

LORD MANCE

Juge à la Cour suprême du Royaume-Uni

Mireille Delmas-Marty, professeur au Collège de France

Merci Stephen pour cette conclusion optimiste et dynamisante. Je crois que si l'on cherche à convaincre, à la fois les juristes et au-delà des juristes, c'est vous qui aurez à la fois la capacité et la volonté de le faire.

Nous allons maintenant examiner la situation au Royaume-Uni, je vais donner la parole à Lord Mance, en précisant qu'il est juge à la Cour suprême du Royaume-Uni, qui a remplacé depuis 2009 la branche judiciaire de la *House of Lords*. Il y a eu d'autres dates importantes dans l'histoire récente du Royaume-Uni, notamment le *Human Rights Act*, qui a été adopté en 1998 et est entré en vigueur en 2000 et a profondément transformé la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique. En outre la question de la relation entre la Cour suprême actuelle ou ancienne, et le droit international est tout à fait particulière parce que le Royaume-Uni fait partie de l'Europe mais il a en même temps d'autres liens hors Europe, que ce soit ses liens privilégiés avec les États-Unis ou ses liens au sein du Commonwealth. Enfin il connaît la notion de droit commun depuis fort longtemps. Il est donc très important pour nous de savoir comment à l'heure actuelle un grand juge comme Lord Mance voit cette question, toujours la même : destruction ou métamorphose de l'ordre juridique? A lui la parole.

Lord Mance, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni

Aucun homme n'est une île. Mais, jusque très récemment, les ordres juridiques au sein desquels vivent des communautés particulières ont été considérés comme culturellement spécifiques et distincts. Autrefois il était peut-être possible d'identifier un droit commun de l'Europe, un *ius commune*, fondé sur le droit romain. Mais, après le traité de Westphalie et, plus encore, après l'émergence de l'état-nation du 19^e siècle, les systèmes juridiques se sont développés au sein de limites nationales, souvent désignés par les termes de constitution et de code.

Le monde globalisé d'aujourd'hui est différent. Nous avons développé des principes et des tribunaux supranationaux qui interagissent avec les tribunaux nationaux. Je me concentrerai sur le projet européen, reposant sur le double fondement de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne. Mais le droit international dans un sens plus général est également devenu un facteur déterminant pour toutes sortes de questions nationales.

Les tribunaux sont par conséquent confrontés à des questions et à des tensions nouvelles. Jusqu'à quel point doivent-ils aller au-delà de leur propre système ? Jusqu'à quel point leur système fait-il partie d'un système plus vaste ? Jusqu'à quel point leur système est-il globé, absorbé, supplanté par un autre ?

Personne n'a une identité unique. Nous avons des caractéristiques mixtes, interagissant avec celles que d'autres possèdent, dans une confusion de cercles qui se chevauchent. La dignité humaine et le bonheur dépendent de la mesure dans laquelle la société reconnaît et nous permet d'exprimer tous les aspects de notre identité. La possession d'aspects de caractère qui sont à la fois nationaux et supranationaux est, ou devrait être, enrichissante.

Malheureusement, dans le discours public, les identités sont souvent simplifiées à l'excès et souvent présentées de façon unitaire et conflictuelle. Lorsque des modifications des lois nationales sont imposées de l'extérieur, des craintes peuvent survenir quant au risque de perte d'identité. Le Projet Européen soulève des questions quant à l'identité - pour les sociétés et les individus et quant à la façon dont ils se considèrent eux-mêmes.

La Convention des droits de l'homme du Conseil de l'Europe a été créée pour lier l'Europe aux principes fondamentaux permettant d'éliminer toute possibilité de récurrence des horreurs subies de la période qui a pris fin en 1945. C'est un truisme, du moins en Europe, que de dire qu'une telle Convention est un instrument vivant. Mais il existe une différence de point de vue quant à ce que ce truisme signifie. En clair, il implique que la compréhension et l'application de concepts tels que « peines ou traitements cruels et inhabituels », « famille » et « vie familiale » peuvent changer

selon les conditions sociales. Mais la mesure selon laquelle les droits exprimés de la Convention devraient être explorés et leur portée élargie dans un processus continu de découverte de nouvelles implications, empiétant fréquemment sur les lois nationales, peut donner lieu à controverse.

Les origines des Communautés Européennes, ou maintenant de l'Union Européenne, avaient pour objectif commun de fusionner l'identité allemande au sein d'un organisme plus vaste qui permettrait d'éviter toute récurrence des agressions meurtrières ayant dévasté l'Europe avant 1945. Au fil du temps, cependant, une justification plus large s'est dégagée : préserver le rôle de l'Europe, ses principes et sa signification dans le monde plus vaste, face à l'émergence de nouvelles puissances, tant politiques qu'économiques, dans d'autres parties du monde.

