



HAL
open science

Droit constitutionnel étranger-Royaume-Uni

Aurélie Duffy-Meunier

► **To cite this version:**

Aurélie Duffy-Meunier. Droit constitutionnel étranger-Royaume-Uni. Revue française de droit constitutionnel, 2009, 4 (80), pp.837-881. hal-03633280

HAL Id: hal-03633280

<https://amu.hal.science/hal-03633280>

Submitted on 7 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droit constitutionnel étranger

Royaume-Uni

Revue française de droit constitutionnel, 2009/4, n° 80, pp. 837-881

Aurélie Duffy-Meunier

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Membre de l'Institut de Droit Comparé

Membre associée à ILF-GERJC, Aix-Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence

Les réformes constitutionnelles lancées par le Gouvernement Brown ont suivi leur cours en 2008, mais ne se sont pas concrétisées par le dépôt d'un projet de loi. Le Gouvernement britannique est toujours dans la phase préparatoire de cette réforme qu'il aborde avec une diligence variable selon les sujets traités. Cette approche, dont l'efficacité peut être mise en doute, caractérise également la correction des atteintes aux droits et libertés dénoncées sur le fondement du *HRA*. En effet, la protection des droits et libertés a été marquée, au cours de la période examinée, par une effectivité relative des mécanismes de garantie des droits et libertés prévus par le *HRA* résultant à la fois du peu d'entrain du Gouvernement à corriger les déclarations d'incompatibilité et par une certaine déférence des juridictions britanniques.

I. LES EVOLUTIONS INSTITUTIONNELLES

A la suite du Livre vert *Governance of Britain*¹ qui proposait un grand nombre de réformes de nature constitutionnelle², le Gouvernement a publié le 25 mars 2008 un Livre Blanc³ et un avant-projet de loi, le *Draft Constitutional renewal bill*⁴. Ce dernier ne comporte cependant pas l'ensemble des propositions ambitieuses abordées dans le Livre vert. Les projets de Déclaration de droits et de devoirs britannique (B) et de réforme de la Chambre de Lords (C) ont ainsi été dissociés de ce premier « paquet » de réformes constitutionnelles (A).

A. Le *Draft Constitutional renewal bill*

A la suite des consultations menées par le Gouvernement, le Livre blanc et l'avant-projet de loi sur le renouveau constitutionnel avancent différentes propositions assez disparates⁵. Elles concernent l'assouplissement de la liberté de manifestation autour du Parlement, le rôle de l'*Attorney General*, les pouvoirs du Gouvernement en matière de nomination judiciaire, les compétences du Parlement dans le domaine de la ratification des traités et de l'engagement des forces armées ainsi que le drapeau britannique. Le contenu de

¹ *Green Paper, The Governance of Britain*, 3 July 2007, CM, 7170.

² A ce sujet, cf. A. Le Sueur, « Gordon Brown's new constitutional settlement », *PL*, 2008, pp.21- 24.

³ *The Governance of Britain-Constitutional renewal, Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty the Queen*, March 2008, Cm 7342-I.

⁴ *The Governance of Britain-Draft Constitutional renewal bill Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty the Queen*, March 2008, Cm 7342-II.

⁵ A ce sujet, cf. *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill, Draft Constitutional Renewal Bill report* HC 551-I and HL 166-I, 31 July 2008, §376.

ce projet a fait l'objet d'un examen par plusieurs commissions parlementaires telles que le *Public Administration Select Committee*⁶ et le *Justice Committee*⁷ de la Chambre des Communes, le *Constitution Committee* de la Chambre des Lords⁸ ainsi qu'une Commission des deux Chambres spécialement instituée pour examiner ce projet, le *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill*⁹.

Le Gouvernement envisage, en premier lieu, de supprimer l'exigence d'information préalable à toute manifestation aux alentours du Parlement et le délit constitué par une manifestation non-autorisée par le *Metropolitan Police Commissioner*¹⁰.

Il a, en second lieu, proposé de modifier les attributions de l'*Attorney General* qui est le Premier conseiller juridique du Gouvernement et l'un de ses membres. Ses fonctions ont fait l'objet de controverses importantes notamment à propos des avis qu'il a formulé quant à la légalité de l'invasion en Irak. Le *Constitutional Affairs Select Committee* avait préconisé de dissocier ses fonctions comme cela a été le cas du Lord Chancelier. La commission avait, en effet, constaté qu'il existait des « tensions inhérentes dans la combinaison, au sein d'une même fonction, d'attributions ministérielles et politiques, d'une part, et de compétences en matière de conseil juridique indépendant et de direction des services de poursuite, d'autre part »¹¹. Le Gouvernement n'a cependant pas tenu compte de ces recommandations et a proposé que l'*Attorney General* conserve ses fonctions de conseiller juridique du Gouvernement et ses fonctions ministérielles. Il propose quelques modifications. L'*Attorney General* garderait son pouvoir de surveillance général sur les diverses autorités de poursuites, mais il ne pourrait plus, dans le cadre d'affaires pénales particulières, donner d'instructions aux autorités de poursuites¹² hormis les hypothèses impliquant la protection de la sécurité nationale.

Le *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill*¹³ est, contrairement au *Justice Committee*, plutôt favorable à la proposition du Gouvernement. Le *Justice Committee* regrette notamment que l'avant-projet de loi ne modifie pas de façon claire la dualité des rôles de l'*Attorney General* alors même que ce rôle a fait l'objet de critiques et soulève un problème lié à la séparation des pouvoirs¹⁴. Par ailleurs, allant en deçà de la position du Gouvernement, la Commission mixte sur le *Draft constitutional renewal bill* est favorable à un *statu quo* à propos de la compétence de l'*Attorney General* pour formuler des directives en matière de poursuites individuelles y compris dans des affaires relatives à la sécurité nationale. En revanche, les deux commissions soutiennent la proposition selon laquelle l'*Attorney General* ne devrait être qu'occasionnellement présent aux réunions du Cabinet

⁶ *Public Administration Select Committee, Tenth Report, Constitutional Renewal: Draft Bill and White Paper*, HC 499, 4 June 2008.

⁷ *Justice Committee, Fourth Report Draft Constitutional Renewal Bill (provisions relating to the Attorney General)*, HC 698, 24 June 2008.

⁸ *Constitution Committee, Seventh Report Reform of the Office of Attorney General*, HL 93, 18 April 2008.

⁹ *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill, Draft Constitutional Renewal Bill report, op. cit.*, 31 July 2008.

¹⁰ La loi reviendrait ainsi sur les sections 132-138 du *Serious Organised Crime and Police Act 2005*.

¹¹ *Constitutional Affairs Select Committee, Fifth Report, Constitutional Role of the Attorney General*, HC 306, 24 July 2007.

¹² Il s'agit du *Director of Public Prosecutions*, le *Director of the Serious Fraud Office* ou le *Director of Revenue and Customs Prosecuting Office*.

¹³ L'examen de l'avant projet de loi par cette commission a été critiqué, car il a été décidé par le Gouvernement sans que les autres commissions parlementaires normalement compétentes ne soient consultées à ce sujet. Cf. *Justice Committee, Second Special Report Constitutional Role of the Attorney General: Government Response to the Committee's Fifth Report of Session 2006-07, op. cit.*, § 10.

¹⁴ *Justice Committee, Second Special Report Constitutional Role of the Attorney General: Government Response to the Committee's Fifth Report of Session 2006-07, op. cit.*, §35-36.

lorsque le Premier ministre a besoin de ses conseils ou lorsque le Cabinet examine une question qui relève de sa responsabilité¹⁵.

