

Le contrôle juridictionnel dans le cadre du *Human Right Act 1998* : un standard de contrôle conventionnalisé pour une meilleure protection des droits et libertés ?

Aurélie Duffy

ATER à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence,
Centre Louis Favoreu GERJC (CNRS UMR 6201)

La campagne pour les élections législatives de 1997 a été marquée par l'engagement du parti travailliste en faveur d'une véritable refonte des modalités traditionnelles de protection des droits et libertés reposant jusque-là sur la loi et la *common law*. Si depuis 1968¹ le débat relatif à la modification du système britannique de protection s'est progressivement organisé autour de deux solutions alternatives : l'adoption d'une déclaration de droits britannique ou l'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), le parti de Tony Blair s'est rapidement orienté vers la seconde solution. Après la victoire des travaillistes aux élections législatives du 1^{er} mai 1997, cet aspect de leur programme a été concrétisé avec l'adoption du *Human Rights Act 1998 (HRA)*. Cette loi, qui est entrée en vigueur dans son intégralité le 2 octobre 2000, a pour objet de « donner plus d'effets aux droits et aux libertés garantis par la Convention européenne »². L'objectif ainsi énoncé dans le sous-titre de la loi révèle que le *HRA* n'a pas véritablement tranché en faveur de l'une des deux options puisqu'il n'incorpore pas véritablement l'ensemble des droits reconnus par la Convention européenne³ et ne constitue pas non plus une véritable déclaration de droits britannique. En fait, le *HRA* ne permet aux droits conventionnels d'être invoqués que par l'intermédiaire des mécanismes qu'il prévoit.

Les procédures consacrées par le *HRA* visent, en effet, à renforcer la protection des droits et libertés tout en respectant le cadre constitutionnel spécifique dans lequel cette loi s'inscrit⁴ et, plus particulièrement, le principe de souveraineté parlementaire. C'est pourquoi, si les modalités de garantie des droits et libertés ont placé les juges au cœur du dispositif de protection alors que le législateur était auparavant considéré comme le gardien des droits et libertés, le *HRA* ne leur a pas conféré le pouvoir de priver d'effet une loi.

Dans leurs rapports avec le Parlement, d'une part, les juges ont, en effet, la possibilité d'avoir recours à l'interprétation conforme ou à une déclaration d'incompatibilité. La première procédure prévoit que « dans la mesure du possible, les législations primaires et subordonnées doivent être lues et mises en oeuvre de façon compatible avec les droits conventionnels »⁵. La seconde procédure permet aux juges, dans l'hypothèse où les plus hautes Cours⁶ ne parviennent pas à interpréter une loi conformément aux droits

¹ A. LESTER, « Democracy and Individual Rights », *Fabian Tract*, n°390, Fabian Society London, 1969, pp. 13-15.

² Le sous-titre du *Human Rights Act 1998* précise : « *An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights* ».

³ Les « droits conventionnels » qui sont reconnus par le *HRA* sont les droits consacrés dans les articles 2 à 12 et 14 CEDH ainsi que dans les articles 1 à 3 du Premier Protocole et 1 et 2 du 6^{ème} Protocole.

⁴ *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.

⁵ Section 3 du *HRA*.

⁶ 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 *HRA 1998*.

conventionnels, de constater son incompatibilité⁷. Une telle déclaration respecte le principe de souveraineté parlementaire puisqu'elle n'affecte pas la validité de la loi, mais alerte le Parlement et les pouvoirs publics de la contrariété d'une loi avec les droits conventionnels. Ce signal invite le Ministre compétent à reconsidérer la loi incompatible soit par l'introduction d'un nouveau projet de loi, soit, dans des circonstances limitées, par la procédure de *remedial order* prévue par la section 10 du *HRA*. Les Cours peuvent, d'autre part, sanctionner, au titre de la section 6 du *HRA*, les autorités publiques qui n'ont pas agi de manière compatible avec les droits conventionnels.

