

DUFFY

Le renouveau du droit constitutionnel britannique sous l'influence du *Human Rights Act 1998*

Le Royaume-Uni est un pays précurseur en matière de droits et libertés. Il fut, en effet, le premier à les consacrer dans des documents solennels tels que la *Magna Carta 1215* ou le *Bill of Rights 1689*. La liberté était si inhérente au système britannique que Dicey, le célèbre professeur d'Oxford, considérait le droit constitutionnel britannique comme le résultat et non la source des libertés individuelles¹. Pourtant, l'aînée des démocraties² a, pendant longtemps, fait figure d'exception au regard du développement de systèmes de protection fondés sur le statut renforcé des droits et libertés garantis dans un texte de valeur constitutionnelle³. La situation britannique est ainsi progressivement apparue comme un cas isolé au sein du Commonwealth et de l'Europe démocratique⁴.

Le Royaume-Uni est, en effet, le premier Etat à ratifier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le 8 mars 1951. En 1984, la Convention européenne a été étendue aux 42 territoires du Commonwealth et 24 d'entre eux l'ont introduit dans leur Constitution⁵. Pourtant, le Royaume-Uni persistait dans son refus d'incorporer la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne ce qui rendait sa position délicate au sein du Conseil de l'Europe. Malgré la reconnaissance du droit d'accès des citoyens à la Cour européenne en 1967, les particuliers ne pouvaient pas invoquer les dispositions de la Convention européenne devant les juridictions nationales. Ce n'est qu'en 1998, après diverses propositions de la part de la doctrine, de certains juges, et l'échec de plusieurs projets de déclarations devant le Parlement⁶, qu'est finalement adoptée le *Human Rights Act 1998*.

Cette loi, qui fait partie du programme de réforme constitutionnelle du Gouvernement travailliste, n'incorpore pas directement et intégralement la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne. Son principal objet est de « renforcer l'effet »⁷ de la Convention européenne sans la rendre pleinement applicable au niveau national. Ainsi, les articles premier et 13 de la Convention européenne n'ont pas été incorporés car ils sont, selon le Gouvernement, déjà appliqués grâce au *Human Rights Act 1998*⁸.

La loi de 1998 est relativement respectueuse du cadre constitutionnel britannique⁹ et témoigne, de nouveau, du particularisme de la protection des droits et libertés dans ce pays. En effet, cette mesure a été adoptée suivant la procédure législative ordinaire et ne dispose pas, *a priori*, d'une portée juridique renforcée. Par ailleurs, les procédures prévues par le

¹ A.V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Giard & Brière, Paris, 1902, 474 p., pp. 163-183.

² M-A. Matar-Bonucci (sous la direction de), *La démocratie au XXe siècle- Europe de l'Ouest et États-Unis*, Atlande, Paris, 2000, 960 p., p.166.

³ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Trémeau, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2005, 576 p., p. 123.

⁴ A. Lester, «Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?», *P.L.*, 1984, pp.46-72, p.56.

⁵ A. Lester, *ibid.*

⁶ V. Barbé, «Le *Human rights Act 1998* et la Souveraineté parlementaire», *R.F.D.C.*, n° 61, 2005, pp. 117-145, p. 118-122.

⁷ Hansard, 585 H.L. 421, 29 janvier 1998. Par ailleurs, le *Human Rights Act 1998* précise bien qu'elle a pour objet de donner plus d'effet aux droits et libertés garantis par la Convention : « An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights [...] ».

⁸ Les droits garantis sont énoncés dans la Section 1 du *Human Rights Act 1998*. Ce sont les articles 2 à 12 et 14 de la Convention, 1 à 3 du Premier Protocole et 1 à 2 du 6^{ème} Protocole lus conformément aux articles 16 à 18 de la Convention.

⁹ D. Feldman, « Civil Liberties », pp. 401-481, in *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford University Press, 2003, Oxford, 795 p., p. 465.

Human Rights Act 1998 réalisent un habile compromis entre une volonté politique d'affermir la protection des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et la nécessité de respecter certaines caractéristiques essentielles de la Constitution britannique¹⁰. Dès lors, le *Human Rights Act 1998* ne confère pas aux juges le pouvoir d'invalider les lois qui méconnaîtraient les droits conventionnels. La loi de 1998 semble ainsi être « taillée sur mesure » afin de préserver les composantes de la Constitution britannique. Cette dernière est toujours constituée de conventions constitutionnelles et de règles de *strict law*¹¹ qui sont, selon Dicey, les conséquences¹² des principes de souveraineté du Parlement et de la *rule of law*¹³. Sous cet angle, la spécificité constitutionnelle du Royaume-Uni semble persister et même être entretenue par l'originalité du modèle britannique d'incorporation de la Convention européenne.

Si le *Human Rights Act 1998* n'a pas, à première vue, radicalement bouleversé la Constitution britannique, il apparaît néanmoins que la conception traditionnelle du droit constitutionnel telle qu'elle était présentée par Dicey ait évolué. Ainsi, la codification des droits et libertés et les mécanismes institués par le *Human Rights Act 1998* attestent d'une nouvelle dimension du droit constitutionnel britannique. Le *Human Rights Act 1998* a, en effet, renouvelé les fondements spécifiques de la Constitution britannique (I). Cette dernière s'inscrit désormais dans un mouvement de modernisation du droit constitutionnel qui est progressivement investi par un droit des libertés (II).

I. Le renouveau des fondements du droit constitutionnel britannique

En conférant de nouvelles compétences au juge en matière de protection des droits et libertés, le *Human Rights Act 1998* a modifié la conception orthodoxe de la *rule of law* (A) et de la souveraineté du Parlement (B), deux principes directeurs du droit constitutionnel britannique.

A. La transformation du principe de *rule of law* par la redéfinition du rôle du juge en matière de protection des droits et libertés

La *rule of law* est classiquement présenté par Dicey comme un principe impliquant l'absence de pouvoir arbitraire du Gouvernement, la soumission de tout homme, quelque soit son rang, au droit et aux tribunaux ordinaires et une Constitution prétorienne¹⁴ où la protection des droits et libertés est assurée par la *common law* et non par une déclaration de droits¹⁵. Ce dernier aspect de la *rule of law* est désormais remis en cause par l'adoption du *Human Rights Act 1998*. La protection des droits ne résulte plus, comme le soutenait Dicey, des décisions des Cours et de lois protégeant ponctuellement certains droits et libertés. Le *Human Rights Act 1998* constitue désormais un instrument privilégié de protection qui

¹⁰ Hansard, HL 585, col. 839, 5 février 1998 ; Lord Irvine of Lairg, Opening address to the conference on constitutional Reform in the U.K, 17 janvier 1998, Center of Public Law, Cambridge, disponible sur le site www.dca.gov.uk/speeches/1998/cambridg.htm.

¹¹ Ce sont des coutumes constitutionnelles anciennes d'origine jurisprudentielle ainsi que des documents historiques contenant des principes constitutionnels, P. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1990, 713 p., p.324.