L'article 2 du Traité sur l'Union Européenne déclare que l'Union Européenne est fondée sur des valeurs, communes à tous les États membres : respect de la dignité humaine, liberté, démocratie, égalité, état de droit et droits de l'homme. Les considérants expliquent qu'il s'agit du développement des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe et d'un désir « d'approfondir la solidarité entre les peuples d'Europe tout en respectant leur histoire, leur culture et leurs traditions ». L'article 67 (1) commence le Titre V du TFUE sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice, en précisant que l'Union doit constituer un tel espace « dans le respect des droits fondamentaux, des différents systèmes juridiques et des traditions des États membres ».

Il existe bien sûr ici des tensions. La tension est également évidente dans la résolution qui suit « poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité ». L'Article 5 explique que « l'utilisation des compétences de l'Union est régie par les principes de proportionnalité et de subsidiarité ». Ce dernier principe signifie que l'Union doit agir uniquement sur des objectifs qui ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres, mais peuvent être mieux réalisés au niveau de l'Union. Le Protocole n° 2 vise à compléter et à renforcer ces deux principes. Il inclut une disposition donnant aux Parlements nationaux un nouveau pouvoir pour émettre des avis motivés visant à s'opposer à toute mesure particulière considérée comme non conforme au principe de subsidiarité.

Le fait de savoir jusqu'où les États européens pourraient aller par rapport au slogan européen d'une « union sans cesse plus étroite » a toujours posé problème. Ce fut le cas en particulier, pour le Royaume-Uni, vaincu, géographiquement isolé et ayant des liens traditionnels étroits en dehors de l'Europe - en situation de contrepoids donc par rapport à l'Europe, plutôt que conscient de la « communauté de destin » qui était la vision de Robert Schumann.

La Convention et l'Union Européenne opèrent toutes deux dans des cadres juridiques bien définis, chacune ayant sa propre cour supranationale, innovatrice et très puissante, capable de prendre des décisions contraignantes, soit directement, soit, dans le cas de la Cour de Strasbourg, à tout le moins au niveau international.

Il n'est donc pas étonnant que certaines des législations de l'UE aient été adoptées par un vote à la majorité qualifiée et que certaines décisions des instances du Luxembourg et de Strasbourg, aient suscité un débat public. Certaines inquiétudes ont même été exprimées par quelques-uns de mes homologues juridiques. Parlant de la jurisprudence de Strasbourg, le juge Laws¹ a récemment affirmé que « le plus grand défi de notre législation sur les droits de l'homme est qu'elle semble mêler la protection des valeurs fondamentales et les fonctions d'un gouvernement élu ». Lord Sumption, par ailleurs, intervenant au sujet des « limites de la loi »², suggère que l'approche « d'instrument vivant » telle qu'appliquée dans la jurisprudence de Strasbourg « n'est pas toujours facile à concilier avec la primauté du droit » et « donne lieu à un déficit démocratique important dans certains domaines majeurs de la politique sociale ». Il conclut son discours, sur un mode apocalyptique :

"Même pour un cas où les limites ont été dépassées, je ne vais pas suggérer que le tissu social va se démanteler parce que les juges font une loi pour laquelle il n'existe aucun mandat démocratique. Le processus par lequel les démocraties déclinent est bien plus subtil. Elles se vident lentement de ce qui en

¹ Dans la Conférence III de ses Conférences de Hamelin du 27 novembre 2013 sous le titre "The Common Law and Europe".

² Dans la 27^{ème} Conférence Azlan Shah de Kuala Lumpur, le 20 novembre 2013.

faisait des démocraties, selon un processus graduel de décomposition interne et d'indifférence croissante, et apparaissent soudainement comme quelque chose de différent, à l'instar des constitutions des républiques d'Athènes ou de Rome ou des cités-états italiennes de la Renaissance. »

En fait, le système de la Common Law britannique a été pratiquement le seul dans le monde à opérer selon le principe de la souveraineté du Parlement, non limité par une quelconque constitution écrite. Des constitutions écrites, contenant les droits fondamentaux, existent dans la plupart des pays, y compris presque chaque ancien territoire britannique auquel le Parlement de Westminster a accordé l'indépendance. La loi sert de base à l'activité sociale et limite les activités des minorités délinquantes. Les articles des constitutions portant sur les droits fondamentaux ont essentiellement pour but de restreindre les activités des majorités. L'histoire contient de tristes rappels de la capacité des majorités élues à perpétrer l'iniquité et l'injustice. La Loi sur les droits de l'homme de 1998 a été adoptée par le Parlement du Royaume-Uni dans le but précis de mettre en application sur le territoire national les droits énoncés dans la Convention. Il s'agit d'un instrument constitutionnel (avec un petit « c ») rapprochant beaucoup plus le Royaume-Uni de la majorité des autres pays dans ce domaine. Le Parlement a décidé que les juges auraient pour rôle de statuer sur ces droits et dans l'exercice de ce rôle devraient prendre en compte la jurisprudence de Strasbourg. Les décisions judiciaires à cet égard ne peuvent pas être stigmatisées comme étant en elles-mêmes non démocratiques dans ce contexte, pas plus qu'elles ne pourraient l'être dans le contexte différent du cas « *Belmarsh* », dans lequel la Chambre des Lords a tenu comme injustement discriminatoire la détention des étrangers sans procès.³