Le développement du rôle des juges, qui disposent de nouvelles compétences afin de contrôler les atteintes législatives et administratives aux droits conventionnels, laisse ainsi apparaître un phénomène de juridictionnalisation de la protection. Mais en dehors de l'originalité des mécanismes qu'il prévoit et du rôle essentiel qu'il confère aux juges, la spécificité du *HRA* réside également dans le fait qu'il repose sur un catalogue de droits basé sur la Convention européenne et certains de ses Protocoles. Cet élément permet de considérer que le phénomène de juridictionnalisation des mécanismes de protection est complété par une conventionnalisation de la substance des droits protégés. Les rédacteurs du *HRA* ont préféré se fonder sur le catalogue des droits conventionnels, déjà utilisé de façon ponctuelle avant l'entrée en vigueur du *HRA*, plutôt qu'adopter une déclaration de droits britannique.

Le fait d'avoir, pour la première fois, consacré des mécanismes et un catalogue de droits et libertés constitue une avancée remarquable pour le système de protection britannique. Cependant, la consécration de nouvelles procédures de protection et l'appropriation d'un catalogue conventionnel sont inutiles s'ils ne s'accompagnent pas d'un contrôle juridictionnel approprié. En effet, l'amélioration du niveau de protection des droits et libertés ne passe certainement pas par une consécration théorique de mécanismes et d'une liste virtuelle de droits et libertés. L'étendue de cette protection dépend, au fond, des limitations susceptibles d'être apportées à ces droits et, en conséquence, du contrôle qui est exercé, en pratique, à leur égard. Dès lors, l'efficacité de la protection des droits et libertés réside dans l'utilisation par les juges de ces nouveaux mécanismes et de ce catalogue.

Aussi, il a semblé opportun de se demander si le choix d'un catalogue basé sur la CEDH n'était qu'une solution de facilité sans conséquence sur le régime de protection des droits ou si il a été suivi de la reconnaissance corrélative d'un contrôle comparable à celui exercé par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), permettant ainsi d'affermir la protection des droits.

A vrai dire, les juges britanniques désormais munis de ce nouvel instrument de protection n'ont pas eu une approche « britannique » du catalogue conventionnel. Les Cours ont fait le choix d'une « politique jurisprudentielle » privilégiant un standard de contrôle inspiré de celui mis en oeuvre par la Cour européenne. La conventionnalisation du catalogue des droits protégés s'est donc accompagnée de l'adoption de modalités de contrôle reflétant l'approche de la CourEDH. Dès lors, nous nous demanderons si une telle approche a été à l'origine d'une meilleure protection des droits et libertés et, dans l'affirmative, nous envisagerons la façon dont elle a contribué à cette amélioration.

En effet, l'étendue de la protection des droits et libertés dépend désormais d'un standard de contrôle qui démontre la prégnance actuelle du droit conventionnel sur le droit des libertés britannique (I). Par ailleurs, si la reconnaissance de cette nouvelle modalité de contrôle constitue un progrès dans la protection des droits et libertés, le degré d'efficacité de la protection de ces droits est néanmoins caractérisé par une mise en oeuvre tantôt activiste, tantôt déférente de ce contrôle (II).

⁷ Une telle déclaration peut être effectuée à l'encontre des législations primaires et des législations secondaires lorsqu'une législation primaire empêche au juge de supprimer l'incompatibilité.

I. LA RECONNAISSANCE D'UN STANDARD DE CONTROLE CONVENTIONALISE : UNE REDEFINITION DU REGIME DE PROTECTION DES DROITS ET LIBERTES