¹² A.V. Dicey, *op.cit.* p. 366.

¹³ A.V. Dicey, *op. cit.*, p. 163. Ce principe peut-être traduit par l'expression « règne de la loi ». Nous préférons l'utilisation de l'expression « *rule of law* ».

¹⁴ A.V. Dicey la qualifie de « *judge made constitution* », *op. cit.*, p. 175.

¹⁵ A.V. Dicey, *op. cit.*, pp. 163-183.

renforce la garantie de la notion traditionnelle *rule of law* en dotant les juges de nouveaux pouvoirs dans ses rapports avec les autorités publiques et avec le Parlement.

1. Les nouvelles compétences du juge dans ses rapports avec les autorités publiques

Avant l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998*, une jurisprudence protectrice des droits et libertés¹⁶ s'était développée à travers la procédure de *judicial review*¹⁷. Cette procédure peut-être considérée comme une application juridictionnelle de la *rule of law*¹⁸ puisqu'elle permet aux particuliers de contester la légalité des décisions de l'administration et les protège de ce fait contre l'arbitraire des autorités administratives. La conception Diceyenne de la *rule of law*, attachée à une exigence de légalité formelle, était alors enrichie par une approche plus substantive de ce principe¹⁹ puisque les juges ont reconnu dans certaines affaires²⁰ l'existence de « droits constitutionnels »²¹.

La Section 6 du *Human Rights Act* prolonge ce que la pratique jurisprudentielle avait inauguré en plaçant le juge sur le terrain conventionnel. Cette disposition, qui prescrit aux autorités publiques d'agir d'une manière compatible avec les droits Conventionnels, accroît les attributions du juge lorsqu'il s'agit d'imposer à la puissance publique le respect des droits et libertés. Leur protection par la procédure de *judicial review* dispose désormais d'un fondement textuel et ne résulte plus de la reconnaissance pragmatique par la *common law* de droits ou libertés constitutionnels. L'interférence injustifiée avec un droit conventionnel est une nouvelle hypothèse de recours qui complète les cas d'ouverture traditionnels de la procédure de *judicial review*²² : l'impropriété procédurale (qui englobe le vice de procédure et la régularité de la motivation) et l'irrationalité²³.

De plus, le *Human Rights Act 1998* a étendu la liste des droits dont la violation requiert l'intervention du juge. Ces derniers sont énumérés dans la Section 1 de la loi de 1998 et vont au-delà des droits reconnus ponctuellement par la *common law*.

Le *Human Rights Act 1998* en systématisant l'intervention du juge dans l'hypothèse de violations des droits conventionnels par les autorités publiques, clarifie une pratique aléatoire instaurée par la *common law*. Le principe constitutionnel de *rule of law* est ainsi consolidé puisque la loi de 1998 confère une base textuelle à l'utilisation de la procédure de *judicial*

¹⁶ S. Dubourg-Lavroff, « Pour une constitutionnalisation des droits et libertés en Grande-Bretagne ? », *RFDC*, 1993, n°15, pp.479-498, p. 483.

¹⁷ Cette procédure est également dénommée « *application for judicial review* ».

¹⁸ J. Jowell, « The rule of Law today », in *The changing constitution*, J.Jowell et D.Oliver (édité par), Oxford University Press, 2000, 387 p., p. 17.

¹⁹ J. Raz, «The rule of law and its virtue», *L.Q.R.*, vol. 93, 1977, pp. 195-211; T.R.S. Allan, « The rule of law as the rule of reason :consent and constitutionalism », *L.Q.R.*, vol. 115, 1999, pp. 221-244; Lord Steyn dans *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p Pierson* [1997] UKHL 37; [1998] AC 539; [1997] 3 All ER 577; [1997] 3 WLR 492 selon lequel la rule of law implique un standard de justice substantive et procédurale minimum.

²⁰*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Leech (No. 2)* [1994] Q.B. 198; *R. v. Lord Chancellor, ex p. Witham* [1997] 1 W.L.R. 104, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Simms* [1999] 3 All E.R. 400; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd* [1999] 4 All ER 609.

²¹ J. Jowell, «Beyond the rule of law: Toward Constitutional Judicial Review», *P.L.*, 2000, pp.671-683, p. 674. Le caractère constitutionnel des droits reconnus ne signifie pas qu'ils sont garantis à un niveau normatif supralégislatif. Cette notion s'appréhende en fonction du contexte constitutionnel britannique et ne signifie pas que le juge britannique ait fait œuvre de juge constitutionnel en soumettant le législateur au respect de ces droits. Voir *infra*, II. A. 1.

²² Ils ont été présentés explicitement par Lord Diplock dans, *Council for Civil Service Union v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

²³ Ce dernier cas de recours a été formulé par Lord Greene dans *Associated provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223. Il est communément appelé test d'« irrationalité » ou « Wednesbury ».

review comme principal recours pour assurer le respect des droits et libertés contre les empiètements de l'administration.

2. Les nouvelles attributions du juge dans ses rapports avec le Parlement

Le législateur a choisi de renforcer la garantie des droits et libertés en limitant les pouvoirs du juge dans ses rapports avec le Parlement à un devoir d'interprétation des lois d'une manière compatible avec les droits garantis par la Convention européenne (Section 3 du *Human Rights Act 1998*) ainsi qu'au recours à la déclaration d'incompatibilité (Section 2 du *Human Rights Act 1998*). Ces mécanismes enrichissent la *rule of law* dont le contenu fixe une moralité institutionnelle aux pouvoirs publics²⁴. Le respect de ce principe constitutionnel, qui prévient les tentations arbitraires des décisions des autorités publiques, s'impose alors dans une certaine mesure, au législateur lors de la mise en œuvre de ces procédures.

a. Le devoir d'interprétation conforme à la Convention

La Section 3 du *Human Rights Act 1998* prévoit que les législations primaires et subordonnées²⁵ seront lues et appliquées, dans la mesure du possible, conformément aux droits conventionnels. La Chambre des Lords avait, depuis la décision *Brind*²⁶, accepté d'interpréter certaines dispositions législatives, trop ambiguës, de façon compatible à la Convention européenne²⁷. La Section 3 du *Human Rights Act 1998* confirme les initiatives du juge mais elle fait disparaître l'exigence d'ambiguïté autrefois nécessaire afin de procéder à une telle interprétation. Désormais, toute législation qu'elle soit ou non équivoque, pourra être interprétée à la lumière des droits prévus par la Convention européenne.

La Section 3 nécessite cependant de définir le type d'interprétation envisagé par le *Human Rights Act 1998* afin de délimiter les pouvoirs du juge en la matière. Cette procédure doit, selon F. Benion, trouver un équilibre entre une interprétation trop prudente ou trop aventureuse²⁸. Dans le premier cas, les droits conventionnels ne seraient pas protégés efficacement, dans le second, le juge ferait dire à la loi ce qu'elle n'affirme pas et méconnaîtrait par là même le principe de souveraineté du Parlement. Pour Lord Woolf, il s'agit de trouver un équilibre entre « interpréter » et « légiférer »²⁹.

