



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, 2017, 3 (111), pp.749-787. hal-03637696

HAL Id: hal-03637696

<https://amu.hal.science/hal-03637696>

Submitted on 9 May 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
L'actualité constitutionnelle dans les pays
de *common law* et de droit mixte : Royaume-Uni

Revue française de droit constitutionnel, 2017, n°111, pp. 749 à 787

AURELIE DUFFY-MEUNIER

La chronique de l'année 2014, qui sera suivie, d'ici la fin de l'année 2017, par un retour sur l'actualité constitutionnelle britannique au cours des années 2015 et 2016, témoigne d'une richesse particulière. Si la dimension institutionnelle de cette actualité a été marquée par le référendum sur l'indépendance de l'Écosse, la défiance du Gouvernement à l'égard de l'Europe en constitue également un trait saillant. Le contentieux a été caractérisé par un certain nombre de décisions importantes concernant la garantie substantielle et les sources de protection des droits et libertés, mais portant également sur les rapports entre le droit public britannique et les droits de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

I - LES EVOLUTIONS INSTITUTIONNELLES

A - LES EVOLUTIONS INSTITUTIONNELLES AU NIVEAU CENTRAL

Une nouvelle étape a ponctué le projet de réforme au long cours de la Chambre des Lords avec l'adoption du *House of Lords Reform Act 2014* qui prévoit un dispositif relatif à la démission, à l'absentéisme et à l'expulsion, dans certaines circonstances, des membres de la Chambre des Lords. Contrairement à ce que l'intitulé du texte laisse supposer, cette loi ne constitue pas une refonte d'ensemble de la Chambre des Lords, mais une réforme *a minima*. Après l'abandon du projet de réforme globale de la Chambre des Lords par le Gouvernement de coalition en 2012, ce *Private Member's Bill* d'initiative parlementaire a été – chose rare pour les propositions en ce domaine – déposé par le député conservateur Dan Byles à la Chambre des Communes et non à la Chambre des Lords¹. Son champ d'application limité a d'ailleurs été à l'origine du succès de ce texte dont les principales dispositions n'ont pas rencontré d'obstacle lors des débats². En effet, sans résoudre la question lancinante de la désignation et de la composition de cette institution ancestrale, la loi porte sur des questions spécifiques, qui visent à réduire le nombre de membres de la Chambre et à renforcer son « intégrité »³.

Aurélie Duffy, Maître de conférences HDR, université Paris II Panthéon-Assas

¹ Le texte est presque identique à la proposition déposée lors de la session 2012-2013 par Lord Steel of Aikwood qui a déposé à six reprises une proposition de réforme de la Chambre des Lords contenant des dispositions très similaires.

² À propos de cette démarche et des débats préparant la réforme cf. *House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, House of Lords Reform : What Next ?*, 9th Report, HC 251, 17th October 2013. Cf. également pour une présentation générale de ce texte : R. Kelly, *House of Lords Reform Act 2014*, Briefing Paper n° 06832, 1 July 2016 disponible sur : <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06832>.

³ M. Ryan, « Bills of Steel: The House of Lords Reform Act 2014 », *PL*, 2015, p. 560.

La question de la taille de la Chambre des Lords est particulièrement problématique dans la mesure où les membres de cette Assemblée ne sont pas élus démocratiquement. Ses 801 membres⁴ en font la Chambre haute la plus importante au monde à l'exception de l'Assemblée populaire de Chine, ce qui confine au ridicule aux dires du *Lord Speaker*, la Baronne D'Souza⁵. Le fonctionnement et le financement d'une Chambre d'une telle dimension posent des difficultés⁶. Les solutions les plus radicales pour réduire le nombre de pairs ont été écartées au profit d'un dispositif fondé sur le volontariat. Les propositions de démission obligatoire pour certains pairs (sur le fondement de leur âge ou de leur ancienneté dans la Chambre) ou l'idée de fixer un seuil maximum de pairs susceptibles de voter ont également été exclues. Jusqu'à présent, il n'existait pas de dispositif officiel concernant l'âge de départ à la retraite ou la démission des Lords temporels. Ils bénéficiaient d'un dispositif informel leur permettant, depuis une résolution de la Chambre du 27 juin 2011, de demander une autorisation permanente d'absence alors que les Lords spirituels quittent la Chambre à 70 ans lorsqu'ils atteignent l'âge de la retraite. La section 1(1) de la loi leur offre cette possibilité à condition d'en avertir le Clerk du Parlement, d'indiquer la date de démission et de faire signer cette notification par un témoin. Une fois la démission présentée, il est impossible de revenir dessus. Cette disposition soulève certaines questions. D'abord, le fait d'autoriser une démission volontaire des pairs modifie la composition de la Chambre et par là même le poids des forces politiques en présence entourant d'incertitude et d'aléa les votes à la Chambre des Lords. Le statut des membres de la Chambre se trouve, ensuite, modifié car la possibilité de démission a pour effet de dissocier le « lien historique »⁷ entre le statut de pair et la participation à vie aux travaux de la Chambre des Lords puisqu'en cas de démission, les membres conservent tout de même le statut de pair. Il a, enfin, été souligné que la loi ne prévoit aucun délai entre la démission des Lords et l'accès à la fonction de député, ce qui pourrait transformer la Chambre des Lords en un tremplin pour accéder aux Communes et affecter le rôle de la Chambre haute. En pratique, cette disposition n'a pas eu l'effet escompté de réduire drastiquement le nombre de pairs. Ils n'ont été que 58 à démissionner depuis l'adoption de la loi.

Les deux autres dispositions de la loi ont cherché à améliorer la réputation de la Chambre en luttant contre l'absentéisme et en sanctionnant les membres coupables de condamnations pénales graves. Sur le premier point, la section 2 de la loi prévoit qu'un pair à vie qui n'a pas demandé d'autorisation d'absence et qui n'a pas participé aux travaux de la Chambre durant une session de six mois ou plus peut en être exclu. Un tel dispositif peut être écarté en « cas de circonstances exceptionnelles ». Cette disposition vise ainsi à préserver l'image de la Chambre et dans le même temps à réduire le nombre de ses membres. La difficulté réside dans le fait que cette sanction ne peut être mise en œuvre dans l'hypothèse où le député ferait acte de présence une seule fois durant cette période six mois. Loin de favoriser la réduction du nombre de Lords, ce texte pourrait avoir un effet inverse en les incitant à participer au débat par crainte d'être exclus de la Chambre. En pratique, la section 2 a donné lieu à l'exclusion de quatre pairs seulement.

La dernière mesure porte sur l'expulsion des membres, Lords temporels ou Lords spirituels, dans l'hypothèse où ils seraient condamnés pour une infraction grave si le *Lord speaker* certifie qu'ils ont été condamnés pour une infraction pénale et condamnés à une

⁴ Ce nombre ne tient pas compte des 24 membres qui ont fait une demande d'autorisation d'absence, cf. <http://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/lords/>.

⁵ Baroness D'Souza, « We're in danger of becoming a place of ridicule. », *The Times*, February 6, 2013, p. 20.

⁶ M. Ryan, « Bills of Steel: The House of Lords Reform Act 2014 », *op. cit.*, p. 561.

⁷ *Ibid.*, p. 565

détention indéfinie ou à une peine de prison supérieure à un an. Cette disposition bienvenue permet d'aligner le statut des Lords sur celui des députés puisque, contrairement aux Communes, la Chambre des Lords n'avait jusqu'à présent pas le pouvoir d'exclure l'un de ses membres. Il pouvait, en effet, paraître choquant qu'aucun dispositif législatif n'encadre le statut de ces membres du Parlement non élus dans l'hypothèse d'une infraction grave.

La loi de 2014 est, en définitive, à l'origine « d'avancées modestes » et ne se limite à réaliser qu'un « léger abattage sur les bancs rouges »⁸. Elle résout des questions certes importantes, mais très ciblées, sans solutionner le principal problème de la Chambre des Lords, qui réside essentiellement dans le mode de désignation de ses membres. En effet, les questions liées à la taille de la Chambre haute et par conséquent le problème de la démission de ses membres ne se poseraient si les membres étaient élus pour un mandat d'une durée déterminée. En outre, la question de l'absentéisme serait sans doute solutionnée par un mode d'élection démocratique. Contrairement à un candidat qui se serait présenté pour siéger au Parlement, certains pairs pouvaient, en effet, accepter l'honneur qui leur est fait d'obtenir une telle distinction, mais ne pas forcément vouloir endosser la responsabilité de participer aux débats parlementaires, qui va de pair avec leur statut de Lord à vie. Ces avancées, qui constituent une étape supplémentaire vers une certaine normalisation de cette Assemblée, laissent toutefois un goût d'inachevé tant que la question de la désignation et, plus largement, de la démocratisation de la Chambre des Lords ne sera pas réglée.

Un autre texte de loi a eu pour objet de rénover la vie politique en renforçant la transparence dans le processus décisionnel à Westminster et lors des campagnes électorales. Le *Transparency of Lobbying, Non-party Campaigning and Trade-Union Administration Act 2014* a établi un régime législatif imposant aux groupes de pression consultés d'être enregistrés sur un registre des lobbys sous peine de sanction pénale. Le Registre concerne les entreprises, les sociétés, les personnes privées, mais exclus les conseillers spéciaux de la liste des lobbys a été écartée. Il est tenu par un Greffier des lobbyistes consultés (*Registrar of Consultant Lobbyists*) désignés par le Gouvernement. La loi vise également à renforcer la réglementation des campagnes électorales et l'intervention des organes qui n'appartiennent à aucun parti politique (*Non-party Campaigning*) ou encore à augmenter les exigences législatives qui s'imposent aux syndicats à propos de l'actualisation de la liste de leurs membres. Cette loi va limiter les possibilités des organes ne relevant d'aucun parti politique de faire campagne, car ces derniers devront être enregistrés auprès de la Commission électorale en fonction du montant qu'ils dépensent dans la campagne. La Commission mixte sur les droits de l'Homme a dénoncé le manque de clarté de la deuxième partie du projet de loi relatif aux campagnes en estimant que cette disposition avait un effet dissuasif qui affecterait leurs libertés d'expression, d'association et de manifestation. Elle a également insisté sur le fait que les campagnes électorales peuvent être inhibées par l'encadrement des activités, la réduction des dépenses et par l'abaissement du seuil nécessaire à l'enregistrement d'un organe pouvant faire campagne. Si le Président de la Commission accepte le principe sous-tendant ce projet de loi, il a dénoncé un abus concernant la procédure législative et le contrôle parlementaire puisque ce texte n'a pas pu faire l'objet d'un rapport parlementaire en du recours à la procédure d'urgence. Le Comité a demandé que la procédure soit suspendue, ce qui ne fût pas le cas, afin de consulter certaines institutions compétentes comme la Commission électorale et la Commission sur la société civile. À défaut, elle demande de supprimer le seuil exigé pour être enregistré afin de faire campagne et de réduire les limites de

⁸ Colin R. Munro, « A slight cull on the red benches », *Scots Law Times*, 2014, p. 83.

dépenses pour les laisser à leur niveau actuel⁹. En outre, des inquiétudes se sont manifestées lors de la discussion portant sur l'effet que la loi pourrait avoir sur les activités des églises, qui, en tant qu'organismes de bienfaisance ne se verraient pas appliquer la première partie de la loi sur l'enregistrement des lobbys, qui s'applique aux seuls organismes commerciaux. La deuxième partie de la loi pourrait toutefois limiter la faculté des congrégations de laisser leurs locaux pour des campagnes électorales et pour les églises de faire campagne pour lutter contre la pauvreté ou le droit d'asile.

B - LES EVOLUTIONS INSTITUTIONNELLES AU NIVEAU LOCAL

Ces évolutions ont été marquées par un approfondissement et des éclaircissements jurisprudentiels concernant la dévolution galloise. Le *Wales Act 2014* a procédé à quelques aménagements institutionnels relatifs à l'élection et à l'organisation de l'Assemblée nationale du Pays de Galles, au Gouvernement gallois de façon plus générale et à la dévolution de nouvelles compétences fiscales. La durée du mandat de l'Assemblée passe de quatre à cinq ans afin d'éviter toute discontinuité avec les élections législatives nationales. Elle favorise un certain cumul en supprimant les restrictions empêchant les candidats aux élections à l'Assemblée galloise de se présenter également dans une circonscription et dans une liste régionale. Elle interdit en revanche le cumul des mandats de député gallois avec celui de membre de la Chambre des Communes. Le Gouvernement de l'Assemblée du Pays de Galles est désormais dénommé Gouvernement gallois. Le texte précise, en outre, la situation du Premier ministre entre le moment de la dissolution de l'Assemblée et celui de l'élection d'une nouvelle Assemblée. La dévolution de compétences fiscales en de nouveaux domaines témoigne du mouvement d'approfondissement de l'autonomie des collectivités dévolues, de façon générale, et du Pays de Galles en particulier. Les taxes sur les timbres, les activités commerciales et l'enfouissement pourront être remplacées par de nouvelles taxes par l'Assemblée Galloise. D'autres impôts pourront être dévolus avec l'accord du Parlement britannique et de l'Assemblée galloise. La loi prévoit également la tenue d'un référendum portant sur les aspects de l'impôt sur le revenu qui pourraient être dévolus.

La Cour suprême s'est prononcée sur la répartition des compétences entre l'Assemblée galloise, telle que prévue par le *Government of Wales Act 2006 (GWA 2006)* et le Parlement de Westminster à propos d'un projet de loi relatif à la réglementation des salaires en matière agricole¹⁰. La question posée par l'*Attorney General* pour l'Angleterre et le Pays de Galles à la Cour suprême sur le fondement de la section 112(1) du *GWA* était de savoir si l'*Agricultural Sector (Wales) Bill 2012* relevait de la compétence dont l'Assemblée Galloise dispose en matière agricole. L'Assemblée Galloise se fondait sur la section 108 et l'annexe 7 du *GWA 2006* qui lui donne compétence pour adopter des lois relatives, notamment, à l'agriculture, l'horticulture, la sylviculture et la pêche. L'*Attorney General* avançait, quant à lui, que la loi ne portait pas tant sur l'agriculture que sur l'emploi et les relations industrielles, compétences qui n'ont pas été transférées à l'Assemblée galloise. La Cour était ainsi confrontée à une question d'interprétation de la loi transférant des compétences à l'Assemblée galloise. La résolution de cette question était importante en ce qu'elle devait avoir un impact sur la répartition des compétences entre Westminster et Cardiff et plus largement sur l'équilibre des pouvoirs entre le pouvoir central et cette collectivité dévolue.