Le Gouvernement envisage, en troisième lieu, de supprimer l'intervention du Premier ministre dans le processus de désignations des juges de la Cour suprême et de réduire le rôle du Lord Chancelier dans les désignation des juges appartenant aux juridictions inférieures à la *High Court*. Le *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill* considère que les pouvoirs publics n'ont que très peu de recul par rapport à cette modalité de nomination qui n'est opérationnelle que depuis le *Constitutional Reform Act 2005*¹⁶. La plupart des propositions de réforme du processus de désignation des juges semblent donc prématurées et devraient d'abord faire l'objet d'une évaluation par le Gouvernement et les commissions parlementaires avant toute réforme législative¹⁷.

Le Gouvernement envisage, en quatrième lieu, de formaliser le contrôle parlementaire des traités avant leur ratification. Ce contrôle serait exercé pendant vingt et un jours et la ratification ne serait réalisée qu'à condition que les Chambres n'adoptent pas, au cours de cette période, de résolutions refusant la ratification des traités. Il existe cependant des exceptions permettant au Gouvernement de passer outre cette résolution. Leur rédaction, comme l'a d'ailleurs souligné la Commission parlementaire relative au *Draft Constitutional Renewal Bill*, manque de clarté¹⁸. En effet, le Secrétaire d'Etat pourrait, par exemple, affirmer qu'il veut, malgré l'opposition parlementaire, que le Traité soit ratifié et devrait en expliquer les raisons¹⁹. Une telle faculté rend donc inutile la formalisation du processus de contrôle parlementaire des traités puisque le Secrétaire d'Etat peut l'écarter à condition d'en expliquer la motivation. La procédure de contrôle parlementaire pourrait également être exclue dans des circonstances exceptionnelles : la section 22 du projet de loi prévoit que l'examen parlementaire préalable consacré dans la section 21 ne s'applique pas si le Secrétaire d'Etat considère qu'« exceptionnellement » le traité doit être ratifié sans que les conditions prévues par cette disposition ne soient réunies. De plus, certains traités, comme les Traités incorporés par le *European Parliamentary Elections Act 2002* ou encore par le *European Union (Amendment) Act 2008* sont exclus de ce processus. La formalisation du contrôle parlementaire préalable à la ratification des traités reste donc d'une portée très relative compte tenu des larges exceptions qui y sont apportées.

L'approbation de l'engagement des forces militaires à l'étranger devrait également être formalisée par cette loi. Une résolution de la Chambre des communes devrait définir la procédure permettant au Parlement d'approuver l'engagement des forces armées. Le *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill* comme le *Constitution Committee* de la Chambre des Lords ont approuvé la proposition du Gouvernement d'impliquer le Parlement dans le processus d'engagement des forces armées par le biais d'une résolution. Par ailleurs, bien que le vote d'une résolution soit limité à la Chambre des communes, la Chambre des

¹⁵ *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill, Draft Constitutional Renewal Bill report, op. cit., Ibid*, § 91 et *Justice Committee, Second Special Report Constitutional Role of the Attorney General: Government Response to the Committee's Fifth Report of Session 2006-07, op. cit.*, § 30.

¹⁶ A ce sujet, cf. « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume-Uni », *Chronique, RFDC*, 2007, n° 70, pp. 343-354 et « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume-Uni », *Chronique, RFDC*, 2006, n° 66, pp. 399-411.

¹⁷ *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill, Draft Constitutional Renewal Bill report, op. cit.*, §201.

¹⁸ *Ibid*, § 217.

¹⁹ *The Governance of Britain, Draft Constitutional renewal Bill*, March 2008, Cm 7342-II, Section 21 et *Government Draft legislative programm, 2009-2010* disponible sur le site du leader de la Chambre des communes www.commonleader.gov.uk.

Lords pourra débattre de cette question parallèlement au vote de la résolution à la chambre des Communes sans pour autant voter.

De façon plus surprenante, une réorganisation des principes régissant la fonction publique qui n'est pas à proprement parler une question constitutionnelle est largement abordée par le *Draft Constitutional renewal bill*. Le Gouvernement propose d'inscrire dans la loi les règles relatives à la fonction publique. Cependant, la question de la définition de la notion de fonctionnaire reste ambiguë et la Commission suggère que le Gouvernement éclaircisse cette définition afin d'apaiser les craintes des syndicats quant au statut des fonctionnaires²⁰. D'ailleurs, compte tenu de l'importance de cette réforme, le *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill* considère qu'il faudrait dissocier les dispositions relatives à la fonction publique de cet ensemble de réforme et d'en faire une loi à part. A titre plus anecdotique, un assouplissement de l'utilisation du drapeau britannique est proposé puisque ce dernier ne peut battre que pendant dix-huit jours sur les bâtiments gouvernementaux.

L'ensemble des recommandations formulées par les diverses commissions parlementaires doit donc conduire le Gouvernement à apporter plusieurs modifications à ce projet avant sa première lecture.

B. La Déclaration de droits et de devoirs

Parallèlement au projet de réforme constitutionnelle, le Ministre de la Justice Jack Straw a lancé une campagne à propos de l'adoption d'une Déclaration de droits et de devoirs britannique dès le mois de janvier 2008²¹. Le *HRA* avait été présenté par certains médias²² et certains hommes politiques comme une loi garantissant davantage les droits et libertés de personnes suspectées de terrorisme que ceux des victimes et empêchant le Gouvernement d'assurer la sécurité des citoyens²³. Contrairement aux propositions du leader de l'opposition, David Cameron²⁴, qui envisage de remplacer le *HRA* par une Déclaration de droits qui préserverait la souveraineté parlementaire tout en restant partie à la Convention européenne des droits de l'homme, la Déclaration de droits proposée par le Gouvernement ne remplacerait pas le *HRA*. Les libéraux démocrates sont, quant à eux, favorables à l'adoption d'une Déclaration de droits dans le cadre d'une constitution écrite²⁵. La Déclaration de droits proposée par le Gouvernement travailliste impliquerait également des devoirs dont la teneur est encore incertaine. Le développement de droits économiques et sociaux, dont est dépourvu le *HRA*, est également envisagé par le Ministre de la Justice. La campagne lancée par le Ministre de la justice est à un stade encore moins avancé que le *Draft Constitutional renewal bill* puisqu'elle n'a pas passé le seuil de l'avant-projet. Le rapport rendu par la Commission parlementaire mixte pour les droits de l'homme, qui est favorable à l'adoption d'une nouvelle

²⁰ *Joint Committee on the Draft Constitutional renewal bill, Draft Constitutional Renewal Bill report, op. cit.*, § 244.

²¹ J. Straw, « Toward Towards a Bill of Rights and Responsibility », 21 January 2008, disponible sur le site du ministère de la Justice.

²² Notamment le journal, *The Sun*, A ce sujet, cf. notamment S. Shah et T. Pool, « The impact of the Human Rights Act on the House of Lords », *PL*, 2009, pp. 349-350.

²³ A ce sujet, cf. *Joint Committee on Human Rights, The Human Rights Act: the DCA and Home Office Reviews*, 32^{ème} rapport, 14 novembre 2006, HL 278/HC 1716.

²⁴ David Cameron, *speech to the Centre for Policy Studies*, « Balancing Freedom and security – A modern British Bill of Rights », 26 June 2006 ; A ce propos cf. F. Klug, « A bill of Rights : Do we Need One or Do we Already Have One ? », *PL*, 2007, pp. 716-717.

²⁵ *Liberal Democrat Policy Paper 83, For the People, by the People*, August 2007, §4.2.4.

Déclaration de droits, suggère néanmoins quelques pistes pouvant éclairer le Gouvernement dans la préparation de ce projet²⁶.

La Commission regrette tout d'abord l'absence de clarté des motivations du Gouvernement pour adopter une telle Déclaration. Il semblerait, en effet, que l'adoption d'une Déclaration de droits vise à réduire le niveau de protection de certains droits et libertés accordés par le *HRA* dans des affaires où les juridictions ont condamné la mise en œuvre de la politique gouvernementale en matière de terrorisme²⁷. En effet, la nouvelle Déclaration de droits devrait permettre, selon le gouvernement, d'accorder « une priorité appropriée »²⁸ à la protection de la sécurité du public lorsqu'elle doit être conciliée avec les droits de l'homme. Le Gouvernement propose, en somme, une Déclaration de droits plus sécuritaire.