En pratique, les juges ont parfois interprété des lois de façon très poussée en ajoutant des dispositions sous-entendues (*read in*) par la loi afin de la rendre compatible avec les droits conventionnels³⁰ ou en limitant l'étendue (*read down*) et les effets d'une disposition formulée trop largement³¹ par le législateur³². La tendance initiale qui était une utilisation plus fréquente du mécanisme de l'interprétation conforme au détriment de la déclaration

²⁴ J. Jowell, « The rule of Law today », *op. cit.*, p.16.

²⁵ Législations qui sont prises sur le fondement d'une délégation législative.

²⁶ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind*, [1991] 1 A.C. 969.

²⁷ Elle met fin à une jurisprudence refusant de tenir compte de la Convention pour interpréter certaines lois en conformité à la convention européenne, *R. v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex p. Salamat Bibi* [1976] 1 W.L.R. 979,948, C.A.

²⁸ F. Benion, « What interpretation is "possible" under section 3 (1) of the Human Rights Act 1998 ? », *P.L.*, 2000, pp.77-91, p.88.

²⁹ Lord Woolf, *Poplar Housing and Regeneration Community association v Donoghue* [2001] EWCA Civ 595; [2002] QB 48.

³⁰ *R. v. A*, [2001] UKHL 25, [2001] 3 All E.R. 1.

³¹ *R. v. Offen*, [2001] 1 WLR 253, CA.

³² D. Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, 1108 p., p. 406.

d'incompatibilité s'est inversée. Dans des décisions récentes³³, la Chambre des Lords a refusé d'interpréter de façon trop créative certaines dispositions législatives préférant prononcer une déclaration d'incompatibilité³⁴.

b. La déclaration d'incompatibilité

Le mécanisme de la déclaration d'incompatibilité prévu par la Section 4 du *Human Rights Act 1998* permet une mise en conformité de la législation avec le standard de protection européen en renvoyant au législateur le soin de corriger la loi en cause. Lorsqu'au cours d'un litige, les Cours supérieures³⁵ ne parviennent pas à interpréter une législation conformément aux droits conventionnels, elles pourront déclarer cette loi incompatible. Cette procédure constitue ainsi un signal d'alerte qui avertit le Parlement et les pouvoirs publics de la contrariété d'une loi par rapport aux droits garantis par la Convention européenne. Une telle mesure ne révolutionne pas les rapports entre les Cours et le Parlement puisqu'elle n'affecte pas la validité ou l'application de la législation en cause. Néanmoins, en conférant aux juges le pouvoir d'apprécier la conventionnalité d'une loi et d'en informer les pouvoirs publics, la déclaration d'incompatibilité instaure un véritable dialogue³⁶ entre les Cours et le Parlement. Ce dernier pourra en effet modifier la loi par le biais d'un projet de loi ou d'un *remedial order*³⁷ si le ministre estime qu'il y a des raisons urgentes pour procéder de la sorte. Jusqu'à présent, une dizaine de déclarations d'incompatibilité ont été prononcées³⁸. Seule une seule d'entre-elles a donné lieu à la mise en œuvre de la Section 10 du *Human rights Act*³⁹, les autres ont généralement été modifiées par la procédure législative ordinaire.

Le principe de *rule of law* a considérablement évolué sous l'effet du *Human Rights Act 1998*. Les droits et libertés sont dorénavant garantis sur le fondement d'une loi et non plus de la *common law*. De plus, cette protection s'exerce contre les atteintes de la part des pouvoirs publics mais aussi, dans une certaine mesure, du Parlement. Le *Human Rights Act 1998* a également eu des répercussions importantes sur le principe de souveraineté parlementaire.

³³ *Re S, Re W* [2002] UKHL 10; *Bellinger v. Bellinger*, [2003] UKHL 21; *R. (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 46; [2003] 1 AC 837.

³⁴ D. Nicol, « Statutory interpretation and human rights after Anderson », *P.L.*, 2004, pp. 274-282; A. Kavanagh, « Statutory interpretation and human rights after Anderson a more contextual approach », *P.L.*, 2004, pp. 537-545, p. 545.

³⁵ Cette déclaration ne peut être effectuée que par la Chambre des Lords, la Cour d'Appel en Angleterre et au Pays de Galles, la Court de Session en Ecosse, la Cour Martiale d'Appel, la Haute Cour et le Conseil Privé de la Reine selon la Section 4 (5) du *Human Rights Act 1998*.

³⁶ K. Starmer, « Two Years of the Human Rights Act », *E.H.R.L.R.*, 2003, Issue 1, pp. 14-23, p.18.

³⁷ Forme de législation subordonnée qui permet de modifier ou de supprimer une loi dans les circonstances prévues par le *Human Rights Act 1998*.

³⁸ *R. (H) v. London North and East Region Mental Health Review Tribunal* [2001] EWCA Civ 415, (2001) 61 BMLR 163, [2002] QB 1; *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department* [2003] QB 728; *R v. McR (2002) NIQB 58*; *R. (Wilkinson) v. Commissioners of Inland Revenue* [2002] STC 347, [2003] EWCA Civ 814, [2003] 3 All ER 719, [2003] 1 WLR 2683; *R. (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department*, *op.cit.*; *R (D) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWHC Admin. 2805, [2003] 1 WLR 1315; *Bellinger v. Bellinger*, *op.cit.*; *R (on the application of FM) v. Secretary of State for Health* [2003] ACD 389; *R (Uttley) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] EWCA Civ 1130, [2003] 4 All ER 891, [2003] 1 WLR 2590; *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56. Certaines ont été annulées en appel: *R (Alconbury) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2003] 2 AC 295; *Wilson v. First County Trust (No 2)* [2004] 1 AC 816; *Matthews v. Ministry of Defence* [2003] 1 AC 1163; *R (Hooper) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2003] 1WLR 2623.

³⁹ *R. (H) v. London North and East Region Mental Health Review Tribunal*, *op. cit.*

B. L'érosion progressive du principe de souveraineté parlementaire

Le *Human Rights Act* est formulé de façon à respecter le principe de souveraineté du Parlement. En effet, une législation⁴⁰ qui a fait l'objet d'une interprétation sur le fondement de la Section 3 ou d'une déclaration d'incompatibilité sera toujours valide et applicable.

Malgré ces précautions, l'adoption d'un discours en matière de droits et libertés a eu des conséquences sur la souveraineté du Parlement. Cette règle constitutionnelle essentielle confère au Parlement « *le droit de faire ou de ne pas faire une loi quelconque ; [elle] signifie, de plus, que la loi anglaise ne reconnaît à aucun homme, ni aucun corps, le droit de négliger ou d'écarter les lois faites par le Parlement* »⁴¹. Ainsi, la souveraineté parlementaire signifie tout d'abord que le Parlement peut librement abroger, modifier ou écarter temporairement n'importe quelle loi. Il possède ainsi l'exercice exclusif du pouvoir législatif qui ne sera restreint par aucune procédure. Ce pouvoir législatif absolu implique l'absence de hiérarchie entre les lois. De ce fait, n'importe quelle règle, quelque soit son contenu, pourra être modifiée par le Parlement. Ce pouvoir illimité ne peut toutefois pas être exercé par le Parlement dans le but de lier ses successeurs. La souveraineté parlementaire implique donc que le législateur ne peut limiter ni ses propres pouvoirs ni ceux des Parlements postérieurs.