⁹ *Joint Committee on Human Rights, Transparency of Lobbying, Non-party Campaigning and Trade Union Administration Bill*, 5th report, HL 61/HC 755, October 18, 2013.

¹⁰ *Agricultural Sector (Wales) Bill - Reference by the Attorney General for England and Wales* [2014] UKSC 43.

Rappelant la jurisprudence antérieure et les principes relatifs à l'interprétation du *GWA 2006* établis par Lord Hope¹¹, Lord Reid et Lord Thomas soutenus par l'ensemble des autres *Justices*, ont souligné qu'une telle question devait être réglée en se fondant sur les règles posées par le texte des sections 108 et de l'annexe 7 du *GWA 2006*. Ils estiment que la « signification constitutionnelle majeure » de cette loi ne peut être un guide d'interprétation et qu'elle doit être interprétée comme toute autre loi. Ainsi, le Parlement a fixé dans le *GWA 2006* des domaines de compétence transférés ou interdits. Il fallait donc tenir compte de l'objectif de la loi pour éclairer le sens de ses termes. Avançant les principes de « transparence et d'ouverture démocratique qui doit avoir lieu lors de la procédure législative »¹², ils précisent, d'ailleurs, qu'ils n'utiliseront pas les lettres, non publiées, échangées par le Secrétaire d'Etat au Pays de Galles et les Ministres du Gouvernement gallois car elles n'ont jamais été utilisées devant le Parlement. La Cour rappelle les différentes étapes du transfert de compétence, d'abord exécutif, puis législatif, réalisé au Pays-de Galles, à la suite du référendum de 2011. Elle mentionne également le principe des compétences d'attribution déléguées à l'Assemblée galloise à l'inverse du modèle des compétences de principe, réservées à l'Écosse et à l'Irlande du Nord. L'Assemblée peut, en vertu des sections 108(1) à 108(4) du *GWA 2006*, adopter des lois à plusieurs conditions. Il faut qu'elles portent sur un ou plusieurs domaines listés dans la première partie de l'annexe 7 de la loi de 2006 et qu'elles ne relèvent pas de l'une des exceptions prévues par cette disposition. Il faut également qu'elle s'applique au Pays de Galles et ne tende pas à attribuer, imposer, modifier ou supprimer des compétences qui ne sont pas exercées en relation avec le Pays de Galles. En l'espèce, s'ajoutent à la compétence de l'Assemblée en matière agricole, des exceptions qui portent sur des questions spécifiques liées au développement économique¹³, au régime de retraites professionnelles ou des questions spécifiques en matière d'emploi¹⁴ et en particulier de rémunération des employés, mais le dispositif ne prévoit pas d'exception générale en matière de rémunération. La Cour souligne que les différentes phases de la dévolution ont renforcé de façon significative les compétences législatives de l'Assemblée et qu'elles doivent être interprétées au regard du texte de la loi et non en se référant aux deux premières phases de la dévolution. Seules les sections 108 et l'annexe 7 doivent donc être prises en compte, afin de savoir si la loi portait sur l'un des domaines prévus par l'annexe 7, c'est-à-dire l'agriculture. Aucune définition de l'agriculture n'étant donnée dans la loi, les *Justices* se sont fondés sur la définition de dictionnaires qui la définissent comme une « science ou une occupation destinée à cultiver la terre et élever le bétail » ou une « science ou une pratique consistant à cultiver le sol et à élever des animaux »¹⁵. Mais la question plus précise était de savoir si dans le contexte de la loi, l'agriculture pouvait être entendue en se référant seulement à cette définition ou dans un sens plus large s'étendant à sa dimension économique.

En l'espèce, les juges ont considéré, au regard de ces différents principes d'interprétation, que le projet de loi « portait » bien (« *relates to* »), comme l'indique l'annexe, sur l'agriculture dans un sens large car elle avait bien plus qu'« une connexion lointaine ou indirecte » que le terme « *relates to* » impliquait¹⁶. Le processus de consultation,

¹¹ *Local Government Byelaws (Wales) Bill 2012, Reference by the Attorney General for England and Wales* [2012] UKSC 53; [2013] 1 AC 792, §§ 78 -81, *Martin v. Most* [2010] UKSC 10 §§44-53; *Imperial Tobacco v. Lord Advocate* [2012] UKSC 61.

¹² *Agricultural Sector (Wales) Bill - Reference by the Attorney General for England and Wales* [2014] UKSC 43, § 39.

¹³ § 32.

¹⁴ Elles concernent les pertes d'emploi ou de fonction, les compensations en cas de perte ou de diminution de salaire ou des avantages en cas de décès ou d'incapacité.

¹⁵ *Agricultural Sector (Wales) Bill - Reference by the Attorney General for England and Wales* [2014] UKSC 43, § 48.

¹⁶ *Ibid.*, § 50.

qui a conduit à l'adoption de la loi, a montré qu'elle pouvait porter sur la régulation des salaires et de l'industrie, ce qui concerne des questions qui n'ont pas été dévolues¹⁷. Ces questions n'étant pas listées dans les champs faisant exception à la compétence de l'Assemblée, les *Justices* ont estimé que la loi n'entendait pas établir de limitation à la compétence galloise dans le domaine de l'agriculture¹⁸. La Cour a poursuivi en indiquant que la loi pouvait être considérée comme portant bien sûr la question agricole et relever de l'Assemblée galloise, même si elle concernait dans le même temps des domaines qui ne font pas partie des compétences déléguées ou des compétences présentées comme des exceptions aux compétences transférées. D'après la Cour, ce cas est exceptionnel car la loi prévoit un nombre considérable d'exceptions au rang desquels l'emploi et les relations industrielles ne sont pas mentionnés. La Cour a ainsi rejeté l'interprétation de l'*Attorney General* selon lequel il ne s'agissait pas tant d'agriculture que d'emploi et de questions industrielles. Elle a ainsi jugé, en adoptant une interprétation littérale du *GWA 2006*, que la loi galloise sur l'agriculture pouvait relever de deux domaines, l'un dévolu et l'autre réservé, à condition qu'elle tombe dans le champ de l'une des compétences attribuées par le *GWA 2006* et qu'elle ne relève d'aucune des exceptions à sa compétence. Une loi galloise n'a donc pas à être exclusivement rattachée à une seule compétence dévolue. Elle juge ainsi que l'interprétation de l'*Attorney General* consisterait à ajouter une nouvelle exception, relative à la rémunération des salariés ou à l'emploi de façon générale, à celles qui sont prévues par la loi. Elle s'y est opposée, car cela restreindrait les pouvoirs de l'Assemblée galloise dans des domaines qui lui ont été délégués. Au terme de cette argumentation, la Cour suprême adopte ainsi une interprétation des textes favorable aux compétences de l'Assemblée Galloise.

Le référendum écossais du 18 septembre 2014¹⁹ a constitué l'un des moments forts de la vie politique britannique de ces dernières années, comme en témoigne le taux de participation record de 84,7 %. Ce référendum a été annoncé après la victoire du Parti national écossais lors des élections législatives locales de 2011. Il s'est structuré entre les partisans de l'indépendance conduits par le mouvement *Yes Scotland*, distinct du *Scottish National Party*, qui souhaitait mettre un terme à l'Union tout en maintenant des relations privilégiées avec l'Angleterre et entendait établir l'organisation de l'Ecosse grâce à une Constitution écrite. S'opposait à l'indépendance une organisation constituée autour d'une alliance contre nature des trois partis unionistes, les conservateurs, les libéraux démocrates et les travaillistes, appelée *Better Together*. Malgré les velléités indépendantistes écossaises et l'implication tardive de David Cameron en faveur du non, les électeurs ont répondu à 55,5 % par la négative à la question suivante : « L'Ecosse devrait-elle être un pays indépendant ? ».

L'organisation et le résultat de ce référendum révèlent que, malgré certaines fragilités, le Royaume reste uni et montrent également que son organisation territoriale reste toujours, malgré la dévolution, centralisée. Le référendum a, en effet, été organisé par le niveau central et local puisqu'il a nécessité un accord entre les Gouvernements britannique et écossais, formalisé dans les accords d'Edinbourg le 15 octobre 2012. L'objectif de ces accords était d'autoriser le Gouvernement écossais à organiser le référendum afin qu'il constitue

¹⁷ *Ibid.*, §§ 50-53.

¹⁸ *Ibid.*, §59.

¹⁹ S. Tierney, « Direct democracy In the United Kingdom: reflections from the Scottish independence referendum », *PL*, 2015, pp. 633-651 et, sur les phases préparatoires au referendum, E. Camp-Pietrain, « Le référendum d'autodétermination en Ecosse », *RFDC*, 2013, n°2, pp. 259-267; *House of Lords Constitution Committee report, Scottish independence: constitutional implications of the referendum*, HL 188, 16 May 2014; *Scottish Affairs Committee, The Referendum on Separation for Scotland: no doubt-no currency union*, HC 499, 21 July 2014; *Our Borderlands, Our Future*, HC 556, 14 July 2014 et *The Referendum on Separation for Scotland: Implications for : Scotland's Membership for the EU*, HC 1241, 27 May 2014.

l'« expression décisive de l'opinion du peuple écossais et un résultat que tout le monde respectera »²⁰.

Cet accord montre, en premier lieu, que le référendum a nécessité une initiative du Gouvernement central pour habiliter le Gouvernement écossais à organiser un référendum d'autodétermination. Ce dernier a d'ailleurs publié un document posant un certain nombre de conditions pour organiser le futur de l'Ecosse²¹. À la suite de cet accord, le référendum a été organisé par deux textes de loi. La première, le *Scottish Independence Referendum Act 2013*, a une portée générale puisqu'elle vise non seulement à prévoir le référendum, mais aussi les conditions pour être électeur, les règles relatives à l'organisation des élections, à la campagne électorale, à l'information des électeurs ou encore la commission électorale. Au-delà de sa dimension pratique, cette loi témoigne tout de même de la centralisation qui règne au Royaume-Uni. En effet, sa première section, qui indique qu'« un référendum doit être tenu en Ecosse sur une question relative à l'indépendance de l'Ecosse », montre bien que ce référendum n'est possible que parce qu'il est autorisé par le Parlement de Westminster. Le principe de souveraineté du Parlement explique cette disposition. Dans un système dominé par ce principe, il revient au Parlement britannique d'autoriser le recours au référendum relatif à l'indépendance d'une entité dévolue, même après un accord bipartite entre l'Ecosse et le Gouvernement de Westminster. Le Parlement de Westminster est, en effet, compétent pour donner l'autorisation de passer par un référendum plutôt que par une loi, ce qui est la règle dans ce système. Il est également le seul compétent pour autoriser une entité dévolue à poser la question de son indépendance à ses électeurs.

Le processus par lequel le référendum a été décidé révèle, en second lieu, une association assez étroite du Gouvernement écossais qui a été chargé de formuler la question ou encore de régler des questions importantes en matière de financement du référendum et de dépenses électorales après que les deux gouvernements ont donné leurs préférences. La date du référendum a été fixée par le Gouvernement écossais, sous réserve qu'il ait lieu avant la fin de l'année 2014, comme l'imposait l'accord d'Edimbourg. Les référendums organisés par Westminster sont réglementés par le *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* et contrôlé par la Commission électorale, qui a des compétences en matière de financement, de dépenses électorales ou encore concernant l'établissement et l'intelligibilité de la question posée. Cette loi ne s'est pas appliquée en tant que telle au référendum écossais, mais les principes qu'elle pose et le rôle de la Commission électorale ont inspiré le *Scottish Independence Referendum Act 2013* et le *Scottish Independence Referendum (franchise) Act 2013*. Le régime général des campagnes électorales s'est ainsi adapté au cas de figure écossais²². Le Gouvernement écossais, par exemple, envoyé la question qu'il souhaitait poser à la Commission électorale, qui lui a demandé de reformuler, ce qui a été pris en compte par le Gouvernement écossais. Un certain nombre de principes se sont appliqués à ce référendum. D'abord, le droit de vote a été conditionné par la résidence et s'est étendu aux citoyens européens résidant en Ecosse alors que les Écossais résidant dans les autres territoires britanniques n'ont pas été admis à voter. Il s'est ensuite, pour la première fois au Royaume-Uni, étendu aux personnes de moins de 18 ans. Le nombre de personnes inscrites sur les listes électorales a été particulièrement important, avec 97 % de l'électorat, tout comme la participation de 84,7 % qui a constitué le plus fort taux de participation depuis l'introduction du suffrage universel au Royaume-Uni. Le financement et les dépenses de campagne ont été encadrés par le *Scottish Independence Referendum Act 2013*, qui établit les catégories

²⁰ *Her Majesty's Government, Scottish Government, Agreement on a referendum on Independence for Scotland*, Edimbourg, Stationery Office, 15 October 2012.

²¹ *Scotland Office, Scotland Constitutional Future*, Edimbourg, Stationery Office, 2012, CM 8203, p. 7.

²² S. Tierney, « Direct democracy In the United Kingdom: reflections from the Scottish independence referendum », *op. cit.*, p. 14.

d'acteurs autorisées à financer la campagne ainsi que les différentes catégories de dépenses de campagne.