Devant les organes de la CEDH, l'examen des restrictions aux droits et aux libertés repose essentiellement sur le contrôle de proportionnalité qui examine « [l']adéquation entre un objectif légitime et les moyens utilisés pour l'atteindre »⁸. Ce contrôle permet d'établir, en fonction de son intensité, l'étendue de la « marge d'appréciation » qui est laissée aux Etats⁹. Depuis la reconnaissance de cette notion dans la décision *Handyside*¹⁰, les Etats disposent dans certains domaines d'un pouvoir discrétionnaire et sont, de ce fait, soumis à un contrôle plus modéré de la part du juge européen. De même, l'adoption du *HRA* a conduit les juges britanniques à adopter une modalité de contrôle très comparable à celle exercée par le juge européen. Aussi, les juges ont explicitement reconnu le contrôle de proportionnalité lorsqu'ils mettent en œuvre le *HRA* (A) ainsi qu'une doctrine de déférence, la « sphère discrétionnaire de jugement », comparable à la doctrine de la marge nationale d'appréciation, mais adaptée à l'exercice de ce contrôle dans l'ordre juridique national (B).

A. La reconnaissance explicite du contrôle de proportionnalité

Alors que les juges refusaient d'exercer un contrôle de proportionnalité en matière de *judicial review* (1), ce contrôle est par la suite apparu de façon implicite pour être finalement explicitement reconnu dans le cadre du *HRA* (2).

1. Du contrôle d'irrationalité ...

Avant l'entrée en vigueur du *HRA*, seules les décisions administratives pouvaient être contestées et ce, par le biais de la procédure de *judicial review*¹¹ à laquelle il était possible d'avoir recours dans trois cas¹² : l'illégalité, l'« impropriété procédurale » et l'irrationalité d'un acte d'une autorité publique. Ce dernier cas d'ouverture, reconnu dans la décision *Wednesbury*, permet de déclarer illégale une décision « si excessive dans la défiance de la logique ou des standards moraux généralement reconnus qu'aucune personne sensée n'aurait pu arriver à la même solution »¹³. En fait, un acte administratif qui est « si déraisonnable qu'aucune autorité sensée ne l'aurait jamais édicté »¹⁴ est illégal. Le contrôle *Wednesbury*, qui permet au juge d'examiner « l'irrationalité » d'une décision, correspond donc à la fois à un cas d'ouverture du recours en *judicial review* et à une modalité de contrôle d'une décision.

⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2005, p. 219.

⁹ A ce propos, cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 216-222.

¹⁰ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, Série A, n° 24, GACEDH, n° 7.

¹¹ Cette procédure est prévue par la section 31 du *Supreme Court Act 1981*.

¹² Ils ont été présentés par Lord Diplock dans la décision *Council for Civil Service Union v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

¹³ *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223. Ce dernier cas de recours est communément appelé test d'« irrationalité » ou « *Wednesbury* ».

¹⁴ *Ibid.*, p. 230.

Ce contrôle ne permet de sanctionner que des décisions véritablement excessives et abusives et a, de ce point de vue, été critiqué par la doctrine en raison de son manque de clarté¹⁵ et de la grande liberté d'appréciation qu'il laisse aux juges. En outre, dans certaines décisions, la CourEDH a considéré que le contrôle *Wednesbury* était insuffisant pour satisfaire aux exigences du droit à un recours effectif protégé par l'article 13 CEDH¹⁶. Cependant, bien que Lord Diplock ait proposé, dans la décision *GCHQ*¹⁷, de compléter les différents cas d'ouverture du recours en *judicial review* par le principe de proportionnalité, la Chambre des Lords a expressément refusé de mettre en œuvre un tel contrôle dans la décision *Brind*¹⁸ de crainte de trop s'immiscer dans les décisions prises par les autorités administratives. Le contrôle de proportionnalité est, en effet, plus intrusif que le contrôle d'irrationalité et laisse croire aux juges britanniques qu'ils examineraient l'opportunité de la décision, ce qu'ils se refusent de faire¹⁹.