En revanche, le *Joint Committee on Human Rights* accueille favorablement les nouveaux droits, plus « modernes » que ceux reconnus par la CEDH, qui seraient contenus dans la nouvelle Déclaration²⁹. Elle suggère la consécration de droits économiques et sociaux en matière de santé, d'éducation et de logement ainsi que le droit à l'information, le droit de ne pas être discriminé sur des fondements d'orientation sexuelle ou encore des droits en matière d'environnement³⁰. Elle reconnaît qu'il est difficile de rendre ces droits directement justiciables devant les juridictions et admet que le Gouvernement et le Parlement, qui ont davantage d'expertise et d'autorité en ce domaine, conservent leur responsabilité en matière de politique économique et sociale³¹. La Commission envisage alors que le Gouvernement ait un devoir de tendre vers la réalisation de ces droits par la voie législative ou par le biais d'autres mesures. En revanche, les particuliers ne pourraient pas être capables d'invoquer la mise en œuvre de ces droits devant les tribunaux, mais les cours devraient avoir un rôle pour contrôler que les mesures prises par le Gouvernement correspondent au devoir qui lui incombe en matière économique et sociale³². Bien que les modalités de mise en œuvre de ces droits ne soient pas évoquées très clairement, ils pourraient en quelque sorte s'apparenter aux objectifs de valeur constitutionnelle que l'on connaît en France.

Le rapport envisage également l'inclusion de droits et de valeurs représentatifs de la société britannique. Les valeurs pourraient être contenues dans un Préambule marquant l'attachement des britanniques à la *rule of law*, à la liberté, à la démocratie, à la justice et aux devoirs civiques. Ce préambule pourrait avoir une portée interprétative qui imposerait aux autorités l'interprétant de tenir compte des valeurs prévues par le Préambule³³.

S'agissant des mécanismes de protection garantissant les droits reconnus dans cette Déclaration, la Commission parlementaire mixte pour les droits de l'homme est défavorable à l'annulation juridictionnelle des lois, car cela va à l'encontre de la tradition de « démocratie parlementaire britannique ». Elle opte pour un système de protection des droits de l'homme parlementaire sur le modèle du *HRA*³⁴ en reconnaissant une obligation d'interprétation conforme des lois par rapport à la Déclaration de droits. Ce mécanisme devrait protéger les droits et libertés contre une abrogation implicite, mais laisser le Parlement libre de légiférer de façon incompatible avec les droits et libertés si telle est son intention explicite. Par ailleurs, les Cours devraient pouvoir effectuer une déclaration d'incompatibilité qui obligerait le

²⁶ *Joint Committee on Human Rights, Twenty-ninth Report, A Bill of Rights for the UK?*, HL 165-I/HC 150-I, 10 August 2008.

²⁷ *Joint Committee on Human Rights, Twenty-ninth Report, A Bill of Rights for the UK?*, *op. cit.* §54

²⁸ *Green Paper, The Governance of Britain*, 3 July 2007, CM, 7170, §210.

²⁹ *Ibid.*, § 57.

³⁰ *Ibid.*, § 57-58.

³¹ *Ibid.*, § 167.

³² *Ibid.*, § 192.

³³ *Joint Committee on Human Rights, Twenty-ninth Report, A Bill of Rights for the UK?*, *op. cit.*, §69.

³⁴ *Ibid.*, §128.

Gouvernement à apporter une correction dans un laps de temps défini et à organiser un débat sur la réponse apportée afin de permettre un contrôle parlementaire sur celle-ci³⁵.

La notion de devoirs est également abordée par la Commission. Cette dernière considère que la Déclaration n'est pas l'instrument approprié pour éduquer les individus à propos de leurs responsabilités et s'oppose à ce qu'une Déclaration de droits intègre des devoirs ou des responsabilités. En effet, le bénéficiaire de droits ne devrait pas, selon elle, dépendre de l'exercice de responsabilités par les individus. Elle critique le lien qui est fait par le Gouvernement dans le Livre vert, *The Governance of Britain*, entre la reconnaissance de droits, comme l'égalité, et la citoyenneté et considère que les droits et libertés reconnus ne doivent pas se limiter aux seuls citoyens. Elle recommande ainsi au gouvernement de dissocier le débat sur la Déclaration de droits de celui qui porte sur la citoyenneté et sur les droits et les devoirs des citoyens en raison de l'universalité des droits qui doivent être consacrés dans la future Déclaration³⁶.

Ces recommandations pourraient inspirer le Gouvernement dans la rédaction d'un avant-projet de Déclaration de droits britannique. Elle ne semble cependant pas pouvoir être adoptée avant les prochaines élections puisqu'aucun projet n'a été publié au cours de l'année 2008 par le gouvernement³⁷.

C. La réforme de la Chambre des Lords

Comme la Déclaration de droits, la réforme de la Chambre des Lords est menée parallèlement aux autres réformes constitutionnelles. Elle est cependant plus avancée que le projet de réforme précédent puisqu'un Livre Blanc a été publié au mois de juin 2008³⁸ à la suite d'un processus de consultation de l'ensemble des partis. Ils semblent s'être au moins accordés sur un point : celui de la primauté de la Chambre des communes. Les pouvoirs de la Chambre des Lords ne devraient pas être modifiés. Elle conserverait un rôle important dans l'examen des projets de lois, la conduite d'enquêtes et le contrôle du Gouvernement quelque soit sa composition.

A ce propos, la proposition de réforme est basée sur différents principes. Les membres de la seconde Chambre devraient être élus sur une base représentative différente des membres de la Chambre des communes, ils devraient pouvoir exercer leurs fonctions de façon indépendante, avoir un mandat long et représenter la majorité électorale, mais aussi permettre à la minorité et aux parlementaires indépendants d'être représentés³⁹. L'un des aspects les plus importants de la réforme est l'introduction de l'élection au sein de la seconde Chambre, pour un mandat non renouvelable qui pourrait aller de douze à quinze ans. Les membres devraient être élus par tiers au sein de larges circonscriptions, mais la nature du mode de scrutin n'est pas encore déterminée. Les conditions d'éligibilité devraient être comparables à celle de la Chambre des communes. Le Gouvernement ne s'est cependant pas clairement décidé sur la composition totalement élue ou partiellement élue de la Chambre des Lords. Quoiqu'il en soit, si certains membres nommés sont maintenus, afin notamment de préserver les *crossbenchers*, il est proposé que leur nomination soit effectuée par une commission à partir de critères rendus publics, les membres ne pouvant être renommés. Cette garantie

³⁵ *Ibid*, § 228

³⁶ *Ibid*, § 88.

³⁷ Le Livre vert lançant une consultation sur la question des droits et responsabilité n'a été publié que le 23 mars 2009.

³⁸ *The Governance of Britain, An Elected Second Chamber, Further reform of the House of Lords, Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by command of Her Majesty*, July 2008, Cm 7438.

³⁹ *The Governance of Britain, An Elected Second Chamber, Further reform of the House of Lords, Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by command of Her Majesty*, *op. cit.*, p. 14.

d'indépendance semble toutefois affectée par le fait que cette commission serait responsable devant le Premier ministre⁴⁰. Si une partie des membres de la Chambre devait être nommée, certains sièges pourraient être réservés aux évêques de l'église d'Angleterre. Les *Law Lords* n'exerçant plus pourraient avoir le même statut que les Pairs à vie, à propos desquels le Gouvernement propose trois options au cours d'une phase transitoire avant l'élection intégrale des membres de la nouvelle Chambre : ils pourraient continuer d'être membre à vie de la Chambre après l'élection du dernier tiers des membres (les pairs héréditaires devant eux quitter la Chambre) ; ils pourraient quitter la Chambre une fois que le dernier tiers des membres de la nouvelle Chambre est élu, ils pourraient quitter la Chambre progressivement en trois temps correspondant à l'arrivée des trois groupes de nouveaux membres⁴¹. La pairie devrait être un titre distinct de l'appartenance à la nouvelle seconde Chambre qui pourrait prendre le nom de Sénat.