Les partisans de l'Union ont, en définitive, été les vainqueurs de ce scrutin au détriment de l'indépendance. Cette victoire a notamment pu s'expliquer par la crainte de ne plus être membre de l'Union européenne. Aujourd'hui, la perspective du Brexit soulève une problématique bien différente puisque l'Ecosse envisage, au contraire, l'indépendance pour rester dans l'Union européenne. Les *leaders* des partis unionistes avaient promis que si l'issue du référendum était négative, ils proposeraient de renforcer l'autonomie législative de l'Ecosse par la dévolution de compétences supplémentaires au Parlement écossais. La Commission Smith a été mise en place afin de mettre en œuvre cet engagement. Sa mission est d'organiser des discussions entre les partis et de publier des recommandations pour renforcer la dévolution de pouvoirs au Parlement écossais. Les recommandations ont porté sur le développement des compétences en matière financière, sociale et fiscale et sur l'augmentation des pouvoirs du Parlement écossais. Les gouvernements écossais et britannique ont respectivement publié leurs propositions²³, qui ont constitué une avancée supplémentaire vers le dépôt d'un projet de loi, le *Scotland Bill*, à la suite des élections législatives de mai 2015.

C - LES EVOLUTIONS INSTITUTIONNELLES AU NIVEAU EUROPEEN

1) Les rapports avec le droit de l'Union européenne

Les rapports entre le Royaume-Uni et l'Union européenne ont fait l'objet d'évolutions institutionnelles et de confirmations jurisprudentielles. Au niveau institutionnel, le Royaume-Uni confirme son statut dérogatoire. La période transitoire pour l'Espace de liberté de sécurité et de justice s'est terminée le 1^{er} décembre 2014. À cette date, le droit de la coopération policière et judiciaire en matière pénale a basculé dans le régime juridique prévu par l'article V du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne. Le Protocole n° 36 au Traité de Lisbonne est ainsi à l'origine d'une « lisbonnisation »²⁴ du droit de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice qui le « normalise » en le faisant relever des compétences de la Commission et de la Cour de Justice de l'Union européenne ainsi que de la procédure législative ordinaire. Le Royaume-Uni a cependant bénéficié d'un statut spécifique puisque l'article 10 al. 4 et 5 du Protocole 36 lui reconnaît la possibilité d'avoir recours à des mécanismes d'*opt-in* et d'*opt-out* afin de sélectionner les textes qu'il souhaite se voir appliquer. Il a ainsi fait jouer son *opt-out* en notifiant en juillet 2013 sa décision de ne pas être lié par les attributions de la Commission et de la Cour. Cette notification a eu pour conséquence de priver d'effet les actes relevant de l'ex-troisième pilier, à l'exception de ceux qui ont été « lisbonnés ». Mais il est paradoxalement « revenu par la fenêtre »²⁵ grâce à l'article 10 al. 4, qui lui permet « à tout moment par la suite, [de] notifier au Conseil son souhait de participer à des actes qui ont cessé de s'appliquer à son égard conformément au

²³ *Proposals for more powers for the Scottish Parliament*, 10 October 2014 disponible sur <http://www.gov.scot/Publications/2014/10/2806> et *The Parties' Published Proposals for Further Devolution of Powers to the Scottish Parliament*, 13 October 2014, Cm 8946 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/363236/Command_paper.pdf; *Scotland in the United Kingdom: An enduring settlement*, Januray 2015, Cm8990, disponible sur https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/397079/Scotland_EnduringSettlement_acc.pdf.

²⁴ H. Labayle, « Fin de période transitoire pour l'Espace de liberté: le début d'un nouveau cycle? », disponible sur <http://www.gdr-elsj.eu/2014/11/26/cooperation-judiciaire-penale/fin-de-periode-transitoire-pour-lespace-de-liberte-le-debut-dun-nouveau-cycle/>.

²⁵ *Ibid.*

paragraphe 4, premier alinéa ». Grâce à ce dispositif d'*opt-back-in*, le Royaume-Uni a notifié, le 24 juillet 2014, les 35 mesures de l'acquis du troisième pilier qu'il a souhaité se voir appliquer. Il s'agit des mesures les plus importantes en ce domaine notamment les dispositions de la Convention Schengen sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale, celles du système d'information Schengen ou encore de dispositions relatives au mandat d'arrêt européen, à Europol ou Eurojust. Ces mesures, qui s'expliquent par une crainte des Britanniques d'une « mainmise européenne »²⁶ sur le droit de *common law* dans le domaine pénal, révèlent l'approche britannique caractérisée par un « pick-and-choose »²⁷ des dispositifs européens qui constitue un pas de plus vers sa sortie de l'Union européenne.

Au niveau jurisprudentiel, l'importante décision *HS2*²⁸ relative aux rapports entre le droit britannique et le droit européen ainsi qu'à la notion de « loi constitutionnelle », est une confirmation attendue de la décision *Thoburn v Sunderland City Council*²⁹ de la High Court de 2002. Elle présente, par là même, une portée considérable pour le droit constitutionnel britannique³⁰. L'affaire concernait la construction d'un réseau ferré à grande vitesse, dénommé *HS2*. Les requérants, *HS2 Action Alliance Limited*, une organisation non-gouvernementale ont contesté la procédure autorisant la réalisation de chantier en se fondant sur la Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et en se fondant sur la Directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. Il était question, dans un premier temps, de savoir si l'annonce de la décision dans un document préparatoire (*High Speed Rail : Investing in Britain's Future – Decisions and Next Steps (DNS)*)³¹, qui présentait la décision du Gouvernement et la procédure envisagée pour obtenir le consentement du Parlement, était conforme à la Directive de 2001. Dans un second temps, le problème de la conformité de la procédure adoptée avec la directive de 2011 était posé.

La Cour suprême a rejeté l'appel à l'unanimité au terme d'une décision complexe composée de plusieurs opinions concordantes, individuelles ou conjointes³². La Cour a rejeté l'appel sur le premier point, portant sur la question de savoir si le *DNS* devait être précédé d'une évaluation stratégique en matière environnementale sur le fondement de la directive de

²⁶ H. Labayle, « Within you, without you : l'opt-out britannique en matière d'entraide répressive », *Europe* n° 2, Février 2013, étude 2.

²⁷ . Mitsilegas « The uneasy relationship between the UK and European criminal law: from opt-outs to Brexit? », *Criminal Law Review*, 2016, p. 519.

²⁸ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; M. Elliott, « Constitutional legislation, European Union law and the nature of the United Kingdom's contemporary constitution »; *European Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, n° 3, décembre 2014, pp. 379-392; Adam Tomkins, « The Supreme Court's welcome attack on the Court of Justice », 23 janvier 2014, disponible sur <https://britgovcon.wordpress.com/2014/01/23/the-supreme-courts-welcome-attack-on-the-court-of-justice/>.

²⁹ *Thoburn v. Sunderland City Court* [2002] EWHC 195, [2002] 3 WLR 247. Lord Laws, qui a rendu la décision, cite la *Magna Carta*, le *Bill of Rights 1689*, l'*Act of Union 1707*, les *Reform Acts*, le *HRA 1998*, le *Scotland Act 1998*, le *Government of Wales Act 1998* et le *EC Act 1972*.

³⁰ A ce propos, cf. A. Guigue, « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *RDP*, 2016, n°2, p. 597 et

³¹ CM8247, 10 January 2012.

³² La formation était composée de Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Sumption, Lord Reed et Lord Carnwath. Lord Carnwath a rendu la première opinion, portant sur la première question, à laquelle tous les *Justices* à l'exception de Lady Hale ont souscrit. Lord Reed a rendu la seconde opinion, portant sur la seconde question, à laquelle les six autres membres ont souscrit. Lady Hale et Lords Sumption ont rendu des opinions individuelles concordantes, puis Lord Neuberger et Lord Mance ont rendu une opinion conjointe à laquelle l'ensemble des autres juges a souscrit.

2001, en écartant l'application de la directive et en rejetant tout renvoi préjudiciel devant la Cour de justice³³.

Les Justices ont également rejeté l'appel sur le second point, qui a été l'occasion de développements intéressants quant à l'articulation entre droit interne et droit européen. Ce projet, qui devait être approuvé par l'intermédiaire d'une procédure de projet de loi hybride (*Hybrid bill procedure*), suivait le cheminement parlementaire qui s'applique classiquement aux projets de lois, à l'exception d'une étape donnant aux personnes affectées par le projet la possibilité de se faire entendre lors d'une audience publique devant une commission parlementaire spéciale. La Commission examinant le projet de loi hybride ne pouvait pas recevoir de pétitions contestant le principe du projet de loi à moins que la Chambre ne lui ait donné instruction pour ce faire, ce que le Gouvernement n'avait pas l'intention d'autoriser. Le Gouvernement avait, par ailleurs, confirmé que ce projet de loi serait soumis à la discipline partisane. Les requérants ont notamment contesté cette procédure au regard de la directive telle qu'interprétée par la Cour de justice et en se fondant également sur les opinions des avocats généraux Sharpston et Kokott. Ils soutenaient que la procédure d'*hybrid bill* ne correspondait pas aux exigences de la Cour de Justice de l'Union européenne selon laquelle le processus législatif doit être substantiel et doit fournir les informations à ceux qui participent au processus. Ils estimaient en outre que la discipline partisane allait à l'encontre de la Directive de 2011, car les parlementaires n'étaient pas libres de voter. Ils soutenaient, en se fondant cette fois sur les opinions des avocats généraux, que conformité de la procédure législative à l'article 1(4) de la directive supposait que les cours nationales contrôlent le caractère adéquat des informations présentées devant le Parlement afin d'apprécier la qualité du débat parlementaire et le degré de participation de ses membres. La Cour a rejeté, à l'unanimité, le recours et s'est prononcée en faveur du Gouvernement. Les juges ont rejeté les moyens fondés sur les conclusions des avocats généraux, car ils n'avaient pas été repris par la Cour de justice et ont soutenu que la prise en compte de la directive posait des difficultés au regard de l'article 9 du *Bill of Rights* qui interdit que la liberté de parole et les débats ou procédures parlementaires ne soient entravés ou questionnés devant une Cour ou en dehors du Parlement. Il était ainsi question de l'articulation entre le droit de l'Union européenne tel qu'introduit en droit interne par le *European Communities Act 1972 (EC Act 1972)* et le *Bill of Rights 1689*, deux lois constitutionnelles au sens de la décision *Thoburn*³⁴.

Sur le premier point, la majorité des *Justices* a conforté l'approche « nationale » des fondements du droit européen dessinés par la décision *Thoburn*. Lord Reed, soutenu par l'ensemble des Lords, a affirmé que cette question, qui soulevait des conflits entre un principe constitutionnel tel que l'article 9 du *Bill of Rights* et le droit de l'Union, devait être résolue par les Cours britanniques comme une question de droit constitutionnel³⁵. La position de Lord Reed n'est pas surprenante dans la mesure où le fondement constitutionnel du droit de l'Union avait été rappelé, dès 2011, par la section 18 du *European Union Act* selon lequel l'effectivité du droit de l'Union dépend du *EC Act 1972*³⁶. Il était, en l'espèce, ici question des rapports entre deux lois « constitutionnelles », le *EC Act 1972* et le *Bill of Rights*. Cette question était différente de celle qui était posée à la *High Court* dans la décision *Thoburn*, dans laquelle il s'agissait de savoir si le *EC Act 1972*, loi qualifiée de « constitutionnelle » par le juge Laws, prévalait sur une loi « ordinaire » postérieure, le *Weights and Measures Act 1985*. La question était encore distincte du problème posé dans la décision *Factortame*³⁷ où il était question de la compatibilité d'une loi ordinaire avec le droit de l'Union. La question qui

³³ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC, §§44-55 notamment.

³⁴ *Cf. infra*.

³⁵ *Ibid.*, § 79.

³⁶ Section 18.

³⁷ *R v Secretary of State for Transport, Ex p Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603.

se posait ici était bien plus fondamentale puisque les juges se sont demandé si une directive européenne pouvait écartier l'article 9 du *Bill of Rights*, décrit par Lord Brown Wilkinson « une disposition de la plus grande importance constitutionnelle »³⁸. Ainsi, les juges ont estimé qu'il n'y avait pas de conflit entre le *Bill of Rights* et la directive car elle ne pouvait être interprétée, comme permettant le contrôle juridictionnel que les avocats généraux ont envisagé. Lord Reed, Lord Neuberger et Lord Mance ont jugé qu'il était peu probable que la Cour de Justice exige que les Cours nationales contrôlent les procédures parlementaires en se fondant notamment sur le « principe de séparation des pouvoirs et du respect qui régit les relations entre les branches du pouvoir des démocraties modernes »³⁹. Lord Neuberger et Lord Mance ont, quant à eux, indiqué que l'interprétation des deux avocats généraux remettrait en cause « l'article 9 du *Bill of Rights*, l'un des piliers du pacte constitutionnel qui a établi la *Rule of Law* en Angleterre au XVII^e siècle, [qui] fait obstacle à ce que la liberté des débats parlementaires soit entravée ou contestée devant une Cour »⁴⁰. Un « tel contrôle de la procédure parlementaire interne irait bien au-delà de ce qu'aucune Cour britannique n'a jamais fait »⁴¹. Ils poursuivent leur raisonnement par un intéressant *obiter dictum*, qui reprend la logique de la décision *Thoburn* quant à l'existence de lois constitutionnelles au Royaume-Uni. Les deux juges indiquent que « Le Royaume-Uni n'a pas de Constitution écrite, mais [...] un certain nombre d'instruments constitutionnels ». Ils citent la *Magna Carta*, le *Petition of Rights 1628*, le *Bill of Rights 1689*, le *Claim of Rights Act 1689*, l'*Act of Settlement 1701*, l'*Act of Union 1707*, le *EC Act 1972*, le *HRA 1998* et le *Constitutional Reform Act 2005*⁴². Ils poursuivent en indiquant que « La *common law* reconnaît elle-même certains principes fondamentaux pour la *Rule of Law* ». La décision rappelle ici que ces principes constitutionnels fondamentaux, qu'ils soient contenus dans des instruments textuels ou reconnus par la *common law* ne peuvent avoir été considérés comme susceptibles d'être abrogés pas le *EC Act 1972*. Ils rappellent ainsi que la caractéristique des principes constitutionnels au Royaume-Uni (qu'ils soient reconnus dans une loi ou par la *common law*) est qu'ils ne peuvent être modifiés ou abrogés que de façon explicite. Ces principes font ainsi exception à la règle de l'abrogation implicite. Leur opinion établit une distinction entre les lois ordinaires qui peuvent être remises en cause sur le fondement du droit de l'Union européenne et du *EC Act 1972*, qui est une loi constitutionnelle, et les lois constitutionnelles qui sont hors d'atteinte du droit de l'Union.