Ce qui est considéré comme fondamental est bien sûr sujet à débat. Et il peut y avoir des doutes quant à la sagesse de certaines interprétations plus larges. L'approche de Lord Sumption permettrait de limiter le rôle judiciaire aux « cas de véritable oppression et ... à ce qui est véritablement fondamental », laissant au niveau politique les autres questions à traiter. Je ne sais pas dans quelle mesure son conseil de modération est lié au fait que la Cour de Strasbourg fonctionne indépendamment de toute assemblée législative avec capacité directe de modifier ses décisions. Mais, quel que soit le point de vue, ce qui est « véritablement fondamental », ou ce qui est approprié pour une résolution politique plutôt que juridique, doit être une question de jugement et, dans une certaine mesure, peut-être de philosophie⁴.

Les attitudes sous-jacentes vis-à-vis de l'Europe et les préoccupations portant sur l'identité et l'autodétermination peuvent affecter ce jugement. J'ai entendu dire que, lorsque la cour de Strasbourg est en désaccord avec une décision prise par la France, le blâme en France vise le décideur français, alors qu'au Royaume-Uni, le blâme viserait plutôt la cour de Strasbourg. Mais tous les tribunaux sont conscients des limites de leur compétence ou de leur aptitude à résoudre certaines questions importantes - par exemple, les règles relatives à l'allocation des ressources - ainsi que la nécessité de prendre en compte les choix des institutions élues ou chargées d'exercer des fonctions publiques. Au niveau international, on retrouve cette approche dans la notion de marge d'appréciation. Dans des décisions récentes et importantes, la Cour de Strasbourg a donné un véritable poids à ce concept et à l'évaluation par les États membres des circonstances locales⁵. Le potentiel de bien des dispositions relatives aux droits fondamentaux au niveau européen ne devrait pas être ignoré. Pas plus que nous ne devrions penser que nous sommes le seul pays dont la population ou les juristes, de temps à autre, prennent très à cœur certaines décisions.

En ce qui concerne le Royaume-Uni, la jurisprudence de la Convention et de Strasbourg au cours des années a conduit à la suppression du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif en matière de détermination de la peine, à la levée de l'interdiction des homosexuels dans les forces armées, à la fin de la détention sans procès des étrangers soupçonnés

³ A c. Home Secretary (the “Belmarsh” case) [2005] 2 AC 68, para 42.

⁴ Monsieur le juge Sopinka a observé dans l'affaire canadienne *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, qu'il existait « une bonne marge de manœuvre pour un jugement personnel » et qu'une attention particulière était nécessaire pour que les principes de la justice fondamentale ne restent pas « uniquement une notion subjective ». (1993) 3 RCS 519, 590

⁵ Par exemple, dans les décisions de la Grande Chambre pour l'affaire *Taxquet c. Belgique* (926/05) (16.11.2010) (l'affaire du jury belge), *Lautsi c. Italie* (30814/06) (18.03.2011) (l'affaire du crucifix Italien), *von Hannover c. Allemagne* (40666/08 et 60641/08) (02.07.2012) (confidentialité) et *Austin c. Royaume-Uni* (39692/09, 40731/09 et 41008/09) (pas de privation de liberté impliquée dans l'encercllement des manifestants par la police à Oxford Circus - une décision prise à la majorité de 14 voix contre 3 qui aurait pu être diamétralement opposée sans provoquer de surprise).

d'implication dans des actes de terrorisme, à la prévention de l'expulsion des étrangers qui, s'ils étaient expulsés devraient faire face à un risque réel de torture ou de traitement inhumain ou à un procès inéquitable de façon flagrante, l'état étant alors accusé de complicité pour la remise illégale et la torture de prisonniers en dehors de ses frontières. Les effets au niveau national des décisions prises dans certains de ces domaines peuvent parfois être difficiles, mais on ne peut considérer comme imprévisible qu'un tribunal, établi par le consentement des États Européens pour appliquer la Convention, parviennent à ces conclusions. Au niveau international, la Convention a également été une inspiration positive - et a représenté un nouvel élan en vue d'élever les standards de traitement - pour les Européens sur l'ensemble du continent.

De même, et sans devenir trop politique - ou tomber dans le sophisme post hoc, propter hoc - l'Union européenne et les traités qui l'ont précédée ont vu l'Europe expérimenter cinquante ans de paix, tissant un réseau sans précédent de collaboration aux niveaux des gouvernements et des institutions de ses états membres et constituant une source d'inspiration et d'assistance pour les démocraties émergentes à la périphérie de l'Union Européenne, développant ce qui a été décrit comme une sphère « intermédiaire » de coopération largement majoritaire qui fait de l'Europe une entité supérieure à ses gouvernements ou à ses institutions⁶. L'Union a développé un marché intérieur commun, un niveau élevé de protection des consommateurs et de l'environnement et des mesures importantes permettant aux différents systèmes juridiques de l'Europe de mieux interagir.