Le programme de réforme constitutionnelle ne repose au mieux que sur des avants-projets de lois qui présentent un caractère hétéroclite et échelonné regrettable pour la cohérence globale du projet de renouveau constitutionnel. La concrétisation de ces perspectives de réforme constitutionnelle (trop ?) ambitieuses sera sans doute difficile compte tenu des proches échéances électorales.

II. LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTES

La mise en œuvre juridictionnelle du *HRA* (A) ainsi que l'effectivité du *HRA* (B), qui peut se mesurer grâce à la correction des déclarations d'incompatibilité, ont révélé les tensions existantes entre le pouvoir exécutif, législatif et les Cours⁴² lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre certaines politiques tout en garantissant les droits et libertés reconnus par la CEDH.

A. La mise en oeuvre juridictionnelle du *HRA*

Au cours de l'année 2008, les juridictions britanniques et plus particulièrement la Chambre des Lords ont le plus souvent refusé de prononcé des déclarations d'incompatibilité (1), mais ont garanti de façon assez protectrice certains droits, comme le droit au respect de la vie familiale en matière d'immigration (2).

1) Les déclarations d'incompatibilité

La Chambre des Lords a examiné, dans l'affaire *Baiiai*⁴³, les procédures de contrôle des mariages de complaisance prévues par la Section 19 de l'*Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*. Elle n'a que partiellement confirmé la déclaration d'incompatibilité de la Section 19 prononcée par la *High Court*⁴⁴ et confirmée par la Cour d'appel⁴⁵. Selon la section 19 de la loi, un individu qui fait l'objet d'une mesure d'immigration et qui désire se marier non religieusement au Royaume-Uni doit en demander

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 45-46.

⁴¹ *Ibid.*, p. 73.

⁴² Cf. à ce sujet, A. W. BRADLEY, « Relations Between Executive, Judiciary and Parliament : An Evolving Saga ? », *PL*, 2008, pp. 475-476.

⁴³ *R (on the application of Baiiai and others) v. Secretary of State for the Home Department and another* [2008] UKHL 53.

⁴⁴ *R (on the application of Baiiai and others) v. Secretary of State for the Home Department and another* [2006] EWHC 823, [2006] EWHC 1454.

⁴⁵ *Secretary of State for the Home Department v Baiiai & Ors* [2007] EWCA Civ 478.

l'autorisation au Ministre de l'intérieur et payer certains frais. La *High Court*⁴⁶ avait prononcé une déclaration d'incompatibilité de cette disposition considérant que, dans le cas des immigrants réguliers, elle opérerait une discrimination sur le fondement de la nationalité et de la religion et portait donc une atteinte disproportionnée aux articles 12 et 14 CEDH. Elle a également déclaré que les règlements 7 et 8 de l'*Immigration (Procedure for Marriage) Refutation 2005* qui imposent des frais pour effectuer une telle demande ainsi que les directives du ministère de l'immigration étaient contraires à ces dispositions conventionnelles. La Chambre des Lords a confirmé la contrariété du dispositif prévu par l'*Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004* avec l'interdiction de toute discrimination en matière de mariage, mais l'a limitée au Premier paragraphe de la section 19. En effet, pour Lord Bingham of Cornhill, l'objet de la section 19 est d'empêcher les mariages blancs, ce qui ne porte pas en soi atteinte à l'article 12 de la Convention⁴⁷. Seule la section 19(1) réalise une discrimination contraire à la Convention car elle opère une distinction entre les mariages civils et les mariages religieux célébrés conformément aux rites de l'église d'Angleterre. Ceux qui désirent se marier religieusement sont, en effet, traités plus favorablement que les autres qui doivent faire l'objet d'une autorisation. C'est donc plutôt la différenciation entre les différentes formes de mariage que la réglementation en elle-même qu'ont sanctionné les Lords. Ils jugent, par ailleurs, que la réglementation de 2005 n'est pas en elle-même contestable, mais les frais qu'elle impose dans l'hypothèse d'une demande d'autorisation (et qui ont augmenté depuis 2007⁴⁸) sont susceptibles de limiter l'exercice du droit au mariage par les personnes dans le besoin. En outre, la directive ministérielle de la direction de l'immigration, qui prévoit que les personnes qui sont entrées au Royaume-Uni sans autorisation, ceux dont l'autorisation d'entrer ou de résider au Royaume-Uni est inférieure à 6 mois ou ceux qui ne peuvent rester que trois mois sur le territoire au moment de la demande d'autorisation de mariage ne peuvent bénéficier de cette autorisation, a également été déclarée contraire à l'article 12 CEDH. En effet, bien que ces critères peuvent davantage correspondre à des personnes faisant une demande de mariage de complaisance, aucune des conditions qu'elle pose n'a d'intérêt pour déterminer l'authenticité d'un mariage⁴⁹. Cette directive impose donc une interdiction systématique de l'exercice du droit au mariage par les personnes qui tombent dans cette catégorie sans tenir compte du fait de savoir si leur mariage est ou n'est pas un mariage blanc, ce qui constitue une interférence disproportionnée avec ce droit.

En revanche, la Chambre des Lords a refusé de prononcer des déclarations d'incompatibilité, faisant preuve de déférence à l'égard du législateur, dans des affaires relatives à la publicité pour des organisations de défense des animaux, à l'interdiction de la chasse à courre, à propos du bénéfice de pensions d'invalidité.

L'affaire *R (on the application of Animal Defenders International)*⁵⁰ concerne une association de défense des animaux qui a lancé une campagne publicitaire, « My Mate's a Primate », contre l'utilisation des animaux dans le commerce, la science et les loisirs afin d'obtenir certaines réformes législatives et d'influencer l'opinion publique et des

⁴⁶ *R (on the application of Baiai and others) v. Secretary of State for the Home Department and another* [2006] EWHC 823, [2006] EWHC 1454.

⁴⁷ *R (on the application Baiai and others) v. Secretary of State for the Home Department and another*, *op. cit.*, § 29.

⁴⁸ Le montant s'élève à 295£ par personne.

⁴⁹ *R (on the application Baiai and others) v. Secretary of State for the Home Department and another*, *op. cit.*, § 31.

⁵⁰ *R (on the application of Animal Defenders International) v. Secretary of state for Culture, media and Sport* [2008] UKHL 15; [2008] 2 WLR 781. A ce sujet, cf. T. Lewis, « Balancing Freedom of Political Expression against Equality of Political Opportunity: The Courts and the UK's Broadcasting Ban on Political Advertising », *PL*, 2009, pp. 89-111.

parlementaires. Cependant, le *Broadcast Advertising Clearance Center*, un organisme financé par des agences publicitaires, qui contrôle la conformité des écrans publicitaires à la réglementation en vigueur a considéré que cette publicité pourrait tomber sous le coup de l'interdiction de la publicité politique prévue par les sections 321(2) et (3) du *Communication Act 2003*. Le Secrétaire d'Etat n'a, d'ailleurs, pas été capable de faire une déclaration de compatibilité de cette disposition sur le fondement de la section 19 du *HRA*, ce qui pouvait laisser planer un doute sur la conformité de ces dispositions avec l'article 10 CEDH. L'*Animal Defenders International* a demandé à ce que ces dispositions soient déclarées incompatibles avec l'article 10 de la CEDH, ce qu'a rejeté la Chambre des Lords. Elle considère que les dispositions en cause constituent une limitation prévue par la loi et motivée par un but légitime : la protection des droits d'autrui, en l'espèce, leurs droits démocratiques. En revanche, elle justifie l'interdiction par le fait qu'elle permet d'éviter à des partis politiques de diffuser des publicités à travers le média télévisuel, ce qui peut affecter le débat démocratique. Ne trouvant pas d'alternative moins attentatoire à la liberté d'expression pour parvenir au but poursuivi par le législateur, les Lords ont accordé « un poids important »⁵¹ à la position du législateur. Il considère que les hommes politiques sont « particulièrement sensibles aux mesures permettant de sauvegarder l'intégrité de [la] démocratie »⁵² et qu'on ne peut pas supposer que d'autres, y compris les juges, le soient autant qu'eux. Compte tenu de la déférence accordée au législateur, la déclaration d'incompatibilité a été exclue à l'unanimité par la Chambre des Lords alors même que la liberté d'expression bénéficie d'une protection particulièrement forte devant la Cour européenne et que la position que cette dernière a adoptée dans la décision *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* aurait pu conduire la Chambre des Lords à prononcer une déclaration d'incompatibilité⁵³.