L'opinion conjointe de Lord Neuberger et Mance, qui est soutenu par l'ensemble des Justices, souligne, pour terminer, que la contestation de la procédure parlementaire britannique en raison de la discipline de partis, la responsabilité ministérielle collective ou simplement la politique des partis revient à contester « l'ensemble de la légitimité de la démocratie parlementaire », qui est une question éminemment politique. En protégeant la liberté des débats parlementaires contre toute immixtion des juridictions imposée par le droit européen, la Cour suprême établit une hiérarchie entre lois constitutionnelles européennes et nationales. Primerait sur le *EC Act 1972*, le *Bill of Rights* et son article 9 qui constitue en

³⁸ *Pepper v Hart* [1993] AC 593.

³⁹ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport, op. cit.*, §202.

⁴⁰ *Ibid.*, § 203.

⁴¹ *Ibid.*, § 206.

⁴² La plupart des commentateurs auraient ajouté les lois de dévolution à cette liste. La Cour suprême a déjà accordé un statut constitutionnel au *Scotland Act de 1998* dans la décision *BH (AP) (Appellant) and another v The Lord Advocate and another (Respondents) (Scotland) KAS or H (AP) (Appellant) v The Lord Advocate and another (Respondents) (Scotland)* [2012] UKSC 24. La liste énoncée par la Cour suprême est différente de la liste des lois constitutionnelles établie par la Haute Cour dans la décision *Thoburn*. Elle cite comme exemple le *EC Act 1972*, la *Magna Carta*, le *Bill of Rights 1689*, l'*Act of Union*, les *Reform Acts*, le *HRA*, le *Scotland Act 1998* et le *Government of Wales Act 1998*.

quelque sorte le noyau dur de l'identité constitutionnelle britannique : le fonctionnement de sa démocratie parlementaire⁴³ Les juges Neuberger et Mance développent, pour terminer, l'idée selon laquelle l'Union n'a pas de leçon de démocratie à donner au Royaume-Uni lorsqu'ils disent que malgré la reconnaissance d'une Union « fondée sur la démocratie représentative » dont les citoyens sont représentés au Parlement européen par des « partis politiques au niveau européen » cette démocratie est largement « aspirationnelle »⁴⁴. La décision *HS2* illustre, en définitive, la distinction entre le champ du droit et celui de la politique et qui est, en l'espèce, la liberté des débats parlementaires reconnue par le *Bill of Rights 1689*. En confirmant, par ailleurs, la reconnaissance de lois constitutionnelles, cette affaire confirme une remise en cause d'une conception diceyenne du droit public britannique selon lequel il n'existe pas de hiérarchie entre les lois et dessine un cadre constitutionnel plus complexe.

2) Les rapports avec la CEDH

Plusieurs mois après l'annonce faite par David Cameron de son projet de référendum sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, les rapports entre le Royaume-Uni et le Conseil de l'Europe se sont détériorés. Après le rapport de la Commission travaillant sur une nouvelle déclaration de droit⁴⁵ dont les propositions montrent, malgré les divisions en son sein, que les droits et libertés doivent bénéficier d'une protection comparable au *HRA*, l'idée d'un retrait du Conseil de l'Europe a fait son chemin au sein du Gouvernement de David Cameron. Elle a non seulement été évoquée par la Ministre de l'intérieur, Theresa May, et le Ministre de la Justice, Chris Grayling, mais aussi par le Premier Ministre⁴⁶ à la suite de décisions de la CourEDH mal perçues par le Gouvernement. Le contentieux interminable relatif au droit de vote des détenus⁴⁷, les décisions condamnant le Royaume-Uni dans l'hypothèse d'une déportation de personnes liées au terrorisme⁴⁸ ou dans l'hypothèse de décès survenus dans le cadre d'opérations de maintien de la paix en Irak⁴⁹ en sont des exemples. Le leader du parti travailliste, Ed Miliband, le leader-adjoint des libéraux démocrates Simon Hughes, le Ministre de la Justice du Cabinet fantôme, futur maire de Londres, Sadiq Khan, et l'ancien Premier ministre Tony Blair, se sont opposés à un tel projet⁵⁰.

La Ministre de l'intérieur et le Ministre de la Justice ont souhaité remettre en cause le *HRA* et reconsidérer les relations du Royaume-Uni avec la Cour européenne quitte à envisager, après les élections générales de mai 2015, un retrait du Conseil de l'Europe si la voix du Royaume-Uni n'était pas entendue⁵¹. Le Premier Ministre David Cameron n'est pas

⁴³ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport, op.cit.*, § 202.

⁴⁴ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport, op.cit.*, § 210.

⁴⁵ <https://www.justice.gov.uk/downloads/about/cbr/uk-bill-rights-vol-1.pdf>; Ministry of Justice, *Commission on a Bill of Rights, A UK Bill of Rights? The Choice Before Us*, London, 2012. v A ce propos, cf. « L'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte : Royaume-Uni », *RFDC*, 2015, n°1, pp. 239-242/

⁴⁶ http://www.conservativepartyconference.org.uk/Speeches/2013_Theresa_May.aspx;
http://www.conservativepartyconference.org.uk/Speeches/2013_Chris_Grayling.aspx; James Kirkup, « Britain may need to withdraw from European Convention on Human Rights, says Cameron », *The Telegraph*, 29 septembre 2013; « Dominic Grieve warns against UK withdrawal from human rights court », *The Guardian*, Tuesday 15 July 2014.

⁴⁷ CourEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (No 2)*, Req. n° 74025/01.

⁴⁸ CourEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, Req. n° 8139/09.

⁴⁹ CourEDH, 7 juillet 2011, *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, Req. n° 55721/07.

⁵⁰ <http://labourlist.org/2014/12/miliband-makes-stirring-defence-of-human-rights-act/>;
http://www.libdems.org.uk/simon_hughes_responds_to_conservative_human_rights_plans;
<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/10870113/Labour-will-shift-power-back-to-British-courts.html>.

⁵¹ *Hansard*, HC col. 24, July 8, 2013.

allé jusque-là, mais a proposé de repenser les rapports entre le Royaume-Uni et le Conseil de l'Europe dans son discours lors de la Conférence du parti conservateur. Il suggère de remplacer le *Human Rights Act* par une Déclaration de droits britannique⁵². À la suite de cette annonce, des propositions de réforme, qui révèlent une compréhension erronée des rapports entre le Royaume-Uni et le système conventionnel, ont été publiées par le Ministre de la Justice le 3 octobre 2014⁵³ : abrogation du *HRA*, Déclaration de droits et de responsabilité britannique, préservation de la souveraineté du Parlement britannique et de la suprématie de la Cour suprême soulèvent des difficultés sérieuses quant au respect par le Royaume-Uni de ses obligations internationales. Elles ont fait l'objet de critiques par l'ancien *Attorney General* du Gouvernement, Dominic Grieve⁵⁴ et par le Conseil de l'Europe⁵⁵. Il est en effet prévu que les décisions de la Cour de Strasbourg ne s'imposeraient pas à la Cour suprême, que les Cours britanniques n'aient plus à tenir compte des décisions de la Cour de Strasbourg, qui deviendrait un simple organe consultatif, et que les lois britanniques ne soient plus interprétées conformément aux droits conventionnels. Ce projet propose également de restreindre l'usage des droits de l'Homme aux affaires les plus sérieuses et de cantonner le champ d'application territorial des droits de l'Homme au territoire britannique seulement Uni pour éviter que les forces armées à l'étranger y soient soumises. Si la question du retrait du Conseil de l'Europe plane encore, elle a été reportée à une date postérieure. L'agenda gouvernemental est aujourd'hui suffisamment occupé par le Brexit auquel les Britanniques se sont déclarés favorables le 23 juin 2016. Le projet de Déclaration de droits fondée sur les valeurs britanniques, que David Cameron avait proposé, reste donc en suspens. Cela ne saurait surprendre. Les Britanniques vont, en effet, avoir du mal à abroger le *HRA*, qui a incorporé la CEDH en droit interne, et à rédiger une Déclaration de droits britannique différente des droits de la CEDH, car ils ont largement contribué à rédiger cette Convention dont certains articles, à l'instar des articles 5 et 6 CEDH, sont même qualifiés d'articles britanniques.

II - LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTES

Les juridictions britanniques ont rendu des décisions importantes qui concernent aussi bien les garanties de fond accordées à certains droits et libertés que les sources de protection des droits et libertés.

A - LES GARANTIES DE FOND ACCORDEES AUX DROITS ET LIBERTES

Plusieurs affaires ont marqué l'année 2014 aussi bien en raison de la nature des droits concernés que du prononcé de déclarations d'incompatibilité.

Dans la première affaire, la Cour suprême a été confrontée à la question aujourd'hui très présente de l'expulsion des demandeurs d'asile vers le pays dans lequel ils ont effectué leur

⁵² <http://blogs.spectator.co.uk/coffeehouse/2014/10/david-camerons-speech-to-the-conservative-conference-full-text/>.

⁵³ *Protecting Human Rights in the UK, The conservatives' proposals for changing Britain's human rights Law*, disponible sur https://www.conservatives.com/~media/files/downloadable%20Files/human_rights.pdf

⁵⁴ <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/conservative/11137442/Tory-plan-to-leave-ECHR-contains-howlers-and-is-factually-inaccurate-says-party-ex-Attorney-General.html>; cf. également la position de l'ONG Liberty, <https://www.liberty-human-rights.org.uk/news/latest-news/legally-illiterate>.

⁵⁵ <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/conservative/11139924/Tory-plans-to-ignore-European-human-rights-rulings-rejected-by-Strasbourg.html>.

première demande⁵⁶. Il s'agissait, en l'espèce, de l'Italie. La Cour suprême a examiné la décision de la Cour d'appel sur le point de savoir si les requérants avaient à établir l'existence d'une « déficience systémique » susceptible de les confronter à un risque de traitement inhumain ou dégradant constitutif d'une violation de l'article 3 CEDH. Cette notion était au cœur de l'appel. Lord Kerr, qui a rédigé l'opinion, à laquelle les quatre autres *Justices* (Lord Neuberger, Lord Carnwath, Lord Toulson et Lord Hodge) ont souscrit, a fait preuve d'une interprétation protectrice des droits des demandeurs d'asile en revenant sur l'analyse réalisée par la Cour d'appel. Les requérants contestaient la décision de la Cour d'appel, qui jugeait qu'un Etat ne pouvait expulser des demandeurs d'asile qu'à condition qu'ils démontrent une « déficience systémique » dans le système de protection des demandeurs d'asile et de réfugiés⁵⁷. Les requérants soutenaient, en se fondant sur la décision *Soering c. Royaume-Uni*⁵⁸, qu'une expulsion pouvait être empêchée lorsque des éléments substantiels démontrent que la personne concernée fait face à un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 CEDH en dehors de toute « déficience systémique ».

Lord Kerr a repris leur approche et a retenu une interprétation différente de celle que la Cour d'appel a donnée de la décision de la Cour de Justice de l'Union européenne, *NS*⁵⁹. Il estime que l'existence d'une violation de l'article 3 CEDH posée par la Cour de justice de l'Union européenne n'exige pas nécessairement l'existence d'une déficience systémique car une telle interprétation, trop restrictive, serait « arbitraire en théorie et en pratique » dans la mesure où une violation de l'article 3 CEDH peut avoir lieu en l'absence de déficience systémique. Si tel était le cas, la présomption serait particulièrement difficile à renverser. À défaut, cela signifierait que des personnes subissant des actes de torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants autrement qu'en raison d'une défaillance du système, ne pourraient pas bénéficier de la protection de l'article 3 CEDH⁶⁰. Il rejette l'interprétation de la Cour d'appel de la décision *NS* et souligne que la Cour de Justice n'exige pas une déficience structurelle pour démontrer la violation des droits fondamentaux, mais considère plutôt que la violation de droits fondamentaux est la preuve d'une déficience structurelle⁶¹.

Adoptant une « approche plus ouverte » du risque d'atteinte à l'article 3 CEDH, il souligne l'importance de la prise en compte des « réalités pratiques » dans le cadre de l'examen de la violation de cette disposition⁶². La prise en compte d'un certain nombre de preuves peut ainsi renverser la présomption selon laquelle un Etat rempli les conditions de confiance mutuelle prévue par le Règlement Dublin II. La Cour suprême a donc renvoyé les quatre requérants devant la Cour administrative afin qu'elle examine si les preuves fournies dans chaque affaire sont à l'origine d'un traitement contraire à l'article 3 CEDH. Un tel examen nécessite une évaluation rigoureuse des conséquences de l'expulsion du requérant en tenant compte de la situation générale et des circonstances personnelles du requérant ainsi que de son expérience précédente⁶³. Le fait de vivre sans abri, les troubles psychologiques subis par deux des requérants et les viols subis par les deux autres pendant leur rétention peuvent en faire partie. Par ailleurs, la position de l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés, doit aussi, selon Lord Kerr, être prise en compte pour examiner les circonstances entourant le recours de

⁵⁶ *R (on the application of EM (Eritrea)) (appellant) v. Secretary of State for the Home Department (respondent)* [2014]UKSC 12

⁵⁷ *Ibid.*, §26,38-39.

⁵⁸ CourEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Req. n°14038/88.

⁵⁹ CJUE, GC, 21 décembre 2011, *N.S. c. Secretary of state for the Home Department et M.E. e.a. c. Refugee Applications Commissioner Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 et C-493/10.

⁶⁰ § 42, 48-50.

⁶¹ § 55.

⁶² § 68.

⁶³ § 70.

chaque requérant⁶⁴. Cette affaire résonne avec d'autant plus d'importance que la CourEDH a repris le standard posé par Lord Kerr dans la décision *Tarakhel c. Suisse*⁶⁵. Cette affaire témoigne des rapports, descendants et ascendants, entre les Cours britanniques et la Cour européenne des droits de l'Homme puisqu'après avoir pris en compte la jurisprudence européenne, l'affaire *EM (Eritrea)* influence opportunément la jurisprudence de Strasbourg.