Dans le même temps, il n'est pas surprenant de rencontrer des préoccupations relatives à l'invasion supranationale de domaines du droit précédemment considérés comme typiquement nationaux. Les identités nationales demeurent fortes au sein de l'Europe - dans le cas des états plus anciennement établis, peut-être plus fortes que dans certaines démocraties plus récentes, qui sont ravies de faire partie d'une Europe élargie et solidaire. Prenons le cas du Royaume-Uni, le drapeau européen ne flotte pas au-dessus des bâtiments de Whitehall (qui comprennent notre Cour suprême) alors qu'il est présent dans d'autres capitales européennes. Et les tribunaux et le droit européens semblent devenir une cible pour la presse - sans qu'aucune distinction ne soit nécessairement faite, ni peut-être même comprise, entre Bruxelles et le Luxembourg d'une part et Strasbourg d'autre part. Malheureusement, l'actuelle crise européenne, qui ne peut être résolue que par la coopération entre les pays de l'UE, a également des effets sur l'accroissement des sentiments nationalistes et anti-européens.

Les préoccupations au sujet de l'invasion supranationale interviennent à divers niveaux. Les spécialistes regrettent par exemple la perte de principes sensibles élaborés par la pratique pendant des décennies, voire des siècles, en faveur de solutions parfois mal conçues et mécanistes obtenues via des compromis à un niveau européen. Le Professeur Trevor Hartley a écrit en 2005 un article intitulé "The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws"⁷. Mais l'activité de l'Europe dans le domaine des conflits de lois a eu l'objectif louable d'assurer le bon fonctionnement commun des différents systèmes juridiques européens - en permettant aux individus et aux entreprises de prévoir quelles lois et quel tribunal au sein de l'Europe permettraient de résoudre les conflits éventuels. Certes, la Commission est allée trop loin en proposant ensuite que les mêmes principes soient imposés à tous les pays de l'Union Européenne pour tous les litiges soumis à leurs tribunaux, que ces litiges aient ou non trait à l'Europe (sauf dans le cas de parties ayant choisi de venir plaider devant ces tribunaux ou ayant été en mesure d'y intenter des poursuites ou d'y être jugées). Cette proposition a cependant été rejetée par l'opposition dans un grand nombre des états membres de l'UE. En ce qui concerne les questions juridiques, l'Europe a eu, selon mon expérience, la réputation d'agir de façon assez consensuelle sans ignorer les intérêts au minimum des grands états membres tels que le Royaume-Uni.

Dans d'autres domaines - marché intérieur et protection des consommateurs et de l'environnement par exemple - l'Europe est intervenue non seulement pour faire en sorte que les différents systèmes coopèrent mais pour harmoniser les principes juridiques substantiels entre les états membres. Ce dernier point peut bien sûr prêter davantage à controverse - à tel point que la Commission propose maintenant de légiférer non en remplaçant le droit national substantiel, mais en offrant un système juridique parallèle, optionnel, opérant dans chaque état de l'UE pour les ventes ou les contrats d'assurance. Cette proposition répond aux préoccupations telles que l'imposition de systèmes non

⁶ Le mot « intermédiaire » vient ici de l'étude de Luuk van Middelaar *The Passage to Europe*, qui a remporté l'European Book Prize en 2012.

⁷ *International and Comparative Law Quarterly*, volume 54 (2005), aux pp. 813-828

testés et artificiels. Reste à savoir si le développement de ces systèmes parallèles s'avérera fructueux ou justifiera le temps et l'argent investi. Mais c'est une autre question.

L'un des problèmes pour la Common Law relativement à tout développement ayant préséance sur les lois existantes est son effet d'isolement potentiel en relation avec le reste du monde. Dans les autres pays pratiquant la Common Law - l'Australie et la Nouvelle-Zélande et les centres commerciaux et juridiques dynamiques de Hong Kong et de Singapour, - c'est la Common Law anglaise qui a traditionnellement été la plus influente. On entend dire aujourd'hui (en tant qu'argument commercial dissimulé dans le cas de Hong-Kong et de Singapour) que la Common Law anglaise s'aventure sur un chemin qui lui est propre et perd le contact avec ses anciens disciples.

Un autre niveau de préoccupations parfois exprimé à propos de l'évolution de la législation européenne a trait aux fondements de la démocratie. Les structures européennes existantes sont présentées comme éloignées de ceux pour lesquels elles œuvrent et comme prenant des décisions indépendamment, et parfois au mépris de la volonté des peuples de l'Europe. Dans un récent discours⁸, le conseiller juridique auprès du Conseil européen, Hubert Legal, a fait remarquer ce qui suit :

"Ce qui importe le plus pour rendre les juges légitimes, selon notre tradition européenne dans laquelle ils ne sont pas élus, est leur capacité à rendre des jugements qui, pour la forme et pour le fond, sont socialement acceptables - non pas dans le sens populaire des réactions émotionnelles des groupes sociaux, mais dans le sens global du caractère permanent et essentiel d'une société de valeurs partagées ".

