droit de l'Union en l'espèce. Cela étant, ils considèrent qu'il n'est pas nécessaire de décider cette question, puisqu'il n'est pas certain que l'application du droit de l'Union conduise à une solution différente sur le fond par rapport à l'application du *common law*.

L'affaire *Pham* est célèbre parce que les juges ont envisagé l'application de la proportionnalité, jusque-là appliquée exclusivement dans le champ du droit européen, en tant que principe de droit interne. Après avoir considéré la doctrine anglaise et allemande sur le sujet, Lord MANCE, suivi par la majorité de ses collègues, conclut que la proportionnalité peut être appliquée par les juges dans des affaires purement internes quand celles-ci concernent un statut fondamental tel que la citoyenneté⁵⁰. À ses yeux, la proportionnalité n'implique pas un contrôle plus approfondi que les concepts du *common law*. Lord REED a poussé cette analyse plus loin, en relisant la jurisprudence antérieure comme appliquant déjà le principe de proportionnalité⁵¹. Selon ce juge, dans certaines décisions, les juridictions internes ont interprété la législation nationale à la lumière des exigences européennes de protection des droits de l'homme. Elles ont ainsi affirmé leur pouvoir d'interpréter restrictivement toute habilitation législative de porter atteinte à des droits garantis par la loi. Lord Reed en tire la conclusion que :

« dans les cas où le Parlement autorise des atteintes significatives à des droits importants

*garantis par la loi, les cours peuvent interpréter la législation comme exigeant que de telles atteintes ne doivent pas aller au-delà de ce que ce qu'il est objectivement établi comme nécessaire pour atteindre leur but légitime »*⁵².

Pour Lord REED, l'exigence de nécessité consacrée dans ces affaires correspond « *en substance à une exigence de proportionnalité* », qui s'impose également dans le cas de M. Pham à propos de son statut fondamental de citoyen de l'Union⁵³.

Le lecteur français aura peut-être déjà fait le parallèle entre les arrêts *Pham* et *Benjamin*⁵⁴. En ce sens, la Cour suprême n'aurait fait que reconnaître en 2015 un principe que le Conseil d'État reconnaît déjà depuis les années trente. Il n'en est pas moins que, pour un juriste du *common law*, une telle décision aurait été inimaginable il y a quelques années. Non seulement les juges interprètent la législation interne selon une volonté présumée du législateur, mais ils vont jusqu'à émettre une réserve d'interprétation sur la base d'un principe d'ordre matériel, le principe de proportionnalité. Cela implique une rupture significative avec l'économie du *common law* et la tradition analytique qui la sous-tend. Un des mythes fondateurs de cette tradition, à savoir la narration *Whig*, selon laquelle les droits civils existent indépendamment du *common law*, semble dépassé. Désormais les cours acceptent que ces droits soient protégés par la loi et les juges, à l'instar des systèmes de droit civil. Défiant le tabou traditionnel autour des *merits* de l'action publique, elles affirment leur pouvoir d'évaluer de façon objective la nécessité des restrictions aux droits, non seulement dans le champ d'application des traités mais aussi en droit interne. L'application de la proportionnalité, importée du droit européen, ne semble plus poser de problème par rapport aux pouvoirs du Parlement. Le dualisme ne semble pas plus poser d'obstacle à la transposition des principes et des méthodes de raisonnement du droit de l'Union.

En réalité, l'affaire *Pham* reflète une transformation longue et profonde de la culture du *common law* sous l'influence des systèmes continentaux,

⁵⁰ *Pham*, précité, para. 98, per Lord MANCE.

⁵¹ Le juge se réfère notamment aux décisions *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech* [1994] Q.B. 198 (CA, Civil Division, 19 mai 1993) et *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26 (HL, 23 mai 2001).

⁵² *Pham*, précité, para. 119 (ma traduction).

⁵³ *Ibid.* (ma traduction).