La deuxième décision d'importance, l'affaire *Nicklinson*⁶⁶, concerne la question de la compatibilité avec les droits conventionnels de l'interdiction du suicide assisté. La Cour suprême, dans une formation solennelle de neuf juges, a rendu une décision à une majorité de sept contre deux, chacun des *Justices* ayant rendu une opinion séparée. Les principaux clivages ont porté sur la mise en œuvre de la déférence des juges en ce domaine. La question qui se posait était de savoir si la pénalisation du suicide assisté, par la section 2(1) du *Suicide Act 1961*, portait atteinte à l'article 8 CEDH en vertu duquel il devrait être possible, selon les requérants, de pouvoir mettre fin à ses jours de façon digne et de choisir le moment de sa mort. Il était également question de s'interroger sur la contrariété aux droits conventionnels des directives qui permettent, dans des cas particuliers et sur le fondement de la section 2(4) du *Suicide Act 1961*, au Directeur des poursuites publiques (*DPP*) de ne pas engager de poursuites contre les personnes ayant aidé leurs proches à mettre fin à leurs jours. Les juges ont accordé à l'unanimité l'appel du *Director of Public Prosecution*, estimant que la Cour n'était pas compétente pour établir le contenu de la politique du *DPP* en ce domaine. Le jugement du *DPP* et la prise en compte de différents facteurs ainsi que le poids à leur accorder dans chaque situation personnelle sont des « caractéristiques adéquates et constitutionnellement nécessaires du système de poursuite destiné à protéger l'intérêt public »⁶⁷. Ils se sont en revanche divisés sur la première demande.

Les requérants souhaitaient que la Cour interprète la section 2(1) de la loi de 1961 de façon compatible avec l'article 8 CEDH et, à défaut, prononce une déclaration d'incompatibilité. L'ensemble des juges a admis qu'en vertu de la jurisprudence européenne, la question relevait de l'article 8 CEDH et entraînait dans la marge d'appréciation du Royaume-Uni. Cinq des sept *Justices* (Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr et Lord Wilson) ont jugé que la Cour était constitutionnellement compétente pour prononcer une déclaration d'incompatibilité. En revanche, Lord Neuberger, Lord Wilson et Lord Mance, qui étaient en accord sur le principe qu'il revenait aux juges d'établir si la section 2 de la loi de 61 est contraire à l'article 8 CEDH, ont toutefois refusé de la prononcer en l'espèce⁶⁸. La position de Lord Neuberger mérite une attention particulière. Le Président de la Cour suprême a rappelé que la jurisprudence de Strasbourg laissait sur cette question une large marge d'appréciation aux Etats et que la décision *Pretty*⁶⁹ n'avait pas remis en cause l'interdiction du suicide assisté prévue par le droit britannique, mais seulement demandé que le pouvoir de poursuite en ce domaine soit plus accessible et prévisible. Lord Neuberger s'est interrogé sur la « compétence constitutionnelle » des Cours pour examiner une telle question et sur le fait de savoir s'il était « institutionnellement approprié » qu'elles examinent une telle question⁷⁰. Il est revenu sur la question de la légitimité des Cours à intervenir en certains domaines, et a rappelé les observations de Lord Bingham dans l'affaire *Countryside Alliance* en indiquant que « le degré de respect qui doit se manifester à l'égard du jugement d'une assemblée

⁶⁴ §74.

⁶⁵ CEDH, gr. ch., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12. A ce propos, cf. L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme (août-décembre 2014) », *AJDA*, 2015, p. 150.

⁶⁶ *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38.

⁶⁷ § 249.

⁶⁸ §76 ; § 191.

⁶⁹ CourEDH, 23 avril 2002, *Petty c. Royaume-Uni*, Req. n° 2346/02.

⁷⁰ §§ 77-84.

démocratique variera en fonction du sujet et des circonstances. [...] Le processus démocratique peut être subverti si, pour une question morale et politique, ceux qui s'opposent à une loi parviennent à obtenir, devant les cours, ce à quoi ils ne sont pas parvenus devant le Parlement »⁷¹. La réponse de Lord Neuberger est ambiguë. Il estime que lorsque les Cours examinent une question qui tombe dans la marge d'appréciation et considère qu'elles ne doivent pas écarter à l'avance leur compétence ainsi que la possibilité de prononcer une déclaration d'incompatibilité. Il est de leur rôle de se prononcer sur une telle question, car à défaut, cela constituerait une « abdication de [leur] responsabilité judiciaire »⁷². Refusant d'effectuer une interprétation conforme, il estime, cependant en l'espèce, qu'il n'est pas nécessaire de prononcer une déclaration d'incompatibilité parce qu'il faut laisser au Parlement l'opportunité de réexaminer la loi. Une telle décision, justifiée par la nécessité de laisser le Parlement intervenir pour modifier la loi, avait d'ailleurs déjà été prise dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger*⁷³. Lord Neuberger justifie sa position en rappelant l'importance de tenir compte de considérations en matière de « compétence institutionnelle et de légitimité » développées par Lord Mance⁷⁴. Il estime au final qu'il serait « institutionnellement inapproprié » que la Cour déclare la disposition incompatible car c'est une question « sensible ayant des dimensions morales et religieuses » « qui justifie une approche relativement prudente de la part des cours ». Il justifie cette position par le fait que l'incompatibilité n'était pas aisée à corriger. Il ajoute que la question de l'interdiction du suicide assisté était censée être débattue par la Chambre des Lords et qu'une déclaration d'incompatibilité en ce domaine constituerait une volte-face par rapport à la décision de la Chambre des Lords *Pretty v. DPP*⁷⁵ et des positions des cours inférieures⁷⁶. Il préfère laisser au Parlement la possibilité d'examiner cette question sans prononcer de déclaration d'incompatibilité. Il adopte, à l'instar de Lord Mance et de Lord Wilson, une position intermédiaire dans la mesure où ils estiment qu'il ne serait pas approprié d'adopter une déclaration d'incompatibilité, mais que cette décision pourrait évoluer si le Parlement ne légiférait pas sur la question abordée dans cette affaire. Cette position peut paraître paradoxale car la procédure de déclaration d'incompatibilité ne prive pas d'effet la loi et laisse justement au Parlement le soin d'examiner de nouveau la législation. Mais elle s'explique sans doute par le fait que les juges ne veulent pas influencer le contenu du texte que le législateur devrait adopter.

Lady Hale et Lord Kerr ont jugé, à l'instar des Lords Neuberger, Mance et Wilson, que la Cour était compétente pour prononcer une déclaration d'incompatibilité. Contrairement à eux, ils ont estimé qu'une telle déclaration devait être prononcée en l'espèce. Ils adoptent une position moins déférente à l'égard du législateur et jugent la disposition contraire à l'article 8 CEDH car elle ne prévoit pas d'exception à l'interdiction générale du suicide assisté pour les personnes qui demande une telle assistance librement, en ayant la capacité de le faire et en étant pleinement informé pour le faire⁷⁷. Cette interdiction ne constitue pas une interférence proportionnée avec le droit des individus de choisir la façon et le moment de leur décès⁷⁸. Pour justifier son approche différente de celle des Lords Neuberger, Mance et Wilson, Lord Kerr a rappelé, examinant la question de la marge d'appréciation et de la séparation des pouvoirs dans la Constitution britannique, que le prononcé d'une déclaration d'incompatibilité y compris en ce domaine ne constituait pas une usurpation du rôle du

⁷¹ *R (Countryside Alliance) v. Attorney General* [2008] 1 AC 719 § 45.

⁷² *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, § 112.

⁷³ [2002] 2 AC 467 §53; *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, § 113.

⁷⁴ Lord Neuberger, § 115; Lord Mance § 166.

⁷⁵ *Regina (on the Application of Pretty) v Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 61.

⁷⁶ *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, § 116.

⁷⁷ § 300, §321.

⁷⁸ § 310.

Parlement ni de la séparation des pouvoirs. Il souligne, en effet, qu'il revient ensuite au Parlement de prendre la décision de corriger la loi en cause ou de ne rien faire⁷⁹. Il a en définitive jugé que l'atteinte à l'article 8 CEDH était disproportionnée dans la mesure où il n'a pas été démontré que l'exigence de protection des personnes vulnérables ne pouvait être assurée que par l'interdiction générale de l'aide au suicide alors même que des alternatives moins intrusives étaient possibles⁸⁰.

Lord Sumption, Lord Huges, Lord Reed et Lord Clark ont, de leur côté, fait preuve du maximum de déférence envers le Parlement. Ils ont reconnu la compétence de la Cour sur cette question, mais ont jugé, contrairement aux Lord Neuberger, Mance et Wilson, qu'il n'était pas approprié que les juges se prononcent sur cette question portant sur le droit de se suicider et le droit des personnes vulnérables. Ils considèrent que cela relève du Parlement envers lequel les juges doivent faire preuve de respect. Lord Sumption a, ainsi, rappelé que « les juges anglais essaient d'éviter d'examiner les fondements moraux du droit »⁸¹. Il souligne que ces questions ne font pas l'objet d'un consensus, que de tels choix « ont une nature législative inhérente » et qu'elle relève des « décideurs qui représentent la communauté au sens large » et non « les juges professionnels. L'imposition de leur opinion personnelle sur des questions de ce type manque de toute légitimité constitutionnelle »⁸². Le processus parlementaire est, selon lui, « la meilleure façon de résoudre ces questions complexes et controversées soulevant des dilemmes moraux et sociaux »⁸³. Lord Hughes et Lord Reed vont dans le même sens en évoquant respectivement que dans « notre cadre constitutionnel, fermement ancré même s'il est largement non écrit, la fonction législative appartient au Parlement et les Cours ne doivent pas l'usurper » et que la question posée soulève des questions de « politique sociale », voire « religieuses et morales sur lesquelles il n'y a pas de consensus »⁸⁴. Pour Lord Reed, « la nature de cette question implique que le Parlement se voit attribuer une large marge de jugement : l'appréciation d'une question de cette nature par une institution qui représente les citoyens de ce pays et qui est responsable devant eux devrait normalement être respectée »⁸⁵. Comme devant la CourEDH et devant d'autres juges nationaux, la fin de vie reste une question que les juridictions abordent avec prudence.

Le droit de vote des détenus a fait l'objet d'une nouvelle décision de la Cour suprême rendue par une formation de sept juges. Elle révèle une divergence relative à l'interprétation de l'article 3 du Premier Protocole et à la prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg entre les cinq juges de la majorité (Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Clarke, Lord Reed, Lord Hodge) et les deux juges dissidents, les Lords Kerr et Wilson⁸⁶. Deux détenus contestaient, par la voie d'un recours en *judicial review* le *Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013*, une loi écossaise leur interdisant de voter pour le référendum relatif à l'indépendance de l'Ecosse du 18 septembre 2014. La Cour suprême a rejeté l'appel rendant sa décision le jour même de l'audience, le 24 juillet 2014, en raison de la nécessité qu'il y avait à statuer rapidement et publiant, le 17 décembre seulement, les opinions des différents juges. Plusieurs moyens étaient invoqués à l'appui de la demande de déclaration d'illégalité. Outre l'incompatibilité avec l'article 3 du Premier Protocole, l'article 10 CEDH, le droit de l'Union européenne, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le principe de *common law* qui reconnaît le suffrage universel et le droit fondamental de vote ou encore

⁷⁹ § 339-345.

⁸⁰ §352 -356.

⁸¹ § 207.

⁸² § 230-235, § 259, Lord Hughes.

⁸³ § 232.

⁸⁴ § 296.

⁸⁵ § 297

⁸⁶ *Moohan and another (Appellants) v. The Lord Advocate(Respondent)*[2014] UKSC 67.

les exigences de *Rule of Law* issues de la *common law* étaient mobilisés⁸⁷. Mais le principal point de discordance résidait dans la question de l'application de l'article 3 du Premier Protocole à la procédure référendaire relative à l'indépendance de l'Ecosse alors même que le texte de la Convention prévoit que « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le *choix du corps législatif* »⁸⁸.

La majorité des juges a adopté une interprétation stricte de cette disposition en estimant que le droit à des élections libres concernait les élections législatives et non les consultations référendaires. Lord Hodge, qui a rendu l'opinion de la majorité, à laquelle se sont joints Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Clarke et Lord Reed, rappelle l'article 31(1) de la Convention de Vienne sur la règle générale d'interprétation des Traités et insiste sur le sens « ordinaire » de l'article 3 du Premier Protocole. Il indique qu'il se réfère à l'exigence de tenir des « élections régulières d'un corps législature démocratiquement élu » et que le fait que le texte mentionne des intervalles raisonnables « suggère que les rédacteurs de l'article 3 du Premier Protocole n'avaient pas le référendum en tête ». Une interprétation textuelle exclut que cette disposition couvre « toute décision politique majeure qui soit présentée au vote populaire, aussi importante cette décision soit-elle »⁸⁹. Lord Hodge mentionne, au soutien de sa position, différentes décisions de la CourEDH ou de la Commission qui avait, en 1975, jugé que le référendum sur le maintien du Royaume-Uni dans les Communautés européennes n'était pas couvert par l'article 3 du premier Protocole⁹⁰ ou qui ont déclaré irrecevables des requêtes au motif que cette disposition est limitée aux « élections parlementaires et ne s'applique pas aux référendums »⁹¹. Il mentionne également la décision d'irrecevabilité de 2013 *McLean et Cole c. Royaume-Uni*⁹² relative au recours de détenus qui avaient été privés de droit de vote lors des élections au Parlement européen de 2009, des élections générales de 2010, des élections au Parlement écossais de 2007 et de 2011 ainsi que lors du référendum sur la modification du scrutin législatif en 2011 et des élections locales. La Cour a réitéré sa position à propos des référendums en ajoutant que les élections locales n'étaient pas non plus couvertes par l'article 3 du premier Protocole. Les juges de la majorité, estimant que ces décisions sont suffisamment explicites⁹³, ont précisé, pour rejeter la requête, qu'« [i]l n'y a rien dans la nature du référendum en cause dans le cas présent qui pourrait amener la Cour à parvenir à une conclusion différente ici »⁹⁴. Lord Hodge rejette ainsi les moyens soulevés par les requérants, qui soutenaient que les décisions de la Cour excluant l'application de l'article 3 du Protocole 1 n'étaient pas très motivées et que le référendum écossais avait des conséquences telles qu'il pouvait amener à faire évoluer la position de la CourEDH car il transférerait des pouvoirs du Parlement de Westminster au Parlement écossais. Il concernait, en ce sens, « le choix du corps législatif ». Il souligne, certes, que ce référendum constitue « une décision cruciale et historique pour un Etat démocratique », mais que l'importance politique d'une décision démocratique n'est pas un critère déterminant, car l'élection du Président de la Russie aurait, dans ce cas, été intégrée dans le champ de l'article 3 du Protocole n° 1. Finalement, bien qu'il y ait des « arguments de politique juridique qui pourraient suggérer qu'un droit de voter dans un référendum constitutionnel historique devrait être protégé de la même façon que le droit de vote aux élections législatives nationales ou européenne » et qu'« [un] référendum qui aboutit à la création d'un nouveau corps législatif ou au transfert de

⁸⁷ § 5.