La relation entre les juges européens et les peuples de l'Europe est donc particulièrement délicate. Les décisions étendant, par voie d'interprétation, la portée des droits protégés par la Convention des droits de l'homme sont dans les faits impossibles à inverser, quelle que soit la puissance du sentiment populaire à leur sujet, dans la mesure où la modification de la Convention exige l'unanimité.

Les accords relatifs à la législation de l'Union Européenne sont obtenus via un processus s'appuyant sur des éléments parfaitement démocratiques mais qui reste toutefois encore assez éloignés des peuples de l'Europe. Une proposition de la Commission est suivie de négociations détaillées au sein du Conseil des ministres. Ce système fonctionne depuis le Traité de Lisbonne selon une forme de partenariat avec le Parlement Européen qui toutefois implique rarement l'intérêt ou les votes publics. Les parlements nationaux, à un plus ou moins grand degré, examinent les activités des ministres au sein du Conseil des ministres.

Récemment, notre Procureur Général, Dominic Grieve, dont on ne peut nier l'attachement à l'Europe, a vivement attaqué le processus par lequel la Commission présente certaines propositions législatives, accusant ce processus d'exploitation inacceptable et « agressive » des règles permettant d'éviter les options de retrait, négociées par les États membres de l'UE. Il a notamment déclaré : « Ce processus donne l'impression d'un jeu intellectuel conçu pour contourner les accords que les ministres, responsables devant leur électeurat, ont conclu de bonne foi. » Dans la pratique, cependant, le Conseil Européen ou le Conseil des Ministres peuvent agir, et le font très souvent, comme contrepois face à de tels risques. Hubert Legal, dans son récent discours, a sans doute exprimé l'attitude probable du Conseil des Ministres à l'égard de propositions de la Commission visant à résoudre les problèmes des systèmes de justice nationaux selon les dispositions relatives au marché unique du Traité (dans lequel le Royaume-Uni n'a pas d'option de retrait), plutôt qu'en vertu du Titre V portant sur la Liberté, la Sécurité et la Justice (dans lequel le Royaume-Uni dispose d'une option de retrait). Il a déclaré : « Suffisamment de travail a été réalisé en vertu du Titre V pour que nous n'ayons pas à rechercher des voies parallèles ou à précipiter des questions d'une façon qui pourrait rendre leur contrôle ou même leur simple acceptation quasi impossible ».

En ce qui concerne les traités et les mesures convenues en vertu de ces traités, la jurisprudence de longue date de la Cour de Justice de l'Union Européenne a estimé que ces traités étaient l'arbitrage final tant au niveau de leur portée qu'au niveau de leurs effets. La Cour de Justice Européenne a joué un rôle déterminant dans la consolidation des principes juridiques européens sur l'ensemble de notre espace juridique unique. Cette approche de la Cour vis à vis de l'interprétation est fortement téléologique, avec des résultats parfois surprenants pour des avocats habitués à attacher

⁸ Discours prononcé sous le titre "The Future of the Union's policy for justice" le 21 novembre 2013.

du poids aux mots précis du législateur. Ses interprétations des Traités sont difficiles à inverser, bien que ses décisions sur des mesures isolées puissent parfois être corrigées ou améliorées⁹. Sa jurisprudence, même occasionnellement, suscite dans les milieux juridiques nationaux des réactions similaires à celle de Dominic Grieve relativement à la législation de l'UE.

Dans l'affaire *Test Achats c. Conseil des Ministres* (affaire C-236/09) la Cour de Justice Européenne a décidé que les primes d'assurance automobile devaient être les mêmes pour les hommes et les femmes. La leçon tirée par un fonctionnaire de la Commission à partir de cette décision a été que « la Cour montrerait moins de tolérance envers des compromis politiques maladroits exprimés dans des règles législatives contradictoires ». La Vice-présidente, Mme Reding, a entériné cette leçon dans un discours à la FIDE à¹⁰ Tallinn le 31 mai 2012. Le bien-fondé de la décision relative à *Test Achats* ne me concerne pas mais de tels commentaires par contre me préoccupent. Comme l'a déclaré Winston Churchill « La démocratie est la pire forme de gouvernement, à l'exception de toutes les autres formes expérimentées au cours du temps »¹¹. Le processus législatif européen peut être imparfaitement démocratique mais c'est le meilleur que nous ayons actuellement et le compromis est l'essence même de la démocratie. Pour le meilleur ou pour le pire, les législateurs européens doivent parvenir à des compromis. Comme le président du Conseil européen, Herman Van Rompuy l'a déclaré lors de son discours à la Conférence d'hier, « l'Union fonctionne grâce à - et est même construite sur - la négociation et le compromis ». La confiance envers le projet européen, certes imparfaitement démocratique, ne se trouverait pas améliorée si l'attitude exprimée par le fonctionnaire de la Commission envers les choix législatifs devait prendre de l'ampleur.

Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a joué un rôle de premier plan dans la définition des relations entre les systèmes juridiques nationaux et européens. Ce Tribunal a en effet insisté sur la primauté du principe de supervision démocratique au niveau national, alors que la démocratie à un niveau paneuropéen reste primitive. Comme son vice-président, le Professeur Dr Ferdinand Kirchhof, le déclarait récemment¹² : « Une constitution directement fondée sur la souveraineté du peuple a préséance sur un traité supranational qui n'a qu'une légitimité démocratique indirecte ». Mais le Tribunal constitutionnel fédéral a également préconisé et pratiqué une approche sensée de retenue mutuelle, attentive à reconnaître le rôle de l'Europe. Ce rôle est évoqué dans la Constitution allemande elle-même, le Grundgesetz. L'article 23 proclame que la Constitution allemande est « inspirée par la volonté de promouvoir la paix dans le monde en tant que partenaire égal, dans une Europe unie ». Le Tribunal constitutionnel acceptera donc et se référera à la législation européenne établie par la Cour de Justice Européenne, tant que celle-ci respectera l'essence des droits fondamentaux allemands. Le Tribunal constitutionnel a également précisé qu'il se réserve le droit de statuer sur la portée de l'application du droit européen dans le cadre des Traités et de rejeter toute décision de la Cour de Justice Européenne appliquant le droit européen de façon plus large. D'autres tribunaux constitutionnels en Europe ont adopté cette position.

La Cour Européenne de Justice a néanmoins suscité de temps à autre des réactions nationales défavorables. C'est particulièrement le cas dans l'affaire *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* jugée le 26 février 2013¹³. La Cour a examiné la sphère d'application de la Charte des droits fondamentaux. L'Article 51 de la Charte elle-même précise que celle-ci devrait s'appliquer aux États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, la Cour a déclaré que cette phrase devait être comprise comme s'appliquant partout où un état agit « dans le champ d'application du droit européen ». Sur cette base, la Cour Européenne a opté pour ce que le Vice-président Kirchhof décrit comme un « pas audacieux ». Elle a statué que la Charte couvrirait la question de savoir si M. Fransson pouvait à la fois recevoir une amende administrative et être poursuivi pour défaut à se conformer à son obligation de présenter une déclaration d'impôt. Elle s'est basée sur le fait que la taxe en question se trouvait être la TVA, qui est un impôt exigé au titre de la législation de l'UE, bien que la même question puisse se poser s'agissant d'un impôt national tel que l'impôt sur le revenu. En concluant ainsi, elle était en désaccord avec les observations de la

⁹ Comme par exemple la récente révision de la réglementation de Bruxelles sur la juridiction et les jugements civils 1215/2012 du 12 décembre 2012, traitant des problèmes résultant de plusieurs décisions de la Cour de Justice.

¹⁰ Fédération Internationale pour le Droit Européen

¹¹ Chambre des communes, 11 novembre 1947.

¹² Dans un discours intitulé "Cooperation between National and European Courts".

¹³ Case C-617/10.

Commission et de tous les gouvernements qui ont comparu devant elle, ainsi qu'avec l'avis de l'avocat général Curz Villalón.

Le Tribunal constitutionnel allemand a réagi rapidement et vigoureusement, dans une décision du 24 avril 2013¹⁴, et dans des interventions hors tribunal de son président¹⁵ et de son vice-président¹⁶. Ce dernier a précisé que le Tribunal constitutionnel considérerait comme au-delà des pouvoirs de la Cour Européenne - ultra vires - le fait que la Cour Européenne applique la Charte à toute relation juridique non « déterminée » par le droit européen à l'aide d'une « instruction juridiquement contraignante pour des cas spécifiques ». Il existe donc un potentiel de conflit direct entre les ordres juridiques constitutionnels nationaux et européens. Mais ce conflit sera probablement évité si, comme le préconisent le Président et le Vice-président, la Cour Européenne de Justice s'engage dans le dialogue constructif qu'ils proposent.

La position britannique est totalement différente. Le Parlement de par la loi relative aux Communautés Européennes de 1972 a stipulé que tous les droits, pouvoirs, responsabilités, obligations et restrictions découlant de ou exercés en vertu des Traités Européens « doivent, sans autre promulgation, avoir force de loi ou être utilisés dans » le Royaume-Uni. Cette décision a créé un paradoxe. Ayant ainsi légiféré, aucun appui constitutionnel explicite ne subsiste contre toute incursion de la législation de l'UE. En effet, la loi de 1972 a elle-même reçu un statut constitutionnel la plaçant au-dessus des statuts ordinaires. La règle ordinaire selon laquelle un statut subséquent incompatible annule implicitement un statut antérieur n'a aucune application en ce qui la concerne : *Thoburn c. Sunderland C. C.* (l'affaire "Metric Martyrs")¹⁷.