En réalité, le refus affiché de procéder à un examen de la proportionnalité de certaines décisions n'est qu'un faux-semblant puisque le contrôle de proportionnalité était déjà exercé comme un élément du contrôle *Wednesbury*²⁰ notamment dans le domaine des droits et libertés. Dans certaines décisions, les juges ont procédé à un examen de la proportionnalité de certains actes sans le formuler explicitement²¹, mais en adoptant une approche comparable. En effet, les juges ont redéfini le contrôle d'irrationalité et ont mis en œuvre un contrôle plus approfondi des actes méconnaissant les droits et libertés. En 1987, dans la décision *Bugdaycay*, la Chambre des Lords a ainsi inauguré un contrôle plus rigoureux appelé « anxious scrutiny »²². Lord Bridge a considéré qu'étant donné que la décision soumise à son examen affectait le droit à la vie, qui est « le droit le plus fondamental de tous les droits de l'homme », « le contrôle le plus scrupuleux possible »²³ devait être mené. Par la suite, un contrôle plus renforcé a été adopté dans la décision *Smith* où le *Master of the Rolls* Sir Thomas Bingham a déclaré devant la Cour d'appel que « plus l'interférence avec les droits de l'homme est substantielle, plus les Cours exigeront de justifications avant d'être convaincues que la décision est raisonnable »²⁴. Aussi, bien que la Chambre des Lords ait refusé de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité, ce principe était déjà latent en matière de *judicial review* à travers l'exercice d'un contrôle plus approfondi des atteintes aux droits et libertés. Toujours est-il que la CourEDH, qui a eu l'occasion de se prononcer dans l'affaire *Smith*, n'a

¹⁵ En ce sens, cf. notamment P. WALKER, « What's Wrong with Irrationality ? » *PL*, 1995, p. 570 et J. JOWELL et A. LESTER, « Beyond *Wednesbury* : Substantive Principles of Administrative Law », *PL*, 1987, pp. 371-372.

¹⁶ Cf., notamment, CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A, n° 161, *GACEDH*, n° 13 ; CourEDH, *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, Série A, n° 215 ; CourEDH, *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, *Rec.*, 1997-III ; CourEDH, *Bensaid c. Royaume-Uni*, 6 février 2001, *Rec.*, 2001-I.

¹⁷ *Council for Civil Service Union v. Minister for the Civil Service*, *op.cit.*

¹⁸ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

¹⁹ En ce sens, cf. notamment l'opinion de Lord Ackner, *ibid.* p. 759D.

²⁰ A ce propos, cf. notamment J. JOWELL, « Is Proportionality an Alien Concept ? », *EPL*, 1996, vol. 2, n° 3, pp. 401-411 ; J. JOWELL et A. LESTER, « Beyond *Wednesbury* : Substantive Principles of Administrative Law », *op. cit.*, p. 374 ; G. XYNPOULOS, « Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité », LGDJ, Paris, 1995, p. 279.

²¹ P. CRAIG, « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », in E. ELLIS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Law of Europe*, Hart Publishing, Oxford/Portland (Or.), 1999, pp. 85-106 ; J. JOWELL et A. LESTER, « Beyond *Wednesbury* : Substantive Principles of Administrative Law », *op. cit.* ; G. WONG, « Toward the Nutcracker Principle : Reconsidering the Objections to Proportionality », *PL*, 2000, pp. 92-109.

²² *Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department* [1987] AC 514, A ce sujet, cf. M. FORDHAM, « What is « Anxious Scrutiny » ? », *JR*, 1996, p. 81 ; M. FORDHAM et T. DE LA MARE, « Anxious Scrutiny, the Principle of Legality and the Human Rights Act », *JR*, 2000, pp. 40-51.

²³ *Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, p. 531E-G.

²⁴ *R v. Ministry of Defense, ex parte Smith* [1996] QB 517 ; pp. 554D-G, 563A.

pas jugé que l'examen mené était suffisant puisque le Royaume-Uni a été condamné à propos de la solution adoptée dans cette décision. Selon le juge européen, la mesure contestée a méconnu le droit au respect de la vie privée des requérants ainsi que le droit à un recours effectif. La Cour d'appel, bien qu'elle ait reconnu la nécessité d'adopter un contrôle plus intrusif que le contrôle *Wednesbury* avait, en effet, refusé de déclarer illégale l'exclusion des militaires homosexuels des forces armées. Cette condamnation a conforté la nécessité d'adopter le principe de proportionnalité puisque le contrôle exercé, qui était encore plus approfondi que le contrôle d'irrationalité, ne correspondait pourtant toujours pas au standard conventionnel.