La question de la cruauté envers les animaux avait d'ailleurs déjà été l'occasion pour la Chambre des Lords de faire preuve d'une approche assez déférente envers le Parlement dans l'affaire *R (On the application of the countryside Alliance) v. Attorney General*⁵⁴. Elle a examiné la compatibilité du *Hunting Act 2004* avec les articles 8 et 11 de la CEDH et l'article 1^{er} du Premier protocole. Après avoir écarté l'application des articles 8 et 11 aux faits de l'espèce, les Lords ont estimé que le droit au respect des biens de l'article 1^{er} du Premier protocole était en cause. Si les propriétaires terriens n'ont pas été privés de leur propriété, ils ont perdu un droit de contrôle sur celle-ci puisqu'ils ne peuvent plus y chasser ou accueillir des personnes pour chasser⁵⁵. Le *Hunting Act 2004* constituait bien une interférence avec le droit au respect des biens. Cependant, les Lords ont considéré que cette interférence était prévue par la loi et justifiée par la défense de la « morale » car elle visait à protéger les animaux contre les traitements cruels pouvant être infligés par des activités de loisir. Etant donné que seule l'interdiction absolue d'une telle activité permet d'atteindre cet objectif⁵⁶, la majorité des Lords précise qu'elle doit faire « preuve d'un haut degré de respect envers le jugement d'une assemblée élue »⁵⁷ qui a adopté cette interdiction. A défaut, « le processus démocratique pourrait être floué si sur une question de jugement moral et politique les opposants à la loi obtiennent devant les Cours ce qu'ils n'ont pas obtenu devant le

⁵¹ §33, Lord Bingham of Cornhill qui a rendu l'opinion soutenue par l'ensemble des Lords.

⁵² §33.

⁵³ *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*; A ce propos, cf. T. Lewis, « Balancing Freedom of Political Expression against Equality of Political Opportunity: The Courts and the UK's Broadcasting Ban on Political Advertising », *op. cit.*, p. 94 et p. 111.

⁵⁴ *R (On the application of the countryside Alliance) v. Attorney General* [2007] UKHL 52.

⁵⁵ *R (On the application of the countryside Alliance) v. Attorney General* [2007] UKHL 52§20

⁵⁶ A ce sujet, cf. T. HICKMAN, « The Substance and Structure of Proportionality », *PL*, 2008, pp. 704-705

⁵⁷ *R (On the application of the countryside Alliance) v. Attorney General*, *op. cit.*, § 36 et particulièrement § 42.

Parlement »⁵⁸. Cela a conduit les Lords à juger la limitation proportionnée au but poursuivi et à refuser de déclarer la loi contraire à l'article 1^{er} du Premier protocole.

La question du droit au respect des biens a également conduit la Chambre des Lords à rejeter le recours d'un sans abris⁵⁹ qui était exclu du bénéfice d'une pension d'invalidité, pension qui n'est versée qu'aux demandeurs disposant d'un logement. La Chambre des Lords a considéré que cette privation pouvait tomber sous le coup de l'article 1^{er} du Premier Protocole et de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais a jugé que la discrimination était justifiée. Le Secrétaire d'Etat a avancé pour sa défense que dans l'hypothèse des sans-abri, cette allocation sert davantage à subvenir aux premiers besoins et ne remplit pas son objectif principal qui est d'être un supplément de revenu pour compenser l'invalidité dont souffre le bénéficiaire. Les Lords ont, en outre, estimé que dans le domaine concerné, le bénéfice d'allocations sociales, le juge « devrait être très prudent lorsqu'il substitue son point de vue à celui de l'exécutif »⁶⁰.

2) La garantie des droits et libertés sur le fondement du HRA

Plusieurs décisions ont été rendues dans le domaine de la lutte contre le terrorisme ou en matière d'immigration.

Outre les décisions en matière d'ordonnances de contrôle, la protection des droits et libertés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme a, tout d'abord, été débattue au niveau législatif. Alors qu'en 2006, le Gouvernement avait introduit un amendement dans le *Terrorism Act 2006* afin d'étendre à quatre-vingt-dix jours la durée de détention d'une personne arrêtée dans le cadre d'une enquête en matière de lutte contre le terrorisme, les débats parlementaires avaient finalement conduit à la réduction de ce délai à vingt-huit jours, la détention au-delà des quatorze premiers jours devant faire l'objet d'une autorisation juridictionnelle. Un débat comparable a eu lieu au cours de l'année 2008⁶¹. Le Ministre de l'intérieur a annoncé le 6 décembre 2007⁶² la volonté du Gouvernement d'augmenter à quarante-deux jours la durée de détention préalable à une mise en accusation en justifiant cette proposition par le fait que la menace terroriste ne se réduisait pas et que la complexité des enquêtes en ce domaine se développait. Dans plusieurs rapports⁶³, le *Joint Committee on Human Rights* a fortement critiqué cette proposition qui n'était pas justifiée par un développement des menaces terroristes et a également dénoncé la fragilité des garanties existantes entourant l'extension du délai de détention provisoire à vingt-huit jours (notamment l'absence d'une audition pleinement contradictoire). Il a considéré que malgré le devoir du Gouvernement de lutter contre le terrorisme, l'atteinte à la liberté personnelle serait trop importante⁶⁴ et qu'il existait des alternatives à l'extension de la durée d'une détention

⁵⁸ *Ibid.* § 46

⁵⁹ *R (on the application of RJM) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Work and Pensions (Respondent)* [2008] UKHL 63.

⁶⁰ *Ibid.*, § 56.

⁶¹ A ce propos, cf. « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume-Uni », *Chronique, op. cit.*, pp. 343-354.

⁶² *Pre-Charge Detention of Terrorist Suspects, Home Office*, Décembre 2007.

⁶³ *Second Report, Session 2007-08, Counter-Terrorism Policy and Human Rights: 42 days*, HC 156, HL Paper 23 (hereafter 42 Days report); *Ninth Report, Session 2007-08, Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Eighth Report): Counter-Terrorism Bill*, HC 199, HL Paper 50; *Twentieth Report, Session 2007-08, Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Tenth Report): Counter-Terrorism Bill*, HC 554, HL Paper 108; *Twenty-first Report, Session 2007-08, Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Eleventh Report) 42 days and Public Emergencies*, HC 635, HL Paper 116 et , HC 1077, HL Paper 172.