Il existe donc peu de limites à la domination de la législation de l'UE. Une limite récemment reconnue concerne le sens dans un contexte national des termes « Les Traités ». Dans l'affaire *Assange c. le Parquet suédois*¹⁸, et également dans l'affaire *Bucnys c. le Ministère de la Justice de Lituanie*¹⁹, la Cour suprême a noté que la loi de 1972 excluait expressément les mesures convenues dans le domaine du droit criminel par l'ancien troisième pilier du précédent Traité de l'Union Européenne. Une autre limite tient à l'existence d'autres lois constitutionnelles, telles que la Magna Carta, le Bill of Rights de 1689, l'Acte d'Union de 1707 et la Loi sur les droits de l'homme de 1998, qui (on peut le soutenir) ne peuvent pas elles-mêmes avoir été destinées à être affectées par la loi de 1972. Un troisième point a trait au fait qu'avant même la Loi sur les droits de l'homme, les tribunaux de Common Law étaient en train de développer un concept de droit de Common Law fondamental, auquel une préférence particulière pourrait également être donnée dans ce contexte. Mais, si et dans la mesure où, ces limites existent, elles sont de toute évidence moins dissuasives face aux initiatives européennes que celles d'un pays doté d'une constitution écrite.

Par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme, la position juridique est plus subtile. Premièrement, le principe de la souveraineté parlementaire est plus clairement préservé. Les droits énoncés dans la Convention ne s'appliquent que dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la législation primaire. S'ils sont incompatibles, les tribunaux nationaux peuvent déclarer cette incompatibilité, par une ordonnance qui ne modifie pas la loi britannique, mais laisse le Parlement libre au niveau national, de réexaminer sa position. C'est la position qui a été retenue sur la question controversée de savoir si les détenus devaient avoir le droit de vote au Royaume-Uni. La situation juridique actuelle a été déclarée incompatible avec la Convention par un jugement national et c'est au Parlement qu'il appartient de décider de ce qu'il convient de faire. Deuxièmement, les tribunaux nationaux disposent, de par la loi de 1998, d'un large pouvoir et devoir d'interprétation correctrice, qui leur permet de remodeler la formulation précise de la législation afin de respecter les droits énoncés dans la Convention, tant qu'ils ne s'éloignent pas de l'esprit ou de la nature de la législation. Troisièmement, toutefois, les tribunaux nationaux en vertu de la loi de 1998 ne sont pas liés par les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'homme. Nous devons simplement prendre en compte de telles décisions, mais nous n'avons pas obligation à les suivre. Nous suivons généralement

¹⁴ No 31/2013.

¹⁵ Dans sa conférence 'Sir Thomas More' intitulée "'European Integration and the Bundesverfassungsgericht'" réalisée au Lincoln's Inn, à Londres, le 31 octobre 2013.

¹⁶ Dans le discours mentionné dans l'avant-dernière note ci-dessus.

¹⁷ [2003] QB 151

¹⁸ [2012] UKSC 22, [2012] 2 AC 47.

¹⁹ [2013] UKSC 71, [2013] 3 WLR 1485.

toute position claire de la jurisprudence de Strasbourg, en particulier lorsqu'elle est issue d'une décision de la Grande Chambre. Mais nous avons exprimé notre désaccord de façon assez claire quant à certaines décisions prises par les sections, à la suite de quoi la Grande Chambre a été prête à réexaminer et à modifier sa jurisprudence. Le meilleur exemple est l'affaire *R c. Horncastle*²⁰, dans laquelle la Cour suprême a refusé d'accepter la jurisprudence de Strasbourg selon laquelle une déclaration de culpabilité ne peut jamais être fondée sur des preuves par oui-dire si celles-ci constituent la seule raison ou la raison déterminante de la déclaration de culpabilité. Dans *Al-Khawaja et Tahery c. UK*²¹, la Cour européenne des Droits de l'homme a modifié sa jurisprudence.

L'intérêt croissant de l'UE pour la question des droits fondamentaux n'est pas assorti d'une flexibilité analogue. Sous réserve des effets pouvant être rattachés au protocole n° 30 négocié par la Pologne et le Royaume-Uni, les tribunaux nationaux doivent accepter la portée et l'interprétation de la Cour du Luxembourg quant au sens des droits contenus dans la Charte des droits fondamentaux laquelle s'applique, comme je l'ai dit, « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Ceci fait sans aucun doute partie du fond de la réaction du Tribunal constitutionnel allemand dans l'affaire *Åkerberg Fransson*. La Commission a récemment émis l'idée de rendre la Charte contraignante lorsque les états mettent en œuvre non seulement le droit de l'UE, mais tout droit. La Charte pourrait alors devenir l'équivalent du chapitre consacré aux droits fondamentaux d'une constitution écrite pour l'Europe. Mais il est peu probable que ce projet se réalise dans un avenir proche.