2. ...au contrôle de proportionnalité

Avec le *HRA*, le Royaume-Uni dispose désormais d'un catalogue de droits conventionnalisés et comme ni le Livre Blanc ni même le *HRA* n'ont prévu le standard de contrôle selon lequel les limitations aux droits et libertés doivent être examinées, il revenait aux juges de reconnaître une modalité de contrôle satisfaisant aux exigences conventionnelles. Les juges disposent désormais d'une habilitation qui leur permet de reconnaître un tel contrôle puisque la section 2(1) du *HRA* requiert qu'ils tiennent compte de la jurisprudence des organes de Strasbourg. A défaut, l'un des objectifs du *HRA*, qui était de donner aux individus vivant au Royaume-Uni la possibilité de mettre directement en œuvre les droits reconnus par la Convention européenne devant les Cours britanniques plutôt que d'avoir à subir les coûts et le retard résultant d'une procédure devant la CourEDH, ne pourrait être atteint. En effet, il s'agissait de « rapatrier »²⁵ les droits consacrés par la Convention afin de « donner aux britanniques l'opportunité de faire appliquer les droits dont ils bénéficient en vertu de la Convention européenne par les Cours anglaises (...) »²⁶. Ne pas adopter un contrôle comparable ou respectueux du standard européen ferait disparaître toutes les ambitions du *HRA*.

Dans un premier temps, les Cours ont fait preuve de réticence à l'idée d'adopter le contrôle de proportionnalité lorsqu'elles ont été saisies d'atteintes aux droits conventionnels. A ce sujet, les premières décisions développant clairement cette question ont montré un certain attachement au contrôle *Wednesbury*. En effet, dans les décisions *Javed*, *Mahmood* et *Isiko*²⁷, la Cour d'appel a formulé son contrôle en des termes comparables à ceux utilisés lors du contrôle d'irrationalité.

Dans un second temps, la Chambre des Lords a explicitement reconnu le contrôle de proportionnalité dans le cadre de recours fondés sur le *HRA*. Dans la décision *Daly*²⁸, Lord Steyn, dont l'opinion a été partagée par les autres Lords, a critiqué le contrôle formulé dans la décision *Mahmood* ainsi que celui qui était effectué dans la décision *Smith*. Il a considéré que lorsque les droits conventionnels sont en cause, le principe de proportionnalité, qui implique un contrôle plus approfondi, doit être effectué car il permet d'aller plus loin que la simple vérification du caractère raisonnable d'une décision et peut « impliquer d'examiner le poids relatif qui a été accordé aux intérêts » en cause²⁹. En outre, bien que Lord STEYN ait rappelé

²⁵ En ce sens, cf. *Rights Brought Home* (Cm 3782, 1997), §§ 1.18-1.19 ; Lord IRVINE of LAIRG, *Hansard*, HL, 3 November 1997, col. 1228, Lord BINGHAM of CORNHILL ; *Hansard*, HL, 3 November 1997, cols. 1245-1246.

²⁶ *White Paper, Rights Brought Home : The Human Rights Bill*, op. cit., préface du Premier Ministre.

²⁷ *R (Javed) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 3 WLR 323, CA ; *R (Mahmood) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 WLR 840, CA ; *R (on the application of Isiko) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 FLR 930, HLR 295.

²⁸ *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532, [2001] 2 WLR 1622.