Ce principe a toutefois subi une première attaque avec la décision *Factortame*⁴². La Chambre des Lords, en acceptant d'écarter une loi au motif de sa contrariété avec le droit communautaire, a remis en cause l'idée d'une souveraineté parlementaire illimitée⁴³. La nature particulière du *Human Rights Act 1998* et les procédures qu'il prévoit ont également altéré le principe de souveraineté du Parlement.

1. Le statut particulier du *Human Rights Act 1998* et le principe de souveraineté parlementaire

Le *Human Rights Act 1998* qui, d'un point de vue matériel est une loi constitutionnelle, est entrée en vigueur après la procédure législative ordinaire. En effet, conformément au principe de souveraineté parlementaire, aucune loi, quelque soit son contenu ne peut être formellement distinguée des lois ordinaires. Pourtant, certains éléments peuvent laisser penser que le *Human Rights Act 1998* n'est pas une loi ordinaire. Cette loi fait, en effet, peser certaines contraintes sur le législateur. La première est politique.

Une remise en cause du *Human Rights Act 1998* est théoriquement envisageable. Toutefois, l'impact politique d'un retour à la situation antérieure paraît difficile à assumer⁴⁴.

Au-delà de cette immunité politique potentielle, le *Human Rights Act 1998* semble être exclu du champ d'application de la théorie de l'*implied repeal*⁴⁵. Cette règle est une conséquence du principe de souveraineté parlementaire et plus particulièrement du principe selon lequel un Parlement ne peut lier ses successeurs. Elle signifie qu'une loi ne sera plus appliquée à partir du moment où elle est contredite par les dispositions d'une loi plus récente⁴⁶.

⁴⁰ Primaire ou subordonnée lorsque l'incompatibilité découle de la législation primaire.

⁴¹ A.V. Dicey, *op.cit.*, p. 36.

⁴² *Factortame Ltd v. Secretary of State for Transport (No. 2)* [1991] 1 All E.R. 70.

⁴³ T.R.S. Allan, « Parliamentary sovereignty : Law, Politics, and Revolution », *L.Q.R.*, 1997, pp. 443-452, p. 449.

⁴⁴ J.F. Flauss, « Human Rights Act 1998: kaléidoscope », *RFDC*, 2001, n° 48, pp.695-703, p.694; R. Hazell, « The new constitutional settlement », pp.230-247, in *Constitutional Futures A History of the Next Ten Years*, R. Hazell (édité par), Oxford University Press, 1999, 263 p, p.236.

⁴⁵ D. Feldman, « The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles », *Legal Studies*, 1999, vol. 19, n° 2, pp. 165-206., p. 178.

⁴⁶ *Deans and Chapter Ely v. Bliss* (1842) 5 Beavan 574 ; 49 E.R. 700.

En effet, le *Human Rights Act 1998* ne semble pas avoir implicitement abrogé les lois antérieures contraires aux droits conventionnels puisqu'il précise que les législations restent valides malgré le recours à la procédure d'interprétation de la Section 3 ou à une déclaration d'incompatibilité.

Par ailleurs, le *Human Rights Act 1998* n'est lui-même pas soumis à l'*implied repeal* de législations ultérieures. La Section 3 impose en effet aux juges d'interpréter les lois antérieures ou postérieures de façon compatible avec les droits conventionnels. Ainsi, lorsqu'une loi postérieure méconnaît, même délibérément, un droit conventionnel, elle devra faire l'objet d'une interprétation qui permettra, en application de la Section 3, d'assurer le respect des droits garantis par le *Human Rights Act 1998*. De plus, si une telle interprétation s'avérait impossible, la loi pourrait faire l'objet d'une déclaration d'incompatibilité qui renverra au Parlement ou au ministre concerné le soin de corriger la violation constatée. En conséquence, les procédures des Section 3 et 4 préservent, en un sens, le *Human Rights Act* d'une abrogation implicite ou expresse par une loi plus récente. Le fait de soumettre aux procédures prévues par le *Human Rights Act 1998* des dispositions législatives adoptées après son entrée en vigueur implique que la loi de 1998 continue à être appliquée bien qu'une disposition législative postérieure lui porte atteinte. Dans cette perspective, la théorie de l'*implied repeal* ne s'applique pas au *Human Rights Act*.

L'adoption du *Antiterrorism Crime and security Act 2001*, illustre une telle hypothèse. Cette loi, qui a explicitement dérogé à l'article 5 de la Convention européenne, a fait l'objet d'une déclaration d'incompatibilité prononcée par la Chambre des Lords⁴⁷. En réponse à cette déclaration, le Parlement a modifié la procédure relative à la détention de personnes suspectées de terrorisme et a adopté le 11 mars 2005 une nouvelle loi en la matière⁴⁸.

La spécificité du *Human Rights Act 1998* par rapport aux lois ordinaires est du reste confirmée par la décision de la High Court *Thoburn v Sunderland City Council*⁴⁹. Lord Laws affirme la nécessité de reconnaître une hiérarchie entre les lois ordinaires et les lois constitutionnelles qui font, selon lui, exception à la doctrine de l'*implied repeal*. Ces lois constitutionnelles⁵⁰, au nombre desquelles se trouve le *Human Rights Act 1998*, ne peuvent être modifiées que par des dispositions claires et non ambiguës d'une loi ultérieure. Lord Laws estime que cette approche présente les avantages d'une Constitution écrite qui accorde un statut particulier aux droits fondamentaux tout en préservant la souveraineté du législateur et la flexibilité de la Constitution britannique⁵¹. La Chambre des Lords n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'approche novatrice de Lord Laws qui envisage l'idée, pourtant incompatible avec le principe de souveraineté parlementaire, d'un début de formalisation constitutionnelle.

La valeur particulière du *Human Rights Act 1998* résulte des contraintes politiques et juridiques qui pèsent désormais sur le Parlement. Les mécanismes de garantie des droits et libertés prévus par la loi de 1998 fragilisent également le principe de souveraineté parlementaire.

2. L'impact des mécanismes de protection des droits et libertés sur le principe de souveraineté parlementaire

⁴⁷ *A and others v. Secretary of State for the Home Department, op. cit.*

⁴⁸ *Prevention of terrorism Act 2005.*

⁴⁹ K. A. Armstrong, « United Kingdom-Divided on Sovereignty ? », pp. 327-350, in *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2003, 556 p., p. 339.

⁵⁰ Cette décision fait référence à la *Magna Carta 1215*, le *Bill of Rights 1689*, les *Act of Union 1707 et 1800*, le *European Communities Act 1972*, le *Scotland Act 1998* et le *Government of Wales Act 1998*.