⁵⁴ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n^{os} 17413 et 17520, *Rec.*, 541.

et notamment du droit de l'Union et de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Dans la décision *Factortame*, en 1990, la Chambre des Lords a affirmé son pouvoir d'écarter l'application des lois contraires au droit communautaire⁵⁵. Il était depuis accepté que, si le Parlement pouvait toujours déroger au droit communautaire, cela était à la condition que la dérogation soit clairement exprimée dans la loi. Dans le cas contraire, les cours présumaient que l'intention du Parlement était de se conformer aux obligations du Royaume-Uni découlant du droit de l'Union. Ainsi, dans une démarche typique des systèmes de droit continental, en invoquant une intention présumée du législateur, les juges du *common law* ont établi la cohérence matérielle du droit qu'ils appliquent. Toutefois, présumer l'intention du Parlement revient à admettre qu'une loi, en l'espèce l'ECA transposant le droit communautaire en droit interne, peut lier les Parlements futurs en imposant des exigences formelles et procédurales quant à la façon dont la volonté législative doit être exprimée. Cela était difficilement conciliable avec l'approche classique de la souveraineté du Parlement comme un pouvoir absolu et rendait la réinterprétation de ce concept nécessaire. Selon les *dicta* fameux de Lord BRIDGE, « *quelle que soit la limitation de sa souveraineté que le Parlement a accepté en mettant en vigueur le European Communities Act de 1972, elle était entièrement volontaire* »⁵⁶.

En parallèle avec ces évolutions, un autre principe fondamental du *common law*, le principe du *rule of law*, s'est transformé sous l'influence européenne pour englober la protection de certaines valeurs⁵⁷. Les décisions de la Cour de Strasbourg condamnant le Royaume-Uni étant de plus en plus nombreuses, la narration *Whig* selon laquelle le *common law* était le berceau des droits civils est devenue de moins en moins tenable. Sous la forte pression de la doctrine, et malgré le fait que la Convention ne jouisse pas de reconnaissance explicite en droit interne, les juges ont commencé à prendre en compte

la jurisprudence de la Cour EDH⁵⁸. Depuis la fin des années quatre-vingt, les droits fondamentaux sont sortis de la sphère de la philosophie pour acquérir un contenu juridique⁵⁹. Le *Human Rights Act* (HRA), voté en 1998, a confirmé et accéléré ces évolutions, en transposant en droit interne la plupart des droits protégés par la CEDH⁶⁰. La reconnaissance des normes matérielles a fait entrer le droit public anglais dans l'« *âge des Lumières* »⁶¹. Sous l'impulsion des droits et principes fondamentaux, le raisonnement juridique devient rationaliste et se rapproche des méthodes et des doctrines continentales. Les juges abandonnent la méthode exégétique ; le texte de la loi est progressivement perçu comme un « canevas » sur lequel sont projetées des valeurs constitutionnelles⁶². Le droit est vu comme un ordre dont la cohérence matérielle est assurée, peu importe sa source. Il est significatif à cet égard que, dans l'affaire *Pham*, les juges de la Cour suprême suggèrent que le droit de l'Union et le *common law* conduisent à la même solution sur le fond⁶³.

Encore une fois, ce nouveau rationalisme passe par la recherche de l'intention du législateur. En 1992, Lord BROWNE-WILKINSON soulignait déjà que le *common law* pouvait offrir

⁵⁸ *Schering Chemicals Ltd. c. Falkman Ltd. and others* [1982] Q.B. 1 (CA, Civil Division, 27 janvier 1981) ; *Attorney General c. British Broadcasting Corporation* [1980] 3 W.L.R. 109 (HL, 12 juin 1980).

⁵⁹ *Bugdaycay c. Secretary of State for the Home Department* [1986] UKHL 3 (HL, 19 février 1986) ; *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech* [1994] Q.B. 198 (CA, Civil Division, 19 mai 1993). V. aussi M. HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart, 1997. Pour quelques écrits de la doctrine, V. N. BROWNE-WILKINSON, « The Infiltration of a Bill of Rights », *Public Law*, 1992, p. 397 ; J. LAWS, « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *Commonwealth Law Bulletin*, 1992, vol. 18, pp. 1385-1396 ; J. LAWS, « Law and Democracy », *Public Law*, 1995, p. 72 ; S. SEDLEY, « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *Public Law*, 1995, p. 386. Pour quelques manuels mentionnant le concept des droits de l'homme ou droits fondamentaux, V. P. CRAIG, *Administrative Law*, 3^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 421.

⁶⁰ P. CRAIG, *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-012.