⁶⁴ *Joint Committee on Human Rights, Second Report Counter-Terrorism Policy and Human Rights: 42 days*, 14 December 2007, HL 5/HC 72, § 1-23.

provisoire comme par exemple les ordonnances de contrôle. D'ailleurs, l'extension de la durée actuellement autorisée par le *Terrorisme Act 2006* au-delà de quatorze jours est très peu utilisée⁶⁵. Malgré cela, le *Counter terrorism Bill 2008*, déposé le 24 janvier 2008 devant la Chambre des communes, envisage de faire passer la détention provisoire en matière de terrorisme à quarante-deux jours⁶⁶ et même d'appliquer ce dispositif aux enquêtes en cours. Le projet de loi a été très critiqué car la proposition porte atteinte au droit des détenus d'être informé « promptement » des charges reposant contre eux. Il constitue, selon la Commission parlementaire mixte pour les droits de l'homme, un moyen inutile et disproportionné pour la protection du public et n'apporte pas suffisamment de garantie pour lutter contre l'arbitraire⁶⁷. Les nouvelles garanties ajoutées par le Gouvernement, comme par exemple un renforcement des conditions exigibles afin de démontrer l'existence d'un « besoin exceptionnel » pour étendre la durée de détention à quarante-deux jours ou encore une réduction du délais au cours duquel le Secrétaire d'état doit demander une autorisation parlementaire pour avoir recours au nouveau dispositif⁶⁸ sont considérées comme insuffisantes par la Commission⁶⁹. Cette dernière a finalement demandé à ce que cette disposition soit tout simplement retirée du projet de loi⁷⁰, ce qu'a fait le Gouvernement à la suite d'un vote négatif à la Chambre des Lords le 13 octobre 2008. Néanmoins, le Gouvernement a publié un avant-projet de loi contenant la proposition d'extension du délai de détention le *Counter-terrorism (temporary provision bill)* qui pourrait être déposé devant le Parlement « si nécessaire ».

La commission a, en outre, encore dénoncé les ordonnances de contrôle lors de l'examen de la demande de renouvellement annuel de ce dispositif prévu par le *Prevention of Terrorism Act 2005*⁷¹. Elle considère que le régime de ces ordonnances aurait pu être modifié en limitant notamment les assignations à domicile à douze heures par jour et en introduisant des dispositions permettant une audience équitable ou empêchant l'adoption de telles ordonnances dans l'hypothèse où le Secrétaire d'Etat n'a pas de chance raisonnable de pouvoir poursuivre avec succès l'intéressé pour un délit lié au terrorisme ou dans des affaires urgentes. A défaut de modifier le régime des ordonnances de contrôle, la Commission estime que des atteintes aux droits fondamentaux sont de nouveau susceptibles de se produire.

D'ailleurs, la Cour d'appel a rendu deux décisions relatives à la mise en œuvre des ordonnances de contrôle. Dans la décision *F*⁷² la Cour d'appel a examiné différentes affaires dans lesquelles les Cours inférieures ont interprété de façon différente la question de la compatibilité de la procédure d'audition préalable à une ordonnance de contrôle avec l'article 6 CEDH abordée dans la décision de la Chambre des Lords *MB*⁷³. Elle a formulé une ligne de

⁶⁵ *Joint Committee on Human Rights, Twenty-fifth Report Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Twelfth Report): Annual Renewal of 28 Days 2008*, 30 June 2008, HL 132/HC 825 et *Joint Committee on Human Rights, Thirtieth Report Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Thirteenth Report): Counter-Terrorism Bill*, 8 October 2008, HL 172/HC 1077, §23.

⁶⁶ A ce sujet, cf. notamment, Lord Steyn, « Civil Liberties in Modern Britain », *PL*, 2009, pp. 230-231.

⁶⁷ *Ninth Report Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Eighth Report): Counter-Terrorism Bill*, 7 February 2008, HL 50/HC 199, § 10-21; *Twentieth Report Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Tenth Report): Counter-Terrorism Bill HL*, 14 May 2008, 108/HC 554

⁶⁸ Cette autorisation n'est en réalité qu'une déclaration du Secrétaire d'état devant le parlement et non une condition préalable à l'extension de la durée de détention.

⁶⁹ *Twenty-first Report Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Eleventh Report): 42 Days and Public Emergencies*, 5 June 2008, HL 116/HC 635, §27-44.

⁷⁰ *Thirtieth Report Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Thirteenth Report): Counter-Terrorism Bill*, 8 October 2008, HL 172/HC 1077

⁷¹ *Tenth Report Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Ninth Report): Annual Renewal of Control Orders Legislation 2008*, 20 February, 2008 HL 57/HC 356.

⁷² *Secretary of State for the Home Department v. F* [2008] EWCA Civ. 1148

⁷³ *Secretary of State for the Home Department v. MB (FC) (Appellant)* [2007] UKHL 45. A ce sujet, cf. « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume-Uni », *Chronique, RFDC*, 2009, n° 79, pp. 649-666.

conduite quant à l'approche à adopter pour déterminer si le Secrétaire d'Etat à des motifs raisonnables de suspecter une activité terroriste de la part de l'intéressé. La Cour d'appel a considéré que le fait que l'ensemble des preuves ne soit pas divulgué pour des raisons de sécurité nationale n'était pas en soi contraire à l'article 6, mais elle a insisté sur la nécessité qu'un avocat spécialisé assiste la personne susceptible de faire l'objet d'une telle ordonnance. De plus, la Cour a considéré qu'une audition n'était, en principe, pas injuste en raison de l'absence de divulgation de l'ensemble des allégations et des preuves à l'encontre de la personne en cause. Elle précise par conséquent que seules les circonstances de chaque espèce permettent de déterminer si une audition est juste et conforme à l'article 6 CEDH et renvoie cette détermination à la *High Court*. En outre, dans l'affaire *AF (No2)*⁷⁴, la Cour d'appel a considéré qu'il était possible pour un juge, qui doit examiner la validité d'une ordonnance de contrôle, de tenir compte des éléments obtenus lors de l'audition réalisée dans le cadre de l'adoption d'une précédente ordonnance, mais qu'il n'était pas lié par ces éléments.

Des décisions assez protectrices du droit au respect de la vie privée et familiale dans le cadre de litiges en matière d'immigration ont, par ailleurs, été rendues par la Chambre des Lords⁷⁵. Cette dernière est revenue sur une approche restrictive adoptée par la Cour d'appel dans une affaire concernant la demande d'asile d'un garçon venant de Sierra Leone et son droit de rester sur le territoire afin de ne pas être séparé de sa famille. La Chambre des Lords a renversé la décision de la Cour d'appel qui considérait qu'il ne fallait pas tenir compte des implications de l'expulsion sur les membres de la famille, mais seulement de l'impact que cette expulsion pouvait avoir sur le requérant. Elle estime que la jurisprudence de la Cour EDH favorise une approche plus large et permet aux autorités examinant la demande d'asile de tenir compte de la famille comme un tout et, si l'expulsion est disproportionnée, de considérer l'ensemble des membres de la famille comme victimes de la violation de l'article 8 CEDH.

De même, dans la décision *Chikwamba*⁷⁶, la Chambre des Lords a statué en faveur de la requérante, une femme originaire du Zimbabwe ne bénéficiant pas du statut de réfugié. Le droit d'asile ne lui ayant pas été accordé en 2002, mais l'expulsion des demandeurs d'asile ayant été suspendue jusqu'en 2004, la requérante est restée sur le territoire, s'est mariée et a eu un enfant. La Chambre des Lords a considéré que la politique du Ministre selon laquelle la requérante devrait retourner au Zimbabwe pour ensuite demander un droit de séjour portait atteinte à son droit au respect de la vie familiale. En effet, un recours basé sur l'article 8 CEDH ne devrait pas être systématiquement écarté au motif qu'il serait proportionné et plus approprié pour le requérant de faire une demande de l'étranger. Les conditions de vie difficile au Zimbabwe et la rupture de la vie familiale de la requérante qui en résulterait violent donc l'article 8 CEDH et ne sont pas justifiées par des exigences d'un contrôle migratoire plus effectif.

Dans une autre affaire *EM*⁷⁷, la Chambre des Lords, a par ailleurs, examiné le cas de l'expulsion d'une femme ayant fui avec son enfant le Liban après avoir divorcé de son mari. Cette dernière n'a, à la suite du divorce, obtenu le droit de garde de son enfant que jusqu'à ce qu'il ait sept ans. La requérante n'aurait ensuite droit qu'à des visites contrôlées, la garde de son fils pouvant ensuite être confiée par le père à un homme de la famille. En l'espèce, la Chambre des Lords a jugé que l'expulsion de la requérante ne constituerait pas seulement une violation flagrante à son droit au respect de la vie familiale, mais contribuerait à lui dénier ce

⁷⁴ *Secretary of State for the Home Department v. AF(No.2)* [2008] EWCA Civ. 117.