⁵¹ *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC Admin.195 ; [2003] QB 151 §62- 64.

Le *Human Rights Act 1998* limite à première vue les atteintes à la souveraineté du Parlement puisqu'il ne confère pas aux juges le pouvoir d'écarter une loi qui méconnaîtrait les droits conventionnels. Ce principe semble cependant être remis en cause par la mise en œuvre des procédures prévues par les Sections 3, 4 et 10 de la loi de 1998.

a. L'interprétation conforme

La pratique de la Section 3 a révélé le paradoxe inhérent au *Human Rights Act 1998*. La procédure d'interprétation conforme est en théorie respectueuse du principe de souveraineté du Parlement mais son utilisation révèle, dans certains cas, un activisme judiciaire qui affecte la souveraineté du Parlement.

Ainsi, la Chambre des Lords⁵² a ajouté une disposition non prévue par le *Youth and Criminal Evidence Act 1999* pour rendre la Section 41 de cette loi⁵³ conforme à l'article 6 de la Convention européenne. Cette utilisation très poussée de l'interprétation conforme⁵⁴ était soutenue par Lord Steyn pour qui la déclaration d'incompatibilité est une mesure de dernier recours. Sa vision s'oppose à celle de Lord Hope qui a une approche de la Section 3 plus respectueuse des intentions du Parlement. Selon lui, l'interprétation ne doit pas aller à l'encontre d'une intention incontestable du législateur.

La majorité des juges semble par la suite s'être ralliée à cette position. La Chambre des Lords⁵⁵ a censuré une décision de la Cour d'Appel dont l'interprétation revenait à introduire dans le *Children Act 1989* une nouvelle procédure de contrôle judiciaire afin de garantir le droit au respect de la vie privée d'enfants placés par les services sociaux. Intégrer une telle procédure dans la loi relevait davantage d'un pouvoir d'amendement que d'une interprétation⁵⁶.

Pourtant, dans une décision *Ghaidan v. Godin-Mendoza*⁵⁷, la Chambre des Lords a interprété largement une disposition du *Rent Act 1977*⁵⁸ qui permet au conjoint d'un locataire disparu d'hériter de la location. La Chambre des Lords a appliqué cette disposition à un couple homosexuel alors que la loi se référait au mari ou à la femme survivant d'un couple hétérosexuel non marié. Cette interprétation de la loi à la lumière des articles 8 et 14 de la Convention européenne a permis d'éviter toute discrimination entre le conjoint survivant d'un couple hétérosexuel ou homosexuel.

Si l'interprétation conforme ne doit pas devenir du « vandalisme judiciaire »⁵⁹, la frontière entre une interprétation poussée ou une méconnaissance de la volonté du Parlement est difficile à déterminer. La Section 3 soulève, dans son application, la question du respect des intentions du législateur mais également celle de la séparation entre les fonctions judiciaires et législatives⁶⁰. Lorsqu'une interprétation confère à la loi un sens différent de celui que le Parlement a voulu lui donner, le juge empiète sur les compétences du législateur, ce qui constitue une atteinte indirecte au principe de souveraineté du Parlement. Ce dernier ne détient plus l'exercice exclusif du pouvoir législatif. L'utilisation de la Section 3 conduit les Cours au-delà de ce que le principe traditionnel de souveraineté parlementaire pouvait leur

⁵² *R. v. A, op.cit.*

⁵³ Qui interdisait d'interroger une victime de viol quant à son comportement sexuel.

⁵⁴ K. Starmer, « Two Years of the Human Rights Act », *op. cit.*, p. 16.

⁵⁵ *Re S, Re W, op. cit.*

⁵⁶ Lord Nicholls, *Re S, Re W, op. cit.*, §39-44.

⁵⁷ *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] UKHL 30.

⁵⁸ Le Paragraphe 2 du Schedule 1 du Rent Act 1977.

⁵⁹ Selon Lord Bingham of Cornhill dans *R (Anderson) v Secretary of State for the Home Department, op. cit.*, §30.

⁶⁰ G. Marshall, « The lynchpin of parliamentary intention : lost, stolen, or strained ? », *P.L.*, 2003, pp. 236-248, p. 648.

assigner⁶¹. De même, la technique de la déclaration d'incompatibilité constitue une limite insidieuse au principe de souveraineté du Parlement.

b. La déclaration d'incompatibilité

La déclaration d'incompatibilité est un mécanisme apparemment respectueux de la suprématie parlementaire puisqu'il n'a aucune conséquence sur la validité des lois. Sa portée informative ne donne pas au juge le pouvoir d'adresser des injonctions au législateur.

Toutefois, l'avertissement qui est lancé par une telle déclaration dispose néanmoins d'un poids politique qui pèse sur la liberté du Parlement. La pression de l'opinion publique et celle qui règne au sein du Parlement incitera le Gouvernement et le Parlement à répondre rapidement à une déclaration⁶². A défaut, les victimes pourraient être tentées de saisir la Cour européenne et la crainte de nouvelles condamnations, surtout postérieures au *Human Rights Act 1998*, est une raison suffisante pour que le législateur vote en faveur d'une modification.

Si le principe de souveraineté parlementaire subsiste théoriquement, il est dorénavant soumis au contrôle du pouvoir judiciaire⁶³ par le biais de l'interprétation conforme et de la déclaration d'incompatibilité. La réponse à une déclaration d'incompatibilité est également susceptible d'affecter la souveraineté du Parlement lorsqu'elle prend la forme d'un *remedial order*.

c. Le remedial order

Une déclaration d'incompatibilité peut donner lieu à la modification de la loi en cause selon la procédure législative ordinaire ou bien par l'adoption d'un *remedial order* pris sur le fondement de la Section 10 du *Human Rights Act 1998*. Cette disposition met le Gouvernement et non le Parlement au centre de la procédure puisque les *remedial orders* ne sont soumis au contrôle du législateur que par une approbation de chaque Chambres par la voie d'une résolution⁶⁴. Par ailleurs, recourir à un *remedial orders* pour corriger une loi postérieure au *Human Rights Act 1998* peut considérablement affecter le principe de souveraineté parlementaire. Cette situation qui ne s'est pas encore présentée constituerait une atteinte au principe selon lequel les lois ne peuvent être modifiées que par une autre loi et non pas d'une norme de rang inférieur⁶⁵.

L'utilisation de la section 10 est toutefois encadrée puisque les ministres ne peuvent y avoir recours que sous plusieurs conditions. Ils doivent le juger nécessaire et avoir des raisons irrésistibles d'agir par *remedial order* plutôt que par la procédure ordinaire⁶⁶. Par ailleurs, cette procédure est soumise au contrôle de la Commission parlementaire pour les droits de l'homme⁶⁷ qui rend un rapport sur les projets de *remedial order*⁶⁸. Cependant, la faiblesse de

⁶¹ T. Campbell, « Incorporation through Interpretation », in T. Campbell, K. D. Ewing, A. Tomkins, *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, 2001, 423 p.