⁶¹ D. NEUBERGER, « The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », conférence, Supreme Court of Victoria, Melbourne, 8 août 2014 (ma traduction).

⁶² M. ELLIOTT, « A tangled constitutional web: the black-spider memos and the British constitution's relational architecture », *Public Law*, 2015, p. 549 (ma traduction). V. aussi M. HAIN, « Guardians of the Constitution – the Constitutional Implications of a Substantive Rule of Law », *U.K. Const. L. Blog*, 12 septembre 2017, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>.

⁶³ Tout cela, sans mentionner l'existence d'une Cour suprême qui, à partir de 2009, a succédé à la Chambre des Lords, introduisant ainsi une séparation des pouvoirs à la française dans le système britannique.

⁵⁵ *R c. Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd* [1991] 1 AC 603 (HL, 11 octobre 1990).

⁵⁶ *Ibid.*, p. 658 (ma traduction).

⁵⁷ Sur cette évolution, V. P. CRAIG, « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework », *Public Law*, 1997, p. 467.

un catalogue de droits partiel, au moyen de son développement par le juge. Il proposait d'utiliser à cette fin une technique similaire à celle des réserves d'interprétation françaises, la *presumption of statutory interpretation*. Cette technique revient à présumer que, en l'absence d'indication contraire claire et précise de la loi, le Parlement n'a pas l'intention de porter atteinte aux droits fondamentaux⁶⁴. Le juge a même suivi sa propre proposition dans l'affaire *Pierson*, conduisant la Chambre des Lords à annoncer qu'elle prendrait en compte des considérations de justice dans la reconstruction de la volonté présumée du Parlement⁶⁵. Dans la même direction, une année plus tard, dans l'affaire *Simms*, Lord HOFFMANN a proclamé le principe général de légalité, selon lequel « tout pouvoir général de décision conféré par la loi est présumé soumis au respect des libertés civiles fondamentales⁶⁶. » Par ailleurs, le *HRA* accorde à la technique de *presumption of statutory interpretation* un rôle primordial pour la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Sa section 3 impose, « dans la mesure du possible », l'interprétation et l'application de la législation « de façon à ce qu'elle soit compatible aux droits de la Convention ». C'est seulement si une interprétation conforme est impossible que les juridictions supérieures ont le pouvoir de déclarer l'incompatibilité de la loi à la CEDH⁶⁷. Dans ce contexte, la rationalisation de la volonté du législateur au moyen de la proportionnalité devient la méthode principale pour protéger les droits de l'homme en droit public anglais ; elle tend à absorber des modes de raisonnement traditionnels⁶⁸.

Ainsi, l'affaire *Pham* achève un long processus de réinterprétation des structures fondamentales du *common law* pour aligner celui-ci sur les préceptes de la jurisprudence européenne. Elle illustre en effet bien que la convergence entre systèmes juridiques en Europe est possible, en dépit du clivage *common law/civil*

law. Cependant, cette convergence reste au niveau des structures du raisonnement juridique et n'est pas le signe d'une intégration sociopolitique plus profonde. De « nouvelles dissonances »⁶⁹ apparaissent dans les perceptions locales des concepts et des méthodes européens, réintroduisant ainsi les frontières entre systèmes juridiques et rappelant que l'intégration européenne est loin d'être achevée.

2. S'opposer à l'application du droit de l'Union européenne

Tout en exprimant le rapprochement entre systèmes juridiques européens, l'affaire *Pham* reflète aussi des tendances de désintégration de l'Europe, concrétisées quelques mois plus tard dans le Brexit. En effet, ce qui est souvent négligé dans les commentaires britanniques de cette affaire est que la recherche d'une cohérence matérielle entre droit européen et droit interne passe par le refus d'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice. En réponse à l'argument de M. Pham, tiré du droit de l'Union, Lord CARNWATH observe qu'en l'espèce aucun élément transfrontalier n'enclenche l'application des traités. À cet égard, le requérant faisait remarquer que la CJUE avait étendu sa jurisprudence en matière de citoyenneté dans des cas où l'élément transfrontalier faisait défaut. Dans l'arrêt *Rottmann*, en déclarant que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres », la Cour conclut que « les États membres doivent, dans l'exercice de leur compétence en matière de nationalité, respecter le droit de l'Union »⁷⁰. Néanmoins, les membres de la Cour suprême ont préféré se référer à une décision issue de la Cour d'appel dans une affaire similaire à celle de l'espèce. Dans l'affaire *G1*, en 2012, Lord Justice LAWS, suivi par ses collègues, refuse d'appliquer l'arrêt *Rottmann*⁷¹. Pour eux, la citoyenneté de l'Union est « totalement parasitaire » à la citoyenneté nationale et « une aspiration générale à la jouissance d'un "statut fondamental" »