⁷⁵ *Beoku-Betts v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 39 ; [2008] 3 WLR 166.

⁷⁶ *Chikwamba v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 40; [2008] 1 WLR 1420.

⁷⁷ *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 64; [2008] 3 WLR 931.

droit puisque la vie familiale qui s'est écoulée jusqu'alors serait là-bas totalement détruite. L'expulsion a donc été jugée contraire à l'article 8 CEDH.

B. L'effectivité du *HRA*

Le législateur est, tout d'abord, revenu sur la position de la Chambre des Lords dans l'affaire *YL v. Birmingham City Council*⁷⁸ à propos de la notion d'autorité publique. La Section 145 du *Health and Social Care Act 2008* prévoit désormais que des établissements privés de soin ayant passé un contrat avec des autorités locales sont des autorités publiques soumises au respect du *HRA*⁷⁹. Le Champ d'application organique du *HRA* est ainsi clarifié et étendu, ce qui accroît l'effectivité potentielle des droits conventionnels. En revanche, la correction des incompatibilités par le Gouvernement (1) et l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement du *HRA* (2) révèlent une efficacité très relative des mécanismes de garantie des droits prévus par le *HRA*.

1) La correction des incompatibilités

La correction des incompatibilités par le Gouvernement est caractérisée par une approche au cas par cas et un manque de systématisation qui nuit à une protection efficace des droits et libertés. En effet, certaines incompatibilités subsistent pendant plusieurs années avant d'être corrigées. Ces éléments donnent l'impression d'une garantie des droits et libertés « à la carte » fluctuant au grès des circonstances politiques et d'un manque de cohérence et de rigueur lorsqu'il s'agit de corriger les violations législatives à la CEDH.

Au cours de l'année 2008, le Gouvernement a corrigé plusieurs incompatibilités prononcées dans différentes affaires dont la plus ancienne remonte au 16 avril 2003. Dans l'affaire *R (on the application of M) v. Secretary of State for Health*, la *High Court*⁸⁰ a déclaré que les sections 26 et 29 du *Mental Health Act 1983*, qui ne laissent pas au malade choisir son « plus proche parent » (personne qui joue un rôle dans son internement), portaient atteinte à l'article 8 CEDH. En l'espèce, la personne désignée comme le « plus proche parent » de la requérante était son père adoptif qui avait abusé d'elle lorsqu'elle était enfant. La *High Court* a donc considéré que cette disposition portait atteinte à l'article 8 de la CEDH car la requérante n'avait pu choisir son plus proche parent et n'avait pas eu les moyens juridiques de contester cette désignation. Le Gouvernement a publié un projet de loi afin de corriger la disposition déclarée incompatible, mais ce projet a été retiré en raison d'une forte opposition à la réforme du *Mental Health Act 1983* au mois de mars 2006. Une nouvelle loi, le *Mental Health Act 2007*, a été adoptée. Ses sections 23 et 36, entrées en vigueur le 3 novembre 2008, corrigent donc plus de cinq ans après l'incompatibilité prononcée dans la décision *M*.

Une autre déclaration d'incompatibilité avait été prononcée, dans l'affaire *Gabaj* du 28 mars 2006⁸¹ dans laquelle la *High Court* a déclaré que la section 185(4) du *Housing Act 1996* était incompatible avec l'article 14 CEDH et l'article 8 CEDH. Elle opérait une discrimination sur le fondement de la nationalité en matière de demande prioritaire d'aide au logement. Le requérant n'avait pu en bénéficier car sa femme enceinte ne pouvait pas prétendre à cette aide étant donné qu'elle était soumise à une procédure de contrôle en matière d'immigration.

⁷⁸ *YL v. Birmingham City Council* [2007] UKHL 27.

⁷⁹ A ce sujet, cf. « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume-Uni », *Chronique, RFDC*, 2009, n° 79, pp. 654.

⁸⁰ *R (on the application of M) v. Secretary of State for Health* [2003] EWHC 1094 (Admin), [2003] All ER 672.

⁸¹ *R (Gabaj) v First Secretary of State, High Court*, 28 mars 2006 (non publiée). A ce sujet, cf. « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume-Uni », *Chronique, RFDC*, 2007, n° 70, pp. 343-354.

L'incompatibilité a été modifiée par le Protocole 15 du *Housing and Regeneration Act 2008*. Cependant, cette disposition constitue une correction *a minima* de l'incompatibilité. Elle ne place pas les demandeurs de logement social qui ont un membre de leur famille dont le statut au regard de la réglementation en matière d'immigration est incertain sur le même plan que les autres. En effet, cette disposition ne met pas à la charge des autorités locales un devoir de fournir un logement social à ces individus, comme cela est le cas pour les autres demandeurs. Elle écarte ce devoir si l'autorité locale parvient à trouver à l'individu un bail d'au moins douze mois avec un bailleur privé. Cette solution diffère du devoir général de fournir un logement social qui appartient à l'autorité locale envers les demandeurs qui ne sont pas dans cette situation. Dans leur cas, ce devoir ne peut tomber que si le demandeur accepte la proposition de location d'un logement privé⁸². Cette disposition, qui répond à l'incompatibilité prononcée dans les affaires *Morris*⁸³ et *Gabaj*, est susceptible d'être à l'origine d'une nouvelle déclaration d'incompatibilité en raison de la distinction qu'elle opère en fonction du statut des membres de la famille du demandeur de logement social⁸⁴. La réponse à la déclaration d'incompatibilité peut donc elle aussi se révéler incompatible avec les droits conventionnels.

Par ailleurs, dans la décision *Clift*⁸⁵, la Chambre des Lords a prononcé une déclaration d'incompatibilité de la Section 46(1) et 50(2) du *Criminal Justice Act 1991* car elle prévoit des modalités de libération anticipée de certains prisonniers différentes selon leur nationalité et opèrent une discrimination sur le fondement de l'article 5 CEDH. Les dispositions en cause avaient déjà été abrogées et remplacées par le *Criminal Justice Act 2003*, mais elles continuaient à s'appliquer de façon transitoire aux délits commis avant le 4 avril 2005. L'incompatibilité dans ces affaires transitoires a été réglée par une pratique administrative, puis supprimée par la Section 27 du *Criminal Justice and Immigration Act 2008* qui est entrée en vigueur le 14 juillet 2008.

Ces éléments démontrent que la correction des incompatibilités varie en fonction des affaires et est effectuée de façon pragmatique par le Gouvernement. Ce dernier ne corrige pas toujours efficacement les contrariétés aux droits conventionnels. La Commission parlementaire mixte pour les droits de l'homme a de nouveau appelé à ce que le Gouvernement réponde plus promptement aux déclarations d'incompatibilité⁸⁶.

La quatrième section, puis la Grande Chambre de la CourEDH, le 29 avril 2008, se sont d'ailleurs prononcées sur cette question dans l'affaire *Burden c. Royaume-Uni*⁸⁷. La CourEDH a indiqué, à propos des déclarations d'incompatibilité, que « le ministre n'est soumis à aucune obligation légale de modifier une disposition législative qu'un tribunal a déclarée incompatible avec la Convention. ». Elle remarque cependant qu'« [...] A un stade ultérieur, des signes d'une pratique établie et de longue date consistant pour les ministres à donner effet aux déclarations d'incompatibilité des tribunaux seront peut-être suffisants pour convaincre la Cour du caractère effectif de cette procédure. A l'heure actuelle, toutefois, il n'y

⁸² *Joint Committee on Human Rights, Thirty-first Report Monitoring the Government's Response to Human Rights Judgements: Annual Report 2008, op. cit.*, § 88.