⁶² Hansard H.L. Deb. Vol 582, col 1231, 3 novembre 1997 (Lord Irvine of Lairg LC on second reading) ; Hansard, H.C. Deb. Vol 780 (Jack Straw MP on second reading).

⁶³ A.W. BRADLEY, « The sovereignty of Parliament: Form or substance? », pp. 23-58, in *The Changing Constitution*, Oxford University Press, New-York, 2000, 387 p., p. 56.

⁶⁴ F. Klug, « The Human Rights Act 1998, *Pepper v. Hart* and All that », *P.L.*, 1999, pp.246-272, p. 265.

⁶⁵ D. Oliver, *Constitutional Reform in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 424 p., p. 115.

⁶⁶ Section 10 (2) du HRA.

⁶⁷ Joint Committee on Human Rights, Seventh Report, *Making of Remedial Orders 2001*, 19 décembre 2001, HL 58, HC 473.

⁶⁸ Ou sur le *remedial order* lui même dans le cadre de la procédure urgente.

cette procédure réside dans le fait que l'intervention des Assemblées parlementaires se limite à l'approbation ou au rejet des modifications proposées.

Bien que le pouvoir exécutif semble indéniablement empiéter sur les compétences du législateur en modifiant une loi par l'intermédiaire d'une norme de rang inférieure, cette critique peut être atténuée par le fait que cette procédure ne confère un tel pouvoir au Gouvernement qu'afin de corriger des atteintes aux droits et libertés et non pas pour interférer avec eux⁶⁹. Quoiqu'il en soit, si la garantie des droits et libertés motive la possibilité de recourir à un *remedial order*, le principe de souveraineté parlementaire est certainement fragilisé par ce mécanisme⁷⁰ qui ne peut être mis en œuvre que dans des cas limités.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998*, seuls deux *remedial orders* ont été adoptés. Le premier à la suite d'une déclaration d'incompatibilité prononcée par la Chambre des Lord⁷¹ et le second après une décision de la Cour européenne des droits de l'homme⁷² qui a condamné le Royaume-Uni sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme du fait du manque d'indépendance et d'impartialité des Cours martiales navales instituées par le *Naval discipline Act 1957*.

Dans le premier cas, il s'agissait de modifier les Section 72 et 73 du *Mental Health Act 1983* qui prévoyaient qu'un tribunal ne peut mettre fin à l'internement d'un patient pour des raisons psychiatriques seulement si il démontre que les raisons ayant motivé son internement ne sont plus réunies. L'encombrement de l'ordre du jour parlementaire et l'atteinte au droit à la sûreté protégé par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ont justifié le recours à la procédure urgente de *remedial order*⁷³.

S'agissant de la deuxième affaire, l'utilisation de la Section 10 a été justifiée par les conséquences de la décision de la Cour européenne. A la suite de cette décision, les audiences disciplinaires devant les Cours martiales navales avaient été suspendues⁷⁴. Il fallait donc, rectifier cette situation le plus rapidement possible au moyen d'un *remedial order*.

Le principe de souveraineté parlementaire subit depuis l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998*, une érosion progressive provenant des pouvoirs judiciaire (lorsqu'il met en œuvre les Section 3 et 4) et exécutif (par la procédure du *remedial order*). La *rule of law* et la souveraineté parlementaire doivent désormais être appréhendées à la lumière des nouvelles exigences en matière de protection des droits et libertés. La Constitution politique⁷⁵ britannique évolue ainsi progressivement vers une Constitution moderne.

II. La « modernisation » progressive de la Constitution britannique

Les réformes du Gouvernement Blair ont eu un tel impact sur les institutions britanniques que V. Bogdanor a été jusqu'à parler d'une « nouvelle Constitution »⁷⁶. Le *Human Rights Act*

⁶⁹ D. Feldman, *English Public Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004, 1541 p., p. 425.

⁷⁰ D. Feldman, « The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles », *op. cit.*, p. 189

⁷¹ *R. (on the application of H) v London North and East Region Mental Health Review Tribunal (Secretary of State for Health intervening)*, *op. cit.*.

⁷² C.E.D.H., 16 décembre 2003, *Grievs v. United Kingdom*, Req. n° 57067/00.

⁷³ Joint Committee on Human Rights, Sixth Report, *Mental Health Act 1983 (Remedial) Order 2001*, 19 décembre 2001, HL 57, HC 472.

⁷⁴ Joint Committee on Human Rights, Ninth Report, *Naval Discipline Act 1957 (Remedial) Order 2004*, 29 mars 2004, HL 59, HC 477.

⁷⁵ J. A. G. Griffith, « The Political Constitution », *M.L.R.*, 1979, vol. 42, n°1, pp. 1-21; J.A.G. Griffith, « The Common Law and the Political Constitution », *L.Q.R.*, 2001, vol.117, pp.42-67; I. Leigh, « Secret of the Political Constitution », *M.L.R.*, 1999, pp. 298-309.

⁷⁶ V. Bogdanor, « Our new Constitution », *L.Q.R.*, vol. 120, 2004, pp. 242-262.

1998, pierre angulaire de ces changements, a en effet modernisé la Constitution britannique en garantissant, de façon expresse, les principaux droits et libertés protégés par la Convention européenne. Le Royaume-Uni dispose désormais d'une codification des libertés publiques qui s'apparente, dans un cadre constitutionnel spécifique, aux déclarations de droits caractérisant les Constitutions modernes. Les juges développent sur le fondement de ce catalogue un droit constitutionnel des libertés (A) qui se diffuse graduellement au sein des branches du droit (B).

A. Le développement d'un droit constitutionnel des libertés

Avant le 2 octobre 2000, date de l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998*, les droits et libertés étaient garantis par le biais de la *common law* qui consacrait l'existence de principes constitutionnels. L'incorporation de certaines dispositions de la Convention européenne a donc eu pour effet de passer d'une protection résiduelle⁷⁷ des droits et libertés à une protection explicite sur le fondement d'une loi dont la valeur particulière atteste d'un phénomène de constitutionnalisation du droit public⁷⁸ et, plus particulièrement, du droit des libertés.

1. La consécration de droits et libertés constitutionnels par la *common law*

Les juges ont protégé certains droits et libertés à l'encontre des pouvoirs publics en renforçant leur contrôle en matière de *judicial review* lorsque des droits ou des libertés étaient concernés⁷⁹. Ils ont également reconnu, de façon prétorienne, des droits qualifiés de constitutionnels.

Dans les arrêts *Leech*⁸⁰ et *Witham*⁸¹, le juge a élevé au rang constitutionnel le droit d'accès à un tribunal. Le gouverneur d'une prison avait dans l'affaire *Leech*, entravé la correspondance d'un prisonnier avec son avocat. Lord Wilberforce estima que cette mesure constituait une atteinte au droit au juge qui devait être envisagé comme un droit constitutionnel même dans l'ordre britannique. La décision *Witham* a renouvelé cette consécration lors de l'examen de l'augmentation des frais de justice par une décision du Lord Chancellor. Lord Laws a jugé que cette mesure portait atteinte au droit constitutionnel d'accès à un tribunal et était par conséquent illégale.