⁶⁴ N. BROWNE-WILKINSON, « The Infiltration of a Bill of Rights », *op. cit.*

⁶⁵ *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson* [1998] A.C. 539 (HL, 24 juillet 1997).

⁶⁶ *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms & O'Brien* [1999] 3 W.L.R. 328 (HL, 8 juillet 1999) (ma traduction).

⁶⁷ V. A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 91 et s.

⁶⁸ A.I. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality: Judicial Review in France, England and Greece*, EUI Law PhD Thesis, 2018, Chapter 5.5 et la littérature citée.

⁶⁹ G. TEUBNER, *Legal Irritants*, *op. cit.*, p. 20 (ma traduction).

⁷⁰ CJUE, C-135/08, 2 mars 2010, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104, para. 43 et 45, resp. V. aussi les conclusions de l'avocat général Miguel POIARES MADURO, ECLI:EU:C:2009:588. L'avocat général fait référence à un élément transfrontalier.

⁷¹ *G1 c. Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 867 (CA, Civil Division, 4 juillet 2012).

ne peut certainement pas en faire plus »⁷². Lord CARNWATH et les juges de la Cour suprême sont d'accord avec ces observations.

Derrière l'impression de convergence avec les systèmes continentaux resurgit le pragmatisme du *common law*. Il est visible dans l'ironie et le désenchantement des juges britanniques face aux aspirations sous-tendant le raisonnement de la Cour de justice. Il est aussi perceptible au niveau des méthodes du raisonnement juridictionnel. Dans la décision *Pham*, les juges de la Cour suprême exigent d'une juridiction supranationale la clarté conceptuelle de l'approche analytique. D'abord, ils reprochent aux juges européens de ne pas avoir suffisamment pris en compte les difficultés rencontrées par la Cour d'appel dans l'interprétation de leur jurisprudence⁷³. Ensuite, ils rejettent les arguments tirés des arrêts *Zambrano* et *Dereci* de la CJUE, selon lesquels « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »⁷⁴. À cet égard, Lord CARNWATH observe que « la portée de la jurisprudence *Zambrano* reste controversée dans la jurisprudence interne »⁷⁵. Il est d'ailleurs significatif que, dans son analyse de la jurisprudence de la Cour en matière de citoyenneté, ce même juge emploie le terme *distinguish* pour se référer à l'évolution de la jurisprudence européenne. De cette façon, Lord CARNWATH semble négliger le fait que la Cour de justice n'est pas liée par sa jurisprudence et n'a pas le même devoir de justification que les juridictions du *common law* en cas d'évolution de celle-ci⁷⁶. Dans un contexte d'euroscepticisme croissant, les juges du *common law* opposent la méthode traditionnelle de raisonnement par précédent à l'interprétation dynamique des traités, si caractéristique de la jurisprudence européenne⁷⁷.

⁷² *Ibid.*, para. 37-39 ; cité par Lord CARNWATH in *Pham*, para. 50 et s. (ma traduction).

⁷³ *Pham*, précité, para. 55.

⁷⁴ CJUE, C-34/09, 8 mars 2011 *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124, para. 42 ; C-256/11, 15 novembre 2011, *Dereci*, ECLI:EU:C:2011:734, para. 64.

⁷⁵ *Pham*, précité, para. 55 (ma traduction).

⁷⁶ *Ibid.*, para. 46 et 49. Sur l'existence de différents types de raisonnement sur la base des décisions antérieures, V. J. KOMÁREK, « Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedence », *The American Journal of Comparative Law*, 2013, vol. 61, n° 1, p. 149.