⁸⁸ Souligné par nous.

⁸⁹ § 8.

⁹⁰ ComEDH, 3 oct. 1975, *X c. Royaume-Uni*, Req. n° 7096/75.

⁹¹ CourEDH, 26 janvier 2006, *Z c. Latvia*, Req. n° 14755/03.

⁹² CourEDH, 28 juin 2013, *McLean et Cole c. Royaume-Uni*, Req. n° 12626/13 et 2522/12.

⁹³ § 14.

⁹⁴ § 11.

pouvoirs d'un corps législatif à un autre pourrait avoir un effet équivalent sur la validité démocratique du Parlement qui en résulterait »⁹⁵, il écarte le recours des requérants. Rappelant que la jurisprudence de la Cour ne s'étend pas aux référendums⁹⁶, évoquant les douze requêtes concernant le droit de voter dans un référendum qui ont été déclarées irrecevables⁹⁷, Lord Hodge, toujours attaché à une interprétation stricte de la jurisprudence strasbourgeoise et textuelle des dispositions conventionnelles, indique qu'il n'y a pas « d'orientation claire d'une extension de la jurisprudence aux référendums »⁹⁸ et l'article 3 « tel qu'il est actuellement formulé, ne protège pas un droit de participation à la vie publique aussi large »⁹⁹.

Il écarte, ensuite, plus rapidement le moyen tiré de la violation de l'article 10 en soulignant que cette disposition ne protège pas le droit de vote et que la jurisprudence ne révèle pas qu'il conférerait un droit de participation politique plus large que celui qui est protégé par l'article 3 du Protocole n° 1¹⁰⁰. Le droit de l'Union européenne n'est pas non plus violé par une telle interdiction dans la mesure où le référendum n'a pas, à lui seul, pour effet de modifier, voire de supprimer la citoyenneté britannique, dont le régime serait déterminé par des négociations postérieures à cette indépendance. Ce n'est donc pas la privation du droit de vote des prisonniers, en tant que telle, qui affecte le régime de citoyenneté et de participation aux élections européennes. De plus, le droit de l'Union, souligne Lord Hodge, ne reconnaît pas de droit de vote tel qu'il est reconnu dans la jurisprudence de Strasbourg. S'agissant du recours au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Lord Hodge, soutient, contrairement à ce que demandent les requérants, qu'il ne peut aider à l'interprétation de l'article 3 du premier Protocole sans pour autant expliquer clairement les motifs d'une telle conclusion. Il se limite à souligner la différence de formulation entre les deux textes, qui a des conséquences sur leur champ d'application, puisque le Pacte s'applique aussi bien aux référendums qu'aux élections présidentielles. En outre, il rejette le recours à ce texte pour déclarer que la loi a été adoptée au-delà des compétences du Parlement écossais étant contraire aux obligations internationales du Royaume-Uni dans la mesure où, contrairement à la CEDH, le Pacte n'a pas été incorporé en droit interne. Finalement, le moyen tiré du droit de vote tel que reconnu par la *common law*, qui est considéré par Lord Hodge comme un droit « fondamental ou constitutionnel », est également rejeté car la restriction du droit de vote a été reconnue par une loi écossaise (*le Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013*) sur la base d'une loi britannique (*le Representation of the People Act 2013*) et que la *common law* ne peut étendre le droit de vote là où la loi l'aurait restreint en raison du principe de souveraineté du Parlement. Son raisonnement est l'occasion de rappeler, dans un *obiter dictum*, la « réserve de contrôle de constitutionnalité » qui fait écho à la décision *Jackson*¹⁰¹ : « Si la *common law* ne peut étendre le suffrage au-delà de ce qui est prévu par la loi, je n'exclus pas la possibilité, dans l'hypothèse particulièrement improbable où la majorité parlementaire chercherait à enraciner abusivement ses pouvoirs par une réduction du droit de vote ou par un moyen similaire, que la *common law*, informée par les principes de démocratie et de *rule of law* et par les normes internationales, serait capable de déclarer une telle loi illégale. L'existence et l'étendue d'un tel pouvoir sont une question faisant débat, du moins dans le contexte de la doctrine de la souveraineté du Parlement du Royaume-Uni [...] et en relation avec le Parlement écossais »¹⁰². Lord Hodge écarte, pour

⁹⁵ § 18.

⁹⁶ § 15-16.

⁹⁷ § 15.

⁹⁸ § 15.

⁹⁹ § 19.

¹⁰⁰ §§ 19-20.

¹⁰¹ *Jackson and others v. Attorney General* [2005] UKHL 56.

¹⁰² § 35.

finir, l'argument fondé sur le principe de *Rule of Law*, car il n'y a pas de moyen distinct selon lequel la *Rule of Law* implique un droit universel de vote. Le *Franchise Act* a ainsi établi une restriction du droit de vote en conformité avec la *Rule of Law*.

Lord Neuberger, qui a rendu une opinion concordante à celle de Lord Hodge, se contente d'ajouter quelques éléments à propos du point de divergence essentiel au sein de la Cour : le champ d'application de l'article 3 du premier Protocole. Comme Lord Hodge, il adopte une interprétation textuelle¹⁰³ et se fonde sur le sens commun des dispositions de l'article 3 du Premier Protocole. Il définit le mot élection comme ne couvrant pas un référendum, car il n'implique pas l'élection d'une personne à un poste donné ni un « scrutin où le peuple choisi entre plusieurs candidats ». Il insiste, en outre, sur l'expression à « intervalles raisonnables », qui permet de désigner des élections législatives ayant lieu à intervalles réguliers, mais ne concernant pas des référendums tels que celui en question qui ne pourrait avoir lieu à des intervalles raisonnables. Il souligne qu'il y a une jurisprudence européenne claire et consistante selon laquelle l'article 3 du Premier Protocole ne s'applique pas aux référendums et rappelle, comme Lord Hodge, qu'il est possible d'aller au-delà de la jurisprudence de Strasbourg, mais une telle interprétation ne se justifie pas en l'espèce. Lady Hale, adopte un raisonnement différent en ne se limitant pas à une interprétation littérale et en souscrivant à l'interprétation évolutive de Lord Kerr et de Lord Wilson. Elle conclut néanmoins que l'article 3 du Protocole n° 1 n'exige pas l'organisation d'un référendum et que le droit de voter ne s'applique pas à cette consultation. Pour ce motif, ainsi qu'en raison de l'absence de droit de suffrage universel fondé sur la *common law*, elle rejette la requête.

À l'inverse, Lord Kerr et Lord Wilson interprètent l'article 3 du Premier Protocole 1, à la lumière de son objet et de son but, comme le préconise également l'article 31(1) de la Convention de Vienne. Pour ce faire, ils interprètent cette disposition non seulement au regard de la jurisprudence de la CourEDH, qu'ils analysent différemment, mais également à la lumière du droit international. Cela conduit Lord Kerr, qui adopte une approche encore plus protectrice que celle de la CourEDH, à faire découler du référendum du 18 septembre, le choix d'un futur corps législatif résultant de l'indépendance éventuelle de l'Ecosse, comme le soutiennent les requérants¹⁰⁴. L'article 3 du Premier protocole, dit-il « ne doit pas être interprété comme si c'était une loi de Westminster ou de Holyrood. C'est un instrument de droit international, qui doit être interprété en accord avec les canons d'interprétation de ce système qui sont sensiblement différents. Ils comprennent les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités »¹⁰⁵. Une telle interprétation ne reflète pas la méthode d'interprétation appelée « règle d'or » (*Golden Rule*) selon laquelle « on part du sens ordinaire des termes pour « ensuite aller vers d'autres considérations seulement si le sens ordinaire donne lieu à des absurdités ». Lord Kerr estime que l'interprétation littérale ne conduit pas à une conclusion évidente car le texte de l'article 3 aurait dû indiquer que « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections *parlementaires* libres »¹⁰⁶, ce qu'il ne fait pas. L'article 3 se concentre sur les élections parlementaires, mais n'écarte pas pour autant tout autre vote. Les travaux préparatoires indiquent, d'ailleurs, qu'en se concentrant sur les élections législatives, les rédacteurs ont entendu écarter l'application de cet article aux désignations de l'exécutif, celle des membres du pouvoir judiciaire n'ayant pas été envisagées. Il admet que le référendum n'était pas envisagé par les rédacteurs, mais de tels éléments ne doivent pas exclure la possibilité d'appliquer cette disposition à des cas non envisagés par les requérants puisque, rappelle, Lord Kerr, la Convention doit être interprétée comme un « instrument vivant ». Lord

¹⁰³ § 42, § 50.

¹⁰⁴ §§63-69.

¹⁰⁵ § 63.

¹⁰⁶ §65.

Kerr, se concentre ainsi bien plus sur « l'objet et le but » du traité qui est, d'après le Préambule de la Convention, la garantie « d'une démocratie politique effective »¹⁰⁷.

Dès lors, il soutient qu'un référendum sur l'indépendance d'un pays, qui aurait une « forme de gouvernement radicalement différente est sûrement intimement associée avec l'expression de l'opinion des citoyens concernant le choix de leur corps législatif ». Selon Lord Kerr, ce qui est protégé par l'article 3 du premier Protocole n'est pas tant l'intervalle régulier des élections, mais la « pleine participation des citoyens dans le choix de ceux qui les gouverneront. Étant donné qu'un référendum sur l'indépendance de l'Écosse aurait décisivement transformé la forme de Gouvernement à laquelle les requérants et les autres citoyens écossais auraient été soumis, [il] considère que le droit de vote à un tel référendum devrait être reconnu comme un aspect incontestable du droit des requérants à l'article 3 du premier Protocole »¹⁰⁸. Lord Kerr utilise, ensuite, la jurisprudence de Strasbourg en insistant sur la brèche qu'elle ouvre dans la décision *McLean and Cole* dans laquelle la Cour indique que l'article 3 du Protocole n° 1 ne s'applique pas à ce référendum car il n'y a « rien dans la nature du référendum en cause en l'espèce » qui permette de parvenir à une conclusion différente des décisions précédentes de la Cour de Strasbourg. Selon lui, le référendum écossais est d'une nature différente et implique nécessairement le « choix d'un corps législatif » puisque du référendum dépendra la nature du corps législatif dont se dotera l'Écosse¹⁰⁹. Il discute ensuite l'une des seules décisions motivées de la Commission, qui écarte l'application de l'article 3 du premier Protocole au référendum sur le maintien dans l'Union européenne car il était « purement consultatif », et qu'il n'y avait « pas d'obligation légale d'organiser un tel référendum »¹¹⁰. À l'inverse, le référendum écossais résultait d'une obligation légale : le *Scottish Independence Referendum Act 2014*, et son résultat était obligatoire. Que l'on adhère ou pas à une telle interprétation, Lord Kerr estime qu'il n'existe pas de « jurisprudence claire et constante de la CourEDH »¹¹¹ qui s'oppose « à ce qu'un vote qui implique le choix d'une forme de corps législatif comme résultant du référendum tombe dans le champ de l'article 3P1 ». Il se fonde sur le soubassement philosophique de l'article 3 pour indiquer que l'influence des citoyens sur la façon dont ils sont gouvernés en fait partie et que les priver de participer à ce choix heurte les valeurs que cet article protège¹¹². Rappelant les développements de la CourEDH à propos de la « démocratie politique effective » qui est « sans aucun doute la caractéristique fondamentale de l'ordre public européen »¹¹³, il conclut que le choix d'un gouvernement ne peut tomber en dehors de la protection de la Convention¹¹⁴. Il renforce son propos avec des développements concernant le droit à l'autodétermination prévu par l'article 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ce droit combiné avec l'article 25 du Pacte doit « éclairer l'application de la disposition de la Convention ». La seule différence de formulation entre l'article 3 du premier Protocole et l'article 25 ne peut servir de base pour écarter son influence sur la disposition de la Convention. Cette interprétation le conduit à accorder l'appel des requérants sur le fondement de la Convention et à rejeter leurs arguments fondés sur le droit de l'Union et sur la *common law*¹¹⁵.

¹⁰⁷ Article 31(1) de la Convention de Vienne.

¹⁰⁸ § 69.

¹⁰⁹ § 71.

¹¹⁰ § 72 ; Com.EDH, 3 octobre 1975, *X c. Royaume-Uni*, Req. n° 7096/75.

¹¹¹ *Alconbury Developments Ltd v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, § 26, Lord Slynn.

¹¹² § 75.

¹¹³ CourEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, Req. n°19392/92.

¹¹⁴ § 77.

¹¹⁵ Il rejoint Lord Hodge sur ces points § 84-88.