Par ailleurs, le contrôle d'une décision du Ministre de l'Intérieur qui interdisait aux prisonniers de donner des interviews à des journaux pour plaider leur innocence a été l'occasion de consacrer un nouveau principe constitutionnel. Bien que la liberté d'expression

⁷⁷ J. Bell, « Le règne du droit et le règne du juge, vers une interprétation substantielle de l'État de droit », in *L'État de Droit Mélanges en l'Honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, p.22 et Lord Irvine of Lairg, « The development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention of Human Rights », *P.L.*, 1998, pp. 221-265, p. 223.

⁷⁸ Lord Steyn, « Human Rights : The Legacy of Mrs Roosevelt », *P.L.*, 2002, pp. 473-484.

⁷⁹ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Bugdaycay* [1987] A.C. 514 : le droit à la vie d'un demandeur d'asile; *R. v. Lord Saville of Newdigate, ex p. A. & B* [1991] 4 All E.R. 860 : le droit à la vie dans le contexte du dimanche sanglant. Parfois, bien que le contrôle adopté ait été plus strict ont conclu en faveur de l'administration : *Mental Health review Tribunal, ex. Parte Hall* [1999] 4 All ER 883; *R. v. Ministry of Defense, ex p. Smith* [1996] Q.B. 517.

⁸⁰ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Leech (No. 2)*, *op. cit.*

⁸¹ *R. v. Lord Chancellor, ex p. Witham*, *op. cit.*

soit en cause, Lord Steyn et Lord Hoffmann ont reconnu, dans l'affaire *Simms*⁸², le « principe constitutionnel de légalité »⁸³.

S'agissant de la liberté d'expression, Lord Kilbrandon a reconnu sa valeur constitutionnelle dans une décision de 1972⁸⁴, confirmée par la suite dans l'arrêt *Reynolds v. Times Newspapers Ltd*⁸⁵.

La consécration de droits et libertés constitutionnels ne leur confère pas une valeur supralégislative. Cette notion doit être envisagée dans un « sens britannique ». Elle ne correspond pas à des principes auxquels le législateur serait lui-même soumis mais signifie qu'une loi ne pourra limiter ces droits que si elle le formule précisément et explicitement. Ainsi, des dispositions légales générales n'affecteront pas des droits constitutionnels⁸⁶. Par contre, les termes précis d'une législation contraire s'imposeront aux droits constitutionnels reconnus par le juge.

Ces décisions illustrent une nouvelle préoccupation des juges qui ont déclenché un processus purement britannique de constitutionnalisation des droits et libertés. En complétant la protection jurisprudentielle des droits et libertés, le *Human Rights Act 1998* poursuit cette évolution et dote le Royaume-Uni d'une Constitution plus explicitement moderne.

2. La garantie des droits et libertés par le *Human Rights Act 1998*

Le *Human Rights Act 1998* n'est pas une déclaration de droits au sens propre du terme puisque son principal objet est de « rapatrier »⁸⁷ en droit interne les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Les particuliers peuvent désormais invoquer les dispositions de la Convention européenne devant les juges nationaux ce qui était impossible avant l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998* du fait du système dualiste qui s'applique au Royaume-Uni. La loi de 1998 ne prévoit cependant pas qu'un simple modèle d'incorporation. Elle constitue, en effet, un premier pas vers une déclaration de droit purement britannique⁸⁸ et développe une culture fondée sur une protection de droits positifs consacrés explicitement dans un texte.

La Constitution britannique dispose désormais d'un catalogue de droits fondamentaux doté d'un statut particulier. Certaines décisions⁸⁹ qui qualifient le *Human Rights Act 1998* de document constitutionnel, confirment le processus de constitutionalisation des droits et libertés⁹⁰. Ce phénomène est bien entendu envisagé dans le contexte constitutionnel spécifique du Royaume-Uni. Les Cours ne procèdent évidemment pas à un véritable contrôle de constitutionnalité mais exercent, selon Lord Irvine of Lairg, une « forme limitée de contrôle constitutionnel »⁹¹. Le développement du rôle constitutionnel des juges, admis par le

⁸² *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Simms, op. cit.*

⁸³ J. Jowell, « Beyond the rule of law: Toward Constitutional Judicial Review », *op. cit.*, p.675.

⁸⁴ *Cassell Co. Ltd. v. Broome* [1972] AC 1027.

⁸⁵ *op. cit.*

⁸⁶ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Pierson, op. cit.*

⁸⁷ Rights Brought Home: the Human Rights Bill presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, october 1997, Cm 3782.

⁸⁸ Lord Lester of Herne Hill, « Human rights and the british Constitution », pp. 89-110, in *The changing Constitution*, Oxford University Press, New York, 2000, 387 p., p. 100; Lord Lester of Herne Hill, « First Steps Towards A Constitutional Bill of Rights », *E.H.R.L.R.*, 1997, Issue 2, pp.124-131.

⁸⁹ Lord Bingham, *Brown v. Stott* [2001] 2 WLR 817, §835; Lord Woolf, *R. v. Offen, op. cit.*, §275; Laws LJ, *Roth and others v. Secretary of State for the Home department, op.cit.*, §69-75 et *Thoburn and others v. Sunderland City Council, op. cit.*

⁹⁰ J. Jowell, « Beyond the rule of law: Toward Constitutional Judicial Review », *op. cit.*, pp.671-683; J. Jowell, « Of vires and Vacuums: The Constitutional Context of Judicial Review », *P.L.*, 1999, pp. 48-459.

⁹¹ Lord Irvine of Lairg, « Sovereignty in comparative perspective: Constitutionalism in Britain and America », *New-York University Law Review*, 2001, vol. 76, n°1, pp.1-22, p.19.

Gouvernement et le Parlement lors de l'adoption du *Human Rights Act 1998*⁹², donne lieu à l'apparition d'un contentieux des droits et libertés qui irrigue peu à peu la *common law*.

B. La diffusion du droit des libertés au sein de la *common law*

Le Royaume-Uni connaît un phénomène de diffusion du droit des libertés au sein de la *common law* comparable au phénomène de constitutionnalisation⁹³ des branches du droit. En effet, la Section 6 du *Human Rights Act 1998* impose aux autorités publiques d'agir conformément aux droits conventionnels. Cette disposition englobe sous le terme « autorité publique » d'une part les Cours et les tribunaux et d'autre part toute personne qui exerce des fonctions de nature publique⁹⁴. Dès lors, les juges sont soumis au respect des droits garantis par le *Human Rights Act 1998* lorsqu'ils mettent en œuvre la *common law*. Les valeurs ainsi protégées par cette loi influencent le développement de la *common law*⁹⁵ tant en droit privé qu'en droit public⁹⁶.

1. En droit privé

L'impact du *Human Rights Act 1998* en droit privé peut être illustré par le retentissement important de cette loi en matière de droit au respect de la vie privée. Ce droit n'était pas reconnu par la *common law* malgré l'existence d'une action en « perte de confiance » qui protégeait les relations confidentielles et permettait, entre autre, de faire sanctionner les écoutes téléphoniques. Les Cours avaient cependant refusé de consacrer l'existence du droit au respect de la vie privée sur ce fondement avant l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*.