⁷⁷ Cela s'observe aussi dans le cadre de l'application de la CEDH. *V. Kennedy c. The Charity Commission* [2014] UKSC 20 (SC,

L'opposition entre *common law* et droit européen devient plus explicite dans l'invocation par la Cour suprême du principe de souveraineté du Parlement. Dans son opinion sur l'affaire *Pham*, Lord MANCE remarque que, malgré la spécificité du droit de l'Union et son développement spectaculaire, le Royaume-Uni reste un pays dualiste, dans lequel le Parlement reste souverain⁷⁸. Sur la base de cette « règle de reconnaissance », Lord MANCE conclut :

*« À moins que le droit interne confère à la Cour de justice un pouvoir illimité et irrévocable de définir et étendre le champ du droit européen indépendamment de ce que les États membres ont conclu, une juridiction nationale doit se réserver pour elle-même, y compris quand l'Acte de 1972 est en cause, la décision finale sur ce qui est compatible avec ses conventions constitutionnelles internes, sur les limites de compétence que posent les traités européens et sur la compétence attribuée aux institutions européennes, y compris la Cour de justice »*⁷⁹.

Au nom de la souveraineté du Parlement, les juges britanniques se gardent le pouvoir de définir eux-mêmes les limites des compétences attribuées aux institutions européennes. On est loin de l'époque où Lord BRIDGE déclarait que « quelle que soit la limitation de sa souveraineté que le Parlement a accepté en mettant en vigueur le European Communities Act de 1972, elle était entièrement volontaire ». Dans le contexte contemporain de désintégration de l'Europe, le principe de souveraineté parlementaire s'oppose à la jurisprudence européenne et à l'extension du champ des traités.

Paradoxalement, ce qui permet cette évolution est un appel par les juges à l'intention du législateur. Dans son opinion, Lord MANCE réitère le principe d'interprétation des lois nationales en conformité avec le droit de l'Union, pour ajouter tout de suite que « [t]outefois, il n'est pas évident que cette conformité soit [...] ce que le Parlement a voulu ou obtenu »⁸⁰. La question est, donc, de savoir jusqu'où le Parlement a voulu incorporer le droit de l'Union dans le

26 mars 2014). Sur ce point, V. A. I. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, op. cit., Chapter 9.2.

⁷⁸ *Pham*, précité, para. 80.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 90 (ma traduction).

⁸⁰ *Ibid.*, para. 77 (ma traduction).

droit interne. À cet égard, le juge constate que le ECA de 1972 est formulé de façon très large et semble attribuer à la Cour de justice la compétence exclusive pour déterminer la signification et l'effet des traités⁸¹. Toutefois, écartant une interprétation littérale de cet acte, le juge préfère se référer à la volonté du législateur historique, exprimée dans les traités. Après une considération des articles concernant l'attribution des compétences et la citoyenneté de l'Union, il conclut qu'« *il n'y a rien dans la lettre des traités qui attribue à l'Union européenne ou à une de ses institutions, comme la Cour de justice, de pouvoirs concernant l'attribution ou le retrait par un État membre de la citoyenneté nationale* »⁸². Pour confirmer cette conclusion, Lord MANCE se réfère aux déclarations gouvernementales et à d'autres actes relatifs à la rédaction des traités⁸³.

On assiste donc à une réinvention de l'intention du législateur, importée du droit européen, en *common law*. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, la recherche de l'intention du législateur est mise au service de l'intégration. Le but des mesures nationales est reformulé dans les termes du droit de l'Union et rationalisé selon les valeurs promues par celui-ci⁸⁴. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'intention du législateur a été reçue en droit britannique. Suivant une jurisprudence constante, sauf indication contraire clairement exprimée dans la loi, les juges présumaient que l'intention du Parlement est de se conformer à ses obligations supranationales⁸⁵. Au contraire, dans un contexte d'euroscepticisme croissant, la recherche de l'intention du législateur en *common law* change de sens : d'une méthode au service de l'intégration, elle devient un obstacle à l'application du droit de l'Union dans la sphère juridique interne. En l'invoquant, les juges britanniques procèdent à une interprétation « *originaliste* » des traités qui contraste avec le raisonnement téléologique du juge européen⁸⁶.

⁸¹ *Ibid.*, para. 82.