J'ai mis l'accent sur les relations des droits et des systèmes juridiques nationaux et européens. Avant de conclure, je veux souligner à quel point le droit international élargi est devenu extrêmement pertinent pour les juges nationaux, du moins en dehors des Etats-Unis. Tant les instruments formels tels que la Charte des Nations Unies et la Convention sur la torture, que des instruments juridiques plus légers, tels que la Déclaration universelle des droits et les rapports du Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies ainsi que les décisions d'autres tribunaux internationaux, tels que la Cour inter-américaine des droits de l'homme, tous sont examinés et peuvent être avoir une influence sur les procédures nationales. Des conflits peuvent surgir entre les différents ordres juridiques mais en l'absence de toute compétence mondiale fondamentale, ces conflits sont d'une nature différente et moins intenses que ceux capables de surgir en Europe.

Les systèmes juridiques nationaux bénéficient d'un soutien local et sont l'un des thèmes de l'attachement national. Même si certains pourraient assimiler cet attachement à du conservatisme ou du tribalisme, Tocqueville avait raison il y a 200 ans de dire :

« La décentralisation a, non seulement une valeur administrative, mais également une dimension citoyenne, puisqu'elle augmente les possibilités pour les citoyens de s'intéresser aux affaires publiques et les habitue à utiliser la liberté. »

Les questions se rapportant aux relations juridiques impliquent inévitablement des différences en termes de lois. Nous l'observons de plus en plus avec les modèles de décentralisation qui ont été adoptés pour l'Écosse, l'Irlande du Nord et le Pays de Galles au Royaume-Uni. Ces modèles sont fondées sur le principe de subsidiarité et reflètent le chevauchement et l'enrichissement des identités dont jouissent les peuples de l'Europe et ses états membres.

Enfin, le projet européen doit reposer sur la confiance mutuelle, la bonne volonté et la coopération. La confiance mutuelle est un acte de foi de l'Union européenne. Mais elle nécessite une réelle sensibilité visant à construire et à maintenir. Des projets trop ambitieux de centralisation en vue de promouvoir le projet européen pourrait aboutir à un résultat exactement contraire. Il existe déjà un dialogue informel très sain entre les juridictions nationales et nos tribunaux supranationaux. Dans le cas de la Cour de Strasbourg, ces échanges peuvent être constatés dans les jugements. Dans le cas de la Cour du Luxembourg ces échanges sont tout aussi présents, mais moins apparents. Ceci est dû au fait que la Cour de Justice dans son approche de type 'comité' ne s'engage pas ouvertement vis-à-vis de la jurisprudence nationale (sauf dans les opinions des avocats généraux, qui ne sont toutefois ni contraignantes ni décisives). C'est dommage. De bonnes clôtures font certes de bons voisins mais une bonne conversation par-dessus la clôture y participe également.

²⁰ [2009] UKSC 14, [2010] 2 AC 373.

²¹ Applications 26766/05 et 22228/06.

Il existe toujours le danger que nos systèmes juridiques et nos tribunaux supranationaux opèrent de façon trop éloignée des systèmes nationaux affectés par leurs décisions. Les références générales de proportionnalité et de subsidiarité des Traités Européens doivent être considérées dans la pratique. Nous avons besoin d'évaluations d'impact qui examinent rigoureusement les propositions de la Commission, quel que soit l'accueil favorable qu'elles rencontrent, afin d'évaluer leur valeur, leur proportionnalité et leur cohérence vis-à-vis du principe de subsidiarité. Nous nous attendons à voir dans la jurisprudence de Strasbourg une reconnaissance permanente de l'importance de la marge d'appréciation et du « principe fondamental de subsidiarité », souligné par la Déclaration de Brighton sur l'avenir de cette Cour en avril 2012.

Comme l'a déclaré l'un de mes pairs, Lord Hope, dans un contexte national : « Dans le domaine du droit constitutionnel, l'équilibre délicat entre les différentes institutions est maintenu dans une large mesure par le respect mutuel de chaque institution »²². Il en va de même au niveau international. Le Royaume-Uni a traditionnellement été un acteur efficace et bienvenu sur la scène de Bruxelles. S'il veut faire entendre sa voix, il se doit de l'être. Le Royaume-Uni a également joué un rôle majeur dans la préparation et la publication de la Déclaration de Brighton. Les avocats de la Common Law sont éminemment adaptables. Leur contribution à la coopération avec les tribunaux supranationaux européens et les autres tribunaux nationaux européens a je crois été très déterminante et fructueuse dans le passé.

Selon mon expérience, il existe au sein des institutions européennes et des communautés juridiques européennes et nationales, une réelle appréciation de la contribution de la Common Law, de son expérience et de son pragmatisme lucide. C'est un point qui, je pense, n'est pas suffisamment apprécié au sein du Royaume-Uni. Alors qu'il existe un certain nombre de problèmes et de tensions non résolus au niveau européen, je voudrais répondre avec confiance au titre de cette session. Il ne me semble pas que l'ensemble du système juridique du Royaume-Uni, ses avocats, ses juges et ses tribunaux de la Common Law soient sur le point d'être submergés ou de perdre leur identité face à une quelconque menace extérieure. Au contraire, nous sommes une force contributrice positive dans le réseau des systèmes interconnectés qui composent le monde juridique moderne.

²² Jackson c. Procureur général [2005] UKHL 56, para 125.