La décision *Douglas and others v Hello! Ltd*⁹⁷ reconnaît finalement, en 2001, un tel droit sur la base de l'action en « perte de confiance »⁹⁸. Le droit au respect de la vie privée est désormais consacré comme « un principe légal issu des valeurs fondamentales de l'autonomie de la personne »⁹⁹. Pourtant, ce droit n'est pas directement reconnu sur le fondement du *Human Rights Act 1998*. Il est protégé par les Cours, qui, en tant qu'autorités publiques, respectent les obligations résultant de la Section 6, en développant un droit au respect de la vie privée sur la base de la *common law*. Cette décision reconnaît ainsi un effet horizontal indirect au *Human Rights Act 1998*, confirmé par l'affaire *Venables and Thompson*¹⁰⁰. Il s'agissait en l'espèce de protéger deux enfants qui avaient assassiné Jamie Bulger contre de possibles révélations de leurs identités dans les médias. La Cour conclût que si la Section 6

⁹² D. Oliver, *Constitutional Reform in the United Kingdom*, *op.cit.*, p. 103.

⁹³ L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », pp. 235-244, in *Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982, 685 p. ; L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », pp. 181-195, in *La constitutionnalisation des branches du droit*, sous la dir. de B. Mathieu et M. Verpeaux, Actes de l'atelier du IIIème Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14, 15, 16 juin, 1996, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1998, 204 p.

⁹⁴ *Human Rights Act 1998* Section 6 (a) et (b).

⁹⁵ R. Booth, « General Common law Claims and the Human Rights Act », pp. 89-101, in *An Introduction to Human Rights and the Common Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2000, 266 p.

⁹⁶ D. Oliver, « The underlying values of public and private law », in M. Taggart (ed), *The Province of Administrative Law*, Hart publishing, Oxford, 1998; D. Oliver, « The Human Rights Act and Public Law/Private Law Divides », *E.H.R.L.R.*, 2000, Issue 4, pp. 343-355.

⁹⁷ *Douglas and others v Hello! Ltd* [2001] 2 All ER 289.

⁹⁸ N. Moreham, « *Douglas and others v. Hello! Ltd* - The Protection of Privacy in English Private Law », *M.L.R.*, vol. 64, n°6, 2001, pp.767-774, p.768.

⁹⁹ Lord Sedley, *Douglas and others v Hello! Ltd*, *op. cit.*, §126.

¹⁰⁰ *Venables and Thompson v. News Group Newspapers* [2001] 1 All E.R. 908.

(1) du *Human Rights Act 1998* ne permettait pas de reconnaître au particulier un véritable droit de recours contre une autre personne privée, le devoir du juge d'agir conformément à la Convention impliquait qu'il puisse admettre que les restrictions prévues par l'article 10 (2) de la Convention Européenne des droits de l'homme s'appliquent à des rapports horizontaux¹⁰¹. Le *Human Rights Act 1998* a également eu une influence considérable en droit administratif et plus particulièrement en matière de *judicial review*.

2. En droit public

La Section 6 qui défend les victimes contre certains actes des autorités publiques développe une culture des droits et libertés dans le contentieux du *judicial review*.

Le *Human Rights Act 1998* a, nous l'avons vu, créé un nouveau cas de recours en matière de contrôle de la légalité des actes administratifs qui peuvent désormais être annulés du fait de la violation des droits conventionnels.

Les juges ont par ailleurs modifié leur approche lors de l'examen des décisions des autorités publiques. Ils ont opté pour le contrôle de proportionnalité afin d'avoir un standard de protection identique à celui de la Cour européenne. L'affaire *Mahmood* envisage pour la première fois après l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* la question du contrôle à adopter lors de l'examen des actes de la puissance publique. Cette décision ne constitue pas pour autant un changement radical car les juges n'ont pas adopté clairement le test de proportionnalité. Ce dernier sera finalement formulé par Lord Steyn dans la décision *Daly*¹⁰². Dès lors, les Cours devront examiner si les interférences des autorités publiques avec les droits garantis par le *Human Rights Act 1998* sont proportionnées, ce qui va au-delà du contrôle de rationalité d'une décision formulé dans la décision *Wednesbury*.

Certains éléments laissent, d'ailleurs, penser que le contrôle de proportionnalité pourrait être étendu à des litiges étrangers au *Human Rights Act 1998*. Lord Slynn, dans la décision *Alconbury*¹⁰³, a déclaré qu'il était temps de généraliser le contrôle de proportionnalité en droit administratif en dehors du *Human Rights Act*¹⁰⁴ et du droit communautaire. En effet, la coexistence d'un test de rationalité qualifié par Lord Cooke de rétrograde¹⁰⁵ et du test de proportionnalité ne semble pas nécessaire mais plutôt être une source de confusion au sein du recours en *judicial review*. De telles évolutions témoignent, pour le droit administratif, du phénomène de propagation du droit des libertés au cœur de la *common law*¹⁰⁶.

En définitive, le droit constitutionnel britannique semble connaître, avec le *Human Rights Act 1998*, une mutation comparable à celle du droit constitutionnel contemporain¹⁰⁷ en devenant peu à peu un droit des libertés. Cette transformation ne résulte pas d'une véritable révolution mais plutôt une évolution progressive¹⁰⁸ puisque le droit constitutionnel britannique conserve certaines spécificités notamment par l'absence de formalisation

¹⁰¹ F. Klug, K. Starmer, « Incorporation through the front door: the first year of the Human Rights Act », *P.L.*, 2001, pp. 654-665, p.661.

¹⁰² *R. v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly*, [2001] UKHL 26; [2001] 3 All ER 433; [2001] 2 WLR 1622.

¹⁰³ *R (Alconbury) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, *op. cit.*, para 51.

¹⁰⁴ G. Anthony, *UK public law and european law*, Hart publishing, Oxford, 2002, 198 p., p. 170

¹⁰⁵ *R. v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly*, *op.cit.* §32.

¹⁰⁶ Lord Irvine of Lairg, « The Impact of th Human Rights Act: Parliament, The Courts ans the Executive », *P.L.*, 2003, pp. 308-325, p.321

¹⁰⁷ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2003, 921 p., p.123.

¹⁰⁸ Lord Irvine of Lairg, « Activism and Restraint: Human Rights and the Interpretative Process », *E.H.R.L.R.*, 1999, Issue 4, pp. 350-372.

définitive d'un texte constitutionnel et l'attachement théorique à la souveraineté parlementaire. Il apparaît ainsi un type de constitutionnalisme à l'anglo-saxonne¹⁰⁹ caractérisé par la persistance virtuelle du principe de suprématie du Parlement qui reste, pour l'instant, un élément incontournable des mesures adoptées en matière de protection des droits et libertés.

¹⁰⁹ S. Gardbaum « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », *American Journal of Comparative Law*, n° 49, 2001, pp. 707-760.