⁸² *Ibid.*, para. 85 (ma traduction).

⁸³ *Ibid.*, para. 82-89.

⁸⁴ Sur ce point V. RÉVEILLÈRE, *Le juge et le travail des concepts juridiques*, op. cit., pp. 362 et s. V. aussi la thèse de A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit.

⁸⁵ *V. Assange v Swedish Prosecution Authority* [2012] UKSC 22.

⁸⁶ Nous nous référons ici à la querelle bien connue au sein de la Cour suprême des États-Unis entre Antonin SCALIA et Stephen BREYER, concernant les méthodes d'interprétation de la Constitution. Dans cette querelle, l'interprétation dynamique de la constitution,

Il n'en reste pas moins que, dans ce processus, la souveraineté du Parlement, elle aussi, est réinventée. En effet, dans l'affaire *Pham*, la recherche de l'intention du législateur historique permet d'écarter la lettre du ECA. Non seulement on est loin des *dicta* de Lord BRIDGE, mais également des ceux de Lord SCARMAN, selon lequel, « *nous ne sommes pas gouvernés par les intentions du Parlement mais par ses actes* ». Vidée de son sens traditionnel, la souveraineté du Parlement est transformée en un appel à l'identité nationale du Royaume-Uni. Les juges s'en emparent pour préserver les « *éléments fondamentaux de la constitution britannique* »⁸⁷. Les conditions pour l'attribution, le refus d'attribution ou le retrait de la citoyenneté nationale sont un tel élément car elles « *font partie intégrante de l'identité de l'État-nation. Elles touchent la constitution ; car elles identifient les participants à la constitution* »⁸⁸. Plus qu'un exemple d'euphémisation, donc, l'affaire *Pham* est un exemple de la construction d'un droit public, voire d'un droit constitutionnel britannique, à l'instar des systèmes continentaux. Elle a d'ailleurs été célébrée en tant que tel par la doctrine⁸⁹. Dans cette affaire, l'intention du législateur, comme d'autres concepts importés du droit européen, a été réinventée pour préserver ce que les juges perçoivent comme les bases de la constitution du *common law*.

Cela indique que, plus généralement, ce que les juristes locaux ont attendu de la réception du droit européen n'a pas tant été l'avancement du processus d'intégration supranationale mais la construction d'un droit constitutionnel interne fondé sur des valeurs matérielles⁹⁰, en bref, « *ce qu'ont les Allemands* »⁹¹. Dans le contexte du Brexit, ce droit constitutionnel nouvellement

en fonction du contexte de son application (*living constitution*) est opposée à son interprétation fondée sur la volonté de ses auteurs historiques (*originalism*).

⁸⁷ *V. Pham*, précité, para. 82. Le juge se réfère à la décision *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3 (ma traduction).

⁸⁸ *G1*, para. 43, cité in *Pham*, para. 54 (ma traduction).

⁸⁹ V., par exemple, M. ELLIOTT, « Proportionality and contextualism in common-law review: The Supreme Court's judgment in *Pham* », *Public Law for Everyone Blog*, 17 avril 2015, accessible sur <https://publiclawforeveryone.com/>.

⁹⁰ V. A.I. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, op. cit., Chapter 5.

⁹¹ T. LOCK, « Human Rights and EU reform in the UK and the 'German question' », *U.K. Const. L. Blog*, 25 novembre 2015, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/> (ma traduction).

construit semble contester l'application du droit de l'Union. Les concepts et les méthodes européens, réappropriés par les juristes du *common law*, s'opposent à l'application du droit qui les a générés. À la différence de Lord HODGKINS vingt ans auparavant, les juges de la Cour suprême expriment désormais le conflit entre droit de l'Union et droit interne dans des termes rationalistes. Lord MANCE, par exemple, utilise un autre concept d'origine européenne, le concept d'identité constitutionnelle :

« tous les acteurs concernés doivent agir dans le respect mutuel et avec prudence dans des domaines qui pourraient toucher à l'identité constitutionnelle des États membres. [...] Cela reflète l'esprit de coopération auquel le Bundesverfassungsgericht et cette cour se sont tous les deux référés dans le passé »⁹².