⁸³ *R (Morris) v. Westminster City Council and First Secretary of State* [2005] EWCA Civ 1184; 14 octobre 2005.

⁸⁴ *Ibid.*, § 95.

⁸⁵ *R (on the application of Clift) v. Secretary of State for the Home Department ; Secretary of State for the Home Department v. Hindawi and another ; Secretary of State for the Home Department v. Hindawi and another (Conjoined Appeals)* [2006] UKHL 54

⁸⁶ *Joint Committee on Human Rights, Thirty-first Report Monitoring the Government's Response to Human Rights Judgements: Annual Report 2008, HL 173/HC 1078, 31 October 2008, §6.*

⁸⁷ CourEDH, 12 décembre 2006, *Burden c. Royaume-Uni*, Req. n° 13378/05 ; CourEDH, Grande Chambre, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, Req. n° 133378/05. A ce sujet, cf. M. Amos, « The Impact of the Human Rights Act on the United Kingdom's Performance Before the European Court of Human Rights », *PL*, 2007, p. 666.

a pas d'éléments suffisants pour justifier une telle conclusion »⁸⁸. La Cour juge donc que la procédure de déclarations d'incompatibilité n'est pas un recours effectif car elle repose du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, mais qu'une approche cohérente du Gouvernement dans les réponses aux déclarations d'incompatibilité pourrait la conduire à changer de position. Une stratégie gouvernementale plus cohérente et plus automatique à propos des déclarations d'incompatibilité est donc nécessaire afin de renforcer la garantie des droits et libertés.

2) L'octroi de dommages et intérêts

Outre la correction de l'incompatibilité d'une loi, certains requérants peuvent réclamer des dommages et intérêts sur le fondement de la section 8 du *HRA*. Ces dommages et intérêts sont cependant très rarement accordés⁸⁹. La Cour d'appel a examiné des demandes sur ce fondement dans les décisions *Savage*⁹⁰, *Rayners*⁹¹. Sa décision d'accorder des dommages et intérêts dans l'affaire *Van Colle*⁹² a cependant été renversée par la Chambre des Lords. Dans la première affaire, le requérant a réclamé des dommages et intérêts afin de réparer le préjudice né en raison du suicide de sa mère. Cette dernière s'était échappée d'un hôpital où elle était internée sur le fondement de la section 3 du *Mental Health Act 1982* et s'est ensuite suicidée. La Chambre des Lords⁹³ a jugé que le recours ne devait pas être déclaré irrecevable, mais que le requérant devait remplir les critères posés dans l'affaire *Osman*⁹⁴. Ainsi, il doit démontrer que l'autorité hospitalière, comme les autorités de police dans l'affaire *Osman*, connaissait ou aurait dû connaître l'existence d'un « risque réel et immédiat » de tentative de suicide de la patiente décédée et qu'elle n'a pas pris les mesures en son pouvoir qui pouvaient raisonnablement empêcher un tel risque. Bien qu'elle ne se soit pas prononcée en tant que tel sur le montant des dommages et intérêts, la question a été renvoyée devant les Cours inférieures qui statueront sur l'existence, en l'espèce, d'un tel risque, des moyens mis en œuvre par l'hôpital pour empêcher sa survenance et, le cas échéant, l'octroi de dommages et intérêts.

L'affaire *Rayner* impliquait la demande d'un patient de contrôle juridictionnel et de dommages et intérêts en raison du retard du *Secretary of State* pour renvoyer son cas devant le *Mental Health Review Tribunal*. La Cour d'appel a considéré que le recours du *Secretary of State* ne devait pas être immédiat, comme cela avait été évoqué par la *High Court*, mais qu'il ne pouvait utiliser le délai maximum d'un mois pour effectuer ce recours car la liberté de l'intéressé était en cause et que ce recours est le principal moyen pour déterminer la légalité de la détention du requérant. Compte tenu du fait que le requérant n'a pas d'accès direct pour

⁸⁸ *Ibid*, § 39.

⁸⁹ Des dommages et intérêts ont été accordés dans les affaires *R (Bernard) v. London Borough of Enfield* [2002] EWHC 2282 (Admin), [2003] HLR 27 et *R (KB) v. South London and South and West Region Mental Health Review Tribunal* [2003] EWHC 193 (Admin), [2003] 2 All ER 209, [2003] 3 WLR 185. A ce sujet, cf. M. Amos, « Damages for Breach of the Human Rights Act 1998 », *EHRLR*, 1999, n° 2, pp. 178-193; R. Clayton, « Remedies for Breach of Human Rights : Does the Human Rights Act Guarantee Effective Remedies ? », in J. Jowell et J. Cooper (dir.), *Delivering Rights, How the Human Rights Act is Working*, Hart Publishing, Oxford/Portland (Or.), 2003, pp. 147-177, « Damage Limitation : the Courts and Human Rights Act Damages », *PL*, 2005, pp. 429-439 et « The Human Rights Act Six Years On : Where are we now », *EHRLR*, 2007, n° 1, pp.25-26.. D. Feldman, « Remedies for Violations of Convention Rights under the Human Rights Act », *EHRLR*, 1998, pp. 691-71; I. Leigh et L. Lustgarten, « Making Rights Real : the Courts, Remedies and the Human rights Act », *CLJ*, 1999, pp. 509-545 ; J. Steele, « Damages in Tort and under The Human Rights Act : Remedial of Functional Separation ? », *CLJ*, 2008, pp. 606-634.

⁹⁰ *Savage v. South Essex Partnership NHS Foundation Trust* [2007] EWCA Civ. 1375.

⁹¹ *R (on the application fo Rayner) v. Serrcretary of State for Justice* [2008] EWCA Civ. 176.

⁹² *Van Colle v Chief Constable of Hertfordshire Police* [2007] EWCA Civ 325, [2007] 1 WLR 1821.

⁹³ *Savage v South Essex Partnership NHS Foundation Trust* [2008] UKHL 74; [2008] WLR 38.

⁹⁴ CourEDH, 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, Rec.1998-VIII.

contester la légalité de son internement devant un tribunal, le secrétaire d'Etat aurait dû agir avec diligence, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Tenant compte de l'approche pragmatique de la Cour européenne sur ces questions, la Cour d'appel a considéré que les juridictions britanniques devraient adopter une approche comparable. Elle a donc accordé des dommages et intérêts au requérant.

En revanche, dans l'affaire *Von Colle*⁹⁵, contrairement à la Cour d'appel qui a constaté la violation de l'article 2 par des autorités de police qui n'ont pas protégé un témoin menacé, puis tué par un criminel, la Chambre des Lords a jugé que le test posé dans l'arrêt *Osman* lorsque la police manque à son devoir de protection n'était pas satisfait. Les Lords ont interprété les faits différemment de la Cour d'appel. Ils ont considéré que le test posé par l'arrêt *Osman* exigeait davantage qu'une simple examen de négligence de la part des autorités de police et que les menaces formulées n'étaient pas « réelles et immédiates ». Les parents de la victime, qui avaient obtenu des dommages et intérêts devant la Cour d'appel, ont finalement été déboutés. Cette position peu protectrice des droits conventionnels marque un retour de la Chambre des Lords à sa jurisprudence orthodoxe lorsqu'il est question d'engager la responsabilité des forces de police pour négligence⁹⁶.

Au final, la garantie des droits et libertés varie en fonction de la déférence dont font preuve les juridictions dans certains domaines, mais aussi des corrections et dommages et intérêts accordées aux victimes de violations. Le caractère aléatoire de ces réparations révèle l'efficacité relative de la mise en œuvre des mécanismes de protection prévus par le *HRA*.

⁹⁵ *Van Colle v. Chief Constable of Hertfordshire* [2008] UKHL 50; [2008] 3 All E.R. 977.

⁹⁶ A ce propos, cf. J.R. Spencer, « Suing the Police for Negligence : Orthodoxy Restored », *CLJ*, 2009, pp. 25-27.