Lord Wilson, de son côté, rejoint le jugement de Lord Kerr sur la méthode interprétative à adopter en l'espèce tout en insistant sur le contexte, l'objet et les buts à la lumière desquels la disposition doit être interprétée¹¹⁶ ainsi que sur l'interprétation « en harmonie avec les principes généraux du droit international »¹¹⁷. Bien que les rédacteurs n'aient pas eu l'hypothèse référendaire en tête, ils n'auraient pas exclu une telle situation du champ de l'article 3 du Protocole n° 1. Il interprète l'expression « le choix du corps législatif » comme n'étant pas forcément le choix des représentants d'un corps législatif déjà établi, mais comme pouvant intégrer un corps législatif qui n'est pas encore établi. Rappelant, comme Lord Kerr, le Préambule de la Convention et la référence à la notion de « démocratie politique effective », il soutient que si l'article 3 du premier Protocole ne s'appliquait pas au référendum sur l'indépendance écossaise, cet article ne serait pas apte à établir et maintenir les fondations d'une démocratie en Ecosse¹¹⁸. Ayant recours à la technique de la distinction, il souligne que la jurisprudence de la Cour n'est pas décisive, car elle n'a jamais statué sur un référendum d'indépendance et statuer en ce sens irait plus loin que ce que la Cour a déjà jugé. Est-ce un obstacle pour la Cour suprême ? La réponse est, selon lui, négative car la Convention « est un arbre vivant capable de croissance et d'expansion au sein de ses limites naturelles »¹¹⁹. Des décisions ultérieures ont modifié le principe posé par Lord Bingham dans la décision *Ullah*, selon lequel la jurisprudence de la Cour doit évoluer de la même façon que la jurisprudence de Strasbourg « pas plus, mais certainement pas moins »¹²⁰. La Cour suprême a, dans certaines hypothèses, admis qu'il était possible de dépasser ces réserves et d'étendre la protection conférée par la Cour de Strasbourg là où elle ne s'est pas encore prononcée. C'est à la lumière d'une telle approche qu'il conclut à la violation de l'article 3 du Premier protocole.

La Cour suprême a confirmé une déclaration d'incompatibilité, prononcée par la Cour d'appel, dans la décision *R (On the application of T and another) (Respondents) v Secretary of State for the Home Department and another (Appellants)*¹²¹. Cette affaire, rappelle Lord Reed, soulève la problématique de la réhabilitation dans un monde où se développe les « dispositifs de surveillances, de collecte et d'utilisation des données personnelles »¹²². Une ordonnance, la *Rehabilitation of Offenders Act 1974 (Exceptions) Order 1975* et une loi, le *Police Act 1997*, ont permis de divulguer à de futurs employeurs les avertissements prononcés à l'encontre des deux requérants lorsque le premier (T), étant enfant, avait volé deux bicyclettes ou, lorsque la seconde (JB), avait dérobé un paquet de faux ongles. La loi de 1974, le *Rehabilitation of Offenders Act 1974*, qui s'applique aux « avertissements, observations, blâmes », permet à un individu ayant un casier judiciaire de ne pas évoquer ses condamnations passées ainsi qu'aux futurs employeurs de ne pas prendre de décisions dommageables en se fondant sur de telles condamnations ou sur le refus de les divulguer. L'ordonnance de 1975 et la loi de 1997 posent un certain nombre d'exceptions à cette interdiction lorsque sont concernés des emplois liés à l'enfance et aux adultes vulnérables. Ces textes autorisent la divulgation de « toutes les condamnations ou avertissements qui sont enregistrés sur leur casier judiciaire » sans aucune distinction. La difficulté à laquelle la Cour suprême a été ici confrontée résidait notamment dans le fait que le Secrétaire d'Etat avait corrigé les incompatibilités peu après la décision de la Cour d'appel. Lord Wilson note à cet égard que les appels perdent en l'espèce de leur importance pratique¹²³. Il serait en effet

¹¹⁶ § 95.

¹¹⁷ § 99.

¹¹⁸ § 98.

¹¹⁹ § 103.

¹²⁰ *Regina v. Special Adjudicator (Respondent) ex parte Ullah (FC) (Appellant)* [2004] UKHL 26, § 20.

¹²¹ [2014] UKSC 35.

¹²² §§ 69-90.

¹²³ § 3.

« piquant » indique-t-il que « la Cour suprême parvienne à la conclusion que l'ordonnance de 1975 et la loi de 1997 ne soient finalement pas jugées incompatibles avec les droits des défendeurs »¹²⁴. Tel n'a pas été le cas puisque l'appel du Ministre de l'intérieur a été rejeté à l'unanimité, mais sur un aspect seulement : celui de la contestation de la déclaration d'incompatibilité prononcée par la Cour d'appel. En revanche, les cinq *Justices* ont, encore à l'unanimité, reçu l'appel du Ministre de l'intérieur contre la décision de la Cour d'appel de déclarer le *Rehabilitation of Offenders Act 1974 (Exceptions) Order 1975 ultra vires* et de n'accorder aucune réparation à la suite du contrôle de la légalité de cette ordonnance.

Les deux principaux points faisant débat dans cette affaire résidaient, d'abord, dans le motif justifiant la déclaration d'incompatibilité. L'interférence avec l'article 8 CEDH est-elle inconstitutionnelle en ce qu'elle n'est pas « prévue par la loi » ou bien en ce qu'elle est disproportionnée ? La décision révèle sur ce point une divergence entre l'opinion de Lord Wilson et celle de Lord Reed, qui n'est pas exempte d'ambiguïté quant à la distinction entre ces deux étapes du contrôle. Les trois autres juges semblent soutenir prioritairement Lord Reed, selon lequel la restriction au droit au respect de la vie privée est inconstitutionnelle car elle n'est pas « prévue par la loi », tout en manifestant leur accord avec l'opinion de Lord Wilson et le second temps de l'opinion de Lord Reed jugeant, selon des logiques différentes, que cette interférence n'est pas « nécessaire dans une société démocratique ». La déclaration d'incompatibilité de la loi a, pour la première raison ou pour la seconde, été prononcée à l'unanimité.

Lord Wilson, qui a rendu la première opinion après avoir établi, à l'aune de la jurisprudence britannique et européenne¹²⁵, que les faits de l'espèce tombaient bien dans le champ d'application de l'article 8 CEDH, a développé son argumentation relative à l'interférence avec le droit au respect de la vie privée en distinguant clairement le raisonnement relatif à la « légalité » de l'interférence de celui portant sur son caractère nécessaire dans une société démocratique. Il rejette l'approche de la CourEDH dans une décision *MM*¹²⁶, alors que Lord Reed, suivi en cela par les autres *Justices*, se fonde sur cette décision pour juger que le dispositif encadrant la divulgation de casiers judiciaires n'est pas « prévu par la loi ». Lord Wilson estime que la CourEDH raisonne de façon paradoxale en termes de proportionnalité dans cette décision. Elle retient l'absence de mécanisme de contrôle indépendant d'une décision de refus ou de divulgation de données, souligne l'absence de prise en compte des circonstances lorsqu'il est question de divulguer l'existence d'avertissements¹²⁷ et soutient que l'absence de « garanties suffisantes » dans le système de collecte et de divulgation des casiers judiciaires pour conclure que le dispositif n'est pas « prévu par la loi ». Lord Wilson poursuit en se séparant clairement de l'approche de Lord Reed, qui envisage¹²⁸ l'existence de garanties au sein de l'ordonnance de 1975 et de la loi de 1997 comme autant d'indices de leur « légalité ». « En d'autres mots [dit-il] pour qu'une interférence soit « prévue par la loi », il doit exister des garanties qui ont pour effet de rendre possible un examen satisfaisant du caractère proportionné de l'interférence »¹²⁹. Ce raisonnement, qui résulte de la nécessaire prise en compte de la décision *MM* présentée par Lord Reed comme une décision « persuasive »¹³⁰ est soutenu par les quatre autres *Justices*. La

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ § 16; § 138; § 20.

¹²⁶ CourEDH, 13 novembre 2012, *MM c. Royaume-Uni*, Req. n° 24029/07. Dans cette décision, une grand-mère avait enlevé l'enfant de son fils durant une journée afin d'inciter son fils et sa belle-fille en instance de séparation à s'entendre. Elle a été condamnée à un avertissement, que la police lui avait assuré être temporaire, ce qui ne fut pas le cas à la suite d'un changement de pratique. Un tel avertissement fit obstacle à son embauche.

¹²⁷ §§ 35-38.

¹²⁸ § 114.

¹²⁹ § 114 ; § 108-119 ; 158.

¹³⁰ § 119.

logique qui préside à l'opinion de Lord Reed brouille, comme le note à juste titre Lord Wilson, la nécessaire distinction entre le critère de la légalité de l'interférence et celui de sa proportionnalité. Il s'agit du principal point de dissension entre Lord Wilson et tous les autres membres de la Cour. Mais la position des membres de la majorité manque de clarté puisque Lord Reed suivi par Lord Neuberger, Lady Hale et Lord Clarke indique que malgré leurs conclusions fondées sur le fait que les sections 113A et 113B de la loi de 1997 ne sont pas des interférences « prévues par la loi », il est d'accord avec Lord Wilson pour juger que la divulgation des avertissements prononcés contre les requérants n'est pas « nécessaire dans une société démocratique » compte tenu du caractère mineur des délits commis par les deux requérants¹³¹. Lord Wilson rappelle la position du Ministre de l'intérieur selon lequel le système de casier judiciaire doit être ramené à un niveau répondant au « bon sens »¹³². Par ailleurs, leur raisonnement semble paradoxal dans la mesure où il conduit Lord Reed à juger, en se fondant sur leur caractère intrusif¹³³, que le dispositif de 1997 ne remplit pas l'exigence du caractère « prévu par la loi » alors qu'ils ne parviennent pas à cette conclusion pour l'ordonnance de 1975. L'unanimité sur ce point est étrange car le seul raisonnement sur le caractère « nécessaire dans une société démocratique » aurait pu suffire. Ces opinions concordantes conduisent, quoi qu'il en soit, la Cour à prononcer à l'unanimité une déclaration d'incompatibilité contre la loi de 1997. Un tel prononcé n'a pas de conséquences juridiques puisque la loi reste en vigueur, mais elle donne symboliquement raison aux requérants.

Le second point, prononcé à l'unanimité et faisant l'objet de développements significatifs, résidait dans le choix de la réparation à accorder concernant l'ordonnance de 1975 qui avait été déclarée *ultra vires* par la Cour d'appel. Le recours contre la déclaration d'illégalité de l'ordonnance de 1975 a été admis à l'unanimité afin de prendre une position cohérente avec le prononcé de la déclaration d'incompatibilité. La Cour parvient à cette conclusion après avoir écarté, dans un premier temps, toute réparation fondée sur l'article 8 du *HRA*, qui aurait permis de déclarer illégal le fait de ne pas avoir corrigé, après l'entrée en vigueur du *HRA*, le dispositif existant en vue de tenir compte des exigences conventionnelles. Une telle conclusion doit être écartée. La section 6 du *HRA* déclare qu'il est illégal, pour une autorité publique, d'agir de façon incompatible avec un droit de la Convention précise qu'une telle illégalité ne peut résulter d'une « abstention de (a) prendre l'initiative, ou de soumettre au Parlement une proposition de loi ou (b) d'adopter une quelconque législation ou mesure corrective », ce qui exclut, selon Lord Reed, l'adoption d'un projet d'ordonnance corrigeant celle de 1975. Il a, dans un second temps, écarté le prononcé d'une déclaration d'incompatibilité. Une déclaration concernant une législation subordonnée n'est possible qu'à condition que la disposition soit incompatible avec un droit conventionnel et à condition que la loi sur le fondement de laquelle l'ordonnance est adoptée empêche la disparition de l'incompatibilité. Tel n'était pas le cas en l'espèce puisque la loi de 1974 n'empêchait pas de faire disparaître l'incompatibilité¹³⁴. Déclarer cette ordonnance *ultra vires* remettait en cause, dans un troisième temps, les effets de la déclaration d'incompatibilité prononcée contre la loi de 1997. La déclaration d'illégalité de l'ordonnance de 1975 revenait à priver d'effet la loi de 1997, dont la mise en œuvre dépendait de cette ordonnance (puisque elle autorisait la divulgation de certains casiers qui sont dispensés de protection en vertu de l'ordonnance) et à

¹³¹ § 121 ; § 158, § 142. La formulation de l'opinion concordante de Lord Neuberger, Lady Hale et Lord Clarke l'illustre : « Nous sommes d'accord avec Lord Reed [selon lequel les sections de la loi de 1997 sont incompatibles car elles ne remplissent pas l'exigence selon laquelle l'interférence avec le droit conventionnel doit être « prévue par la loi »] pour qui les sections de la loi de 1997 sont incompatibles pour cette raison, mais nous sommes également d'accord avec Lord Reed et Lord Wilson pour juger que ces interférences ne remplissent pas l'exigence d'être « nécessaire dans une société démocratique ».

¹³² § 48.

¹³³ § 38 ; 50 ; § 119 ; § 140.

¹³⁴ §§144-151.

porter atteinte à la sécurité juridique (puisque les demandes de divulgation de casiers judiciaires prises sur son fondement seraient illégales)¹³⁵. Ce raisonnement allait clairement à l'encontre du mécanisme de déclaration d'incompatibilité qui ne peut, en vertu de la section 4(6) du *HRA*, priver d'effet une loi qui en a fait l'objet. Dès lors, parce que les requérants ont obtenu satisfaction avec la déclaration d'incompatibilité de la loi de 1997 devant la Cour d'appel, ce qui a conduit à la modification des dispositifs des lois de 1997 et de l'ordonnance de 1975, Lord Reed, soutenu par tous les *Justices* a jugé qu'il n'était pas nécessaire pour que les requérants obtiennent une satisfaction équitable qu'une réparation soit prononcée à propos de l'ordonnance de 1975¹³⁶. Adoptant une posture symbolique, en prononçant une déclaration d'incompatibilité, et pragmatique, en écartant toute réparation à propos de l'ordonnance de 1975, alors même que le dispositif contesté avait été corrigé en 2013, les *Justices*, ont en définitive privilégié l'objectif de réhabilitation à l'occasion de la mise en œuvre de l'article 8 CEDH au détriment de l'usage excessif aux données personnelles.