En opposant les concepts du droit de l'Union à l'application de la jurisprudence de la Cour de justice, les juges britanniques rappellent aux juristes européens les limites de l'intégration par le droit. Comme le relève Lord MANCE : « *l'Europe n'est pas encore arrivée à un stade d'évolution où l'identité constitutionnelle de l'Union avec ses Membres devient axiomatique* »⁹³.

Conclusion

Les pratiques locales du droit européen révèlent des traits fondamentaux de la culture juridique dans laquelle elles évoluent, mais aussi du droit de l'Union lui-même. Elles traduisent différentes formes de résistance au droit de l'Union et la diversité avec laquelle se manifeste localement l'intégration européenne. Elles donnent aussi des informations précieuses pour apprécier le rôle du droit dans ce processus d'intégration.

L'étude de l'intention du législateur en *common law* montre que la réception du droit de l'Union dans les systèmes juridiques des États membres n'est pas un processus naturel. La résistance des juges britanniques à la jurisprudence européenne en la matière met en lumière des différences fondamentales entre la conception du législateur qui imprègne le droit de l'Union et celle qui imprègne le *common law*.

Technique bien connue des juristes continentaux, la recherche de l'intention du législateur impose non seulement un changement dans les méthodes de raisonnement juridictionnel britanniques, mais elle va jusqu'à « irriter » les structures profondes de la culture du *common law* et la façon dont les juristes locaux conçoivent le savoir juridique. Vecteur d'une représentation du droit comme un ordre rationnel fondé sur des valeurs matérielles, elle est incompatible avec le pragmatisme et l'économie imprégnant le *common law*.

Il ne s'agit pas ici de présenter les cultures juridiques nationales comme immuables et imperméables aux influences externes. Sous l'influence du droit continental, et notamment de la jurisprudence des cours supranationales européennes, le *common law* a subi une transformation spectaculaire dans le sens d'une rationalisation croissante. La réception de l'intention du législateur a été un moteur important de ce processus de transformation. Si cela montre que la convergence entre les systèmes juridiques européens est possible, cela n'indique pas qu'une intégration plus profonde en découle nécessairement. Une fois reçue dans le *common law*, l'intention du législateur change de sens, elle est réinventée : d'une méthode au service de l'intégration, elle peut devenir un obstacle à l'application du droit européen pour préserver ce que les juges britanniques considèrent comme les traits fondamentaux de leur constitution. Ainsi, elle révèle ce que les juristes britanniques ont attendu de la réception du droit européen : une constitution fondée sur des valeurs rationalistes, à l'instar des systèmes continentaux.

Reconnaître la divergence juridique en Europe ne procède pas nécessairement d'une volonté de déconstruire le rêve européen. La divergence est inhérente à l'intégration européenne. Toute forme d'intégration suppose la différence. Des instruments classiques du droit de l'Union, comme les directives, laissent d'ailleurs en principe la place à des différences dans le droit et les pratiques institutionnelles des États membres. Les traditions constitutionnelles et les identités nationales jouissent d'une reconnaissance explicite dans les textes les plus fondamentaux de l'ordre juridique européen. Les études européenistes mettent progressivement en exergue le fait que

⁹² Pham, précité, para. 91 (ma traduction).

⁹³ Pham, précité, para. 77 (ma traduction).

l'intégration européenne s'est bâtie sur la diversité des cultures juridiques européennes. Le droit de l'Union est le produit de contingences historiques et de compromis. Les différences et les résistances nationales ont été centrales dans la construction de l'Europe. Les institutions européennes puisent leur légitimité dans les procédures démocratiques et constitutionnelles de l'État nation. Les traditions et les styles juridiques nationaux influencent et contraignent le raisonnement des acteurs juridiques européens.

Cela ne revient toutefois pas à nier la force transformatrice du droit de l'Union. Que le Brexit se produise ou non, l'eupéanisation, même si elle est faite dans les termes du *common law*, laissera ses marques dans la façon de penser le droit au Royaume-Uni. Prendre la diversité juridique en Europe au sérieux peut améliorer notre compréhension du droit de l'Union lui-même. Il peut aussi offrir une source d'inspiration pour avancer le projet d'une « *union sans cesse plus étroite* » ou bien pour revisiter le modèle d'intégration adopté jusqu'ici.