B - L'EVOLUTION DES SOURCES DE PROTECTION

Les sources de protection des droits et libertés ont fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle consistant en une redécouverte des droits et libertés de *common law*¹³⁷ au détriment des droits de la CEDH. Lord Reed¹³⁸, qui est à l'origine de ce mouvement remet en avant le rôle millénaire de la *common law* dans la garantie des droits et libertés et la subsidiarité de la garantie assurée par la CEDH. Il tend à rappeler qu'avant l'incorporation de la CEDH par le *HRA*, la *common law* protégeait les droits fondamentaux et que ce rôle n'a pas cessé depuis le *HRA*. En effet, depuis le 2 octobre 2000, le recours aux droits conventionnels prévus dans le *HRA* a été privilégié par rapport aux droits de *common law* malgré certaines décisions¹³⁹. Dans l'affaire *A v Secretary of State for the Home Department*¹⁴⁰, par exemple, Lord Bingham a posé le principe de l'exclusion des preuves par la torture sur le fondement des seuls principes de *common law*¹⁴¹. Cette remise au goût du jour des droits et libertés de *common law* est une mise en œuvre du caractère subsidiaire des garanties conventionnelles. En témoignent les propos de Lord Reed soulignant que les valeurs sous-tendant la Convention et la Constitution britannique « exigent que les droits conventionnels soient d'abord protégés par un corps circonstancié de droit interne » et rappellent le caractère subsidiaire de la Convention, qui ne doit pas être traitée comme « Moïse et ses prophètes »¹⁴².

¹³⁵ § 61-62 (Lord Wilson) et § 156 (Lord Reed).

¹³⁶ §66-157-158.

¹³⁷ R. Masterman et S. Wheatle, « A common Law Resurgence In rights Protection », *PL*, 2015, pp. 57-65; R. Clayton, « The empire strikes back : common law rights and the Human Rights Act », *PL*, 2015, pp. 3-12; E. Bjorge, « Fundamental rights at English (and European?) common law », *LQR*, 2015, pp. 192-196; P. Ducuolombier, « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme: le cas britannique », *RDP*, 2016, n° 1, p. 223.

¹³⁸ Lord Reed, Lord Reed, « The *common law* and the ECHR », *Inner Temple*, 11 November 2013, disponible sur http://www.innertemple.org.uk/downloads/members/lectures_2013/lecture_reed_2013.pdf et cf. également, Lady Hale, « UK constitutionalism on the March ? », Keynote address to the Constitutional and Administrative Law Bar Association Conference, 12 July 2014 disponible sur <https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html>

¹³⁹ Pour des affaires antérieures cf. *S v L* [2012] UKSC 30; *R (Sturham) v Parole Board* [2013] UKSC 23 ; *Bank Mellat v HM Treasury (No 2)* [2013] UKSC 39.

¹⁴⁰ [2005] UKHL 71.

¹⁴¹ § 51-52.

¹⁴² *Osborn v The Parole Board; Booth v The Parole Board; In the matter of an application of James Clyde Reilly for Judicial Review (NI)* [2013] UKSC 61; § 56.

À la suite de la décision *Osborn* relative aux droits procéduraux des détenus¹⁴³, d'autres décisions ont conduit la Cour suprême à insister sur la priorité qu'il fallait donner aux garanties de *common law*, et ce, au détriment du *Human Rights Act*. L'affaire *Kennedy v. Charity Commission* en est une illustration¹⁴⁴. Il était question d'une demande de divulgation d'informations formulée par M. Kennedy, un journaliste, auprès de la *Charity Commission* à propos d'une enquête qu'elle avait conduit concernant les actions caritatives menées par le député Galloway auprès de la population irakienne à la suite des sanctions imposées à l'Irak après la première guerre du Golfe. L'interprétation de la section 32(2) du *Freedom of Information Act 2000 (FOIA)* était au cœur de cette affaire. Cette disposition impose une interdiction absolue de divulgation d'informations détenues par une autorité publique lorsqu'elles sont contenues dans des documents détenus par une personne conduisant une enquête ou un arbitrage. Une telle interdiction était-elle compatible avec les droits issus de l'article 10 CEDH de M. Kennedy ? Fallait-il interpréter la loi conformément à l'article 10 CEDH afin de neutraliser cette exception au principe de divulgation, voire prononcer une déclaration d'incompatibilité ? Deux interprétations se sont opposées. La première, qui fut formulée dans les opinions de Lord Mance, Toulson et Sumption, auxquels se sont associés Lord Neuberger et Lord Clark. Elle écarte toute application de l'article 10 CEDH préférant interpréter la loi de façon large en soutenant que le *FOIA* impose une exception absolue qui dure non seulement durant l'enquête ou l'arbitrage, mais aussi durant les trente années qui suivent jusqu'à ce que les informations aient été détruites. Le *FOIA* ne peut, selon eux, être interprété comme permettant une divulgation de documents à la lumière de l'article 10 CEDH, car cela irait à l'encontre de l'intention du Parlement, ni faire l'objet d'une déclaration d'incompatibilité¹⁴⁵. En revanche, Lord Mance et Lord Toulson insistent sur le fait que le requérant peut se fonder sur les règles législatives et de *common law* relatives à la divulgation d'informations extérieures au *FOIA* en se fondant sur le *Charity Act* de 1993 et le principe de « justice ouverte » (*open justice*)¹⁴⁶. Les objectifs, fonctions et devoirs de la *Charity Commission* insistent sur l'importance de la prise en compte de l'intérêt public dans la mise en œuvre des Commissions et organes caritatifs qu'elle régleme¹⁴⁷. Après avoir rappelé certaines décisions qui considèrent comme équivalentes les protections de la liberté d'expression par la *common law* et par l'article 10 CEDH, Lord Mance indique qu'il est nécessaire d'analyser cette question en partant du droit interne et de ne pas se concentrer exclusivement sur le droit de la CEDH¹⁴⁸. Il souligne le fait que ces dispositions sont sous-tendues par « une présomption de *common law* en faveur de l'ouverture » et du « principe de justice ouverte »¹⁴⁹ et assimile, sans véritablement le justifier, les procédures juridictionnelles et celles ayant lieu devant des organismes caritatifs en insistant sur l'intérêt public qui réside dans l'ouverture nécessaire pour conduire de telles enquêtes ainsi que sur l'importance d'un contrôle strict de telles questions¹⁵⁰. Estimant que l'article 10 CEDH ne donne pas lieu à un devoir de divulgation au regard de la jurisprudence récente, il écarte le recours de M. Kennedy.

Lord Toulson et Lord Sumption adoptent une approche comparable à quelques nuances près en insistant sur l'importance de la publicité des procédures judiciaires et du principe de

¹⁴³ Cf. « L'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte : Royaume-Uni », *RFDC*, 2015, n°1, p. 250.

¹⁴⁴ *Kennedy v The Charity Commission* [2014] UKSC 20. A ce sujet, cf. M. K. Synge, « The Attorney General and the Charity Commission: one rule without reason? », *PL*, 2016, Jul, 409-417.

¹⁴⁵ *Ibid.* § 42.

¹⁴⁶ *Ibid.* § 35, 37, 38, 42, 43 et s.

¹⁴⁷ *Ibid.* § 43.

¹⁴⁸ *Ibid.* § 46.

¹⁴⁹ *Ibid.* § 47.

¹⁵⁰ *Ibid.* § 48 § 49 § 51.

justice ouverte¹⁵¹. Lord Toulson souligne, dans le même sens que Lord Mance, que l'objectif du *HRA* n'était pas de « transformer la *common law* en catacombe »¹⁵². La Cour a ainsi jugé que l'élément central de cette décision était la « présomption de *common law* en faveur de l'ouverture »¹⁵³.

À l'inverse, Lord Wilson et Lord Carnwath persistent à fonder leur raisonnement sur le *HRA* et l'article 10 CEDH. Lord Carnwath souligne d'ailleurs l'absence d'argument convaincant pour appliquer ce principe de *common law* à des organes non juridictionnels¹⁵⁴. L'un comme l'autre aurait neutralisé la section 32(2) afin que l'interdiction de divulgation absolue expire à l'issue de l'enquête. Ils estiment en effet qu'une telle interprétation ne concurrence pas les mécanismes du *FOIA* par ceux, moins précis, qui résident dans les principes de *common law* de publicité de la justice.

La décision *A v. BBC*¹⁵⁵ s'inscrit dans la continuité de la décision Kennedy puisqu'elle est également axée sur le principe de publicité de la justice. Il était, en l'espèce, question de la demande d'anonymat formée par un étranger, qui avait purgé une peine de quatre ans de prison pour des abus sexuels envers des mineurs et qui faisait l'objet d'une procédure d'expulsion. Cette demande d'anonymat était justifiée par le fait qu'il subirait des traitements inhumains et dégradants dans son pays d'origine. La demande d'anonymat, qui lui a été accordée par la *Court of Session* et qui permettait de rendre effective l'expulsion, a été contestée par la BBC. Celle-ci demandait, pour l'essentiel, de lever cet anonymat qui portait atteinte à l'article 10 CEDH. Sa demande a été rejetée. Lord Reed a rendu l'opinion de l'unanimité des *Justices* en articulant son raisonnement autour des rapports entre les garanties de *common law* et les garanties fondées sur les droits conventionnels. Il a identifié plusieurs questions soulevées par cet appel au rang desquelles se trouve notamment la question de savoir si la Cour dispose d'un pouvoir de protéger l'anonymat sur le fondement de la *common law* lorsque les droits conventionnels protégés par le *HRA* sont engagés¹⁵⁶ ou celle de savoir si la Cour a agi de façon compatible avec l'article 10 de la CEDH en adoptant une ordonnance d'anonymat. Lord Reed insiste, après avoir rappelé les faits de l'affaire, sur l'importance du principe général du droit constitutionnel de « justice ouverte » (*open justice*), que l'on peut rattacher à la transparence, qui constitue un aspect de la *Rule of Law* dans la démocratie. Il indique que « le principe selon lequel la justice est administrée par les Cours en public et est, par conséquent, ouverte au contrôle du public est un principe général de notre droit constitutionnel »¹⁵⁷. Pour que les Cours protègent ce principe « dans une démocratie dans laquelle l'exercice de l'autorité publique dépend du consentement du peuple gouverné » les Cours doivent être ouvertes au contrôle du public¹⁵⁸. Un tel principe remonte à des lois constitutionnelles du XVII^e siècle telles que le *Court of Session Act 1693*. Il suppose que les procédures soient diffusées dans la presse et est « inextricablement lié à la liberté des médias de publier les procédures juridictionnelles »¹⁵⁹. Il expose les exceptions à ce principe qui doivent être identifiées par les Cours en se fondant sur les faits particuliers de chaque affaire et évoque les procédures secrètes, les litiges impliquant des enfants, les atteintes à la vie privée ou les secrets commerciaux, lorsque l'intérêt de la justice le justifie ou encore la

¹⁵¹ *Ibid.*, § 110.

¹⁵² *Ibid.*, § 133.

¹⁵³ Lord Mance §§. 6-8,35-42 et Lord Toulson §106.

¹⁵⁴ *Ibid.*, § 239.

¹⁵⁵ [2014] UKSC 25.

¹⁵⁶ *Ibid.*, § 3.

¹⁵⁷ *Ibid.*, § 23.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 23.

¹⁵⁹ *Ibid.*, §§ 25-26.

protection de l'anonymat des témoins¹⁶⁰. Lord Reed développe ensuite son raisonnement en se fondant sur ce principe tel qu'il est protégé par les droits de la CEDH et notamment l'article 6(1) CEDH dont il souligne la similitude avec les principes de *common law*¹⁶¹. Il indique notamment que le principe de justice ouverte, qui est garanti par la *common law*, reste en vigueur malgré l'application des droits conventionnels¹⁶². Malgré l'écho de l'article 10 CEDH en droit interne, Lord Reed précise que l'équilibre entre les principes de justice ouverte et d'autres valeurs n'est pas toujours le même en droit conventionnel ou en droit interne¹⁶³. Dans de telles circonstances, il faut donner effet aux droits conventionnels en appliquant le *HRA*. C'est ce qu'il fait, en l'espèce, en raisonnant sur le fondement du *HRA* pour juger que l'ordonnance contestée par la BBC n'était pas contraire à l'article 10 CEDH, bien qu'il y ait un intérêt public à la publication d'informations concernant cette affaire, car cela pourrait contribuer à un débat d'intérêt général. L'existence d'un risque de violation de l'article 3 CEDH dans l'hypothèse d'une publication de l'identité du requérant a justifié une exception au principe de transparence de la justice. Il ajoute, par ailleurs, pour montrer l'équivalence entre droit conventionnel et droit de *common law*, que cette ordonnance est conforme à la *common law*. L'ensemble des Justices ont, en définitive, jugé que l'ordonnance imposant l'anonymat du requérant était conforme au principe général de *common law* de justice ouverte car elle visait à protéger la sécurité d'une partie au procès¹⁶⁴, mais aussi compatible avec les droits conventionnels de la BBC et notamment sa liberté d'expression¹⁶⁵. Lord Reed poursuit ainsi le mouvement jurisprudentiel qui tend à remettre en avant les droits et libertés de *common law*, qui auraient été irrigués par les garanties conventionnelles. Si ce mouvement illustre la subsidiarité des garanties conventionnelles, il ne faudrait pas qu'il constitue une régression en matière de protection des droits et libertés par rapport au droit de la CEDH¹⁶⁶.

¹⁶⁰ *Ibid.*, § 29-32; § 35; § 4.

¹⁶¹ *Ibid.*, §§ 42-44.

¹⁶² *Ibid.*, § 56. Il se réfère aux affaires *Al Rawi and others v Security Service and others (JUSTICE and others intervening)* [2011] UKSC 34; [2012] 1 AC 531, *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury* [2013] UKSC 38; [2013] 3 WLR 179 et *Kennedy v The Charity Commission* [2014] UKSC 20, *R (Guardian News and Media Ltd) v City of Westminster Magistrates' Court (Article 19 Intervening)* [2012] EWCA Civ 420; [2013] QB 618.

¹⁶³ *Ibid.*, § 57.

¹⁶⁴ *A v BBC, op. cit.*, § 75.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 76.

¹⁶⁶ En ce sens, R. Clayton, « The empire strikes back : common law rights and the Human Rights Act », *PL*, 2015, p. 12.