²⁹ *Ibid.*, §§ 24-28.

que ce principe avait déjà été envisagé dans une décision du *Privy Council*³⁰, la décision *Daly* révèle bien que le contrôle reconnu résulte d'une prise en compte du contrôle réalisé par le juge européen puisque Lord Steyn évoque la condamnation du Royaume-Uni dans la décision *Smith and Grady* en raison du contrôle insuffisamment intensif de la Cour d'appel. D'ailleurs, Lord Steyn précise qu'un tel examen nécessitera, d'une part, que la limitation en cause soit « nécessaire dans une société démocratique », c'est-à-dire qu'elle « réponde à un besoin social impérieux » et, d'autre part, que la restriction soit « vraiment proportionnée au but légitime poursuivi »³¹. Le standard de contrôle alors adopté rappelle donc clairement celui qui est formulé par le juge européen et a été par la suite régulièrement utilisé³².

Cela étant, si le contrôle de proportionnalité s'est imposé dans le champ d'application du *HRA*, il ne s'est pas étendu aux autres contentieux. Dès lors, trois modalités de contrôle coexistent : le contrôle de proportionnalité dans le cadre du *HRA* et dans le champ d'application du droit communautaire, le contrôle *Wednesbury*, qui persiste en matière de *judicial review*, et le contrôle plus poussé consacré dans les décisions *Bugdaycay* et *Smith* lorsque des droits et libertés de *common law* sont en cause et que le *HRA* ne trouve pas à s'appliquer. De ce point de vue, une reconnaissance plus générale du principe de proportionnalité s'avèrerait nécessaire afin de clarifier le contentieux en matière de *judicial review*. A cet égard, Lord Slynn a proposé, dans la décision *Alconbury*³³, que le contrôle de proportionnalité soit pleinement reconnu, même en dehors du *HRA* et du droit communautaire. Cette volonté a été reprise par la Cour d'appel dans la décision *R (Tucker) v. Secretary of State for Social Security*³⁴, qui a par la suite³⁵ renvoyé à la Chambre des Lords le soin de conduire une telle évolution. En outre, la Cour de Session écossaise a récemment rappelé que le contrôle de proportionnalité n'avait pas encore été généralisé en Angleterre et ne s'était pas non plus substitué au contrôle d'irrationalité³⁶.

Malgré ces dernières réticences, le principe de proportionnalité s'applique pleinement dans le cadre du *HRA*. Cependant, dans la décision *Daly*, Lord Steyn a bien veillé à préciser qu'un tel examen ne permettrait pas de contrôler l'opportunité des décisions administratives. En effet, l'utilisation du contrôle d'irrationalité s'expliquait notamment par la crainte des juges d'intervenir excessivement en dehors de leur champ de compétences. Pour autant, sous l'ère du *HRA*, les juges britanniques semblent toujours guidés par une telle préoccupation puisqu'ils ont consacré la doctrine jurisprudentielle de la « sphère discrétionnaire de jugement ».

B. La consécration corrélatrice de la doctrine de la « sphère discrétionnaire de jugement »

L'autonomie reconnue par la CourEDH aux Etats dans la mise en œuvre des limitations aux droits garantis, à travers la notion de marge nationale d'appréciation, implique une certaine retenue de la part du juge européen dans son contrôle. De façon comparable,

³⁰ *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing* [1999] 1 AC 69. Cf. également *Thomas v. Baptiste* [1999] WLR 249.

³¹ *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 27.

³² Cf. par exemple *R (Saadi) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 41, [2002] 1 WLR 3131 et *R v. Shayler* [2002] UKHL 11, [2003] 1 AC 247, [2002] 2 All ER 477, [2002] 2 WLR 754 qui approuvent l'approche reconnue dans la décision *Daly*.

³³ *R (on the application of Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295, §§ 51-52, Lord SLYNN of HADLEY.

³⁴ [2001] EWCA Civ 1646, §§ 25-26.

³⁵ Cf. *R (British Civilian Internees - Far Eastern Region) v. Secretary of State for Defense* [2003] EWCA Civ. 473, [2003] QB 1397, §§ 31-37.

³⁶ *Somerville v. The Scottish Ministers* [2006] CSIH 52 ; 2007 S.L.T. 96.

mais dans un cadre exclusivement national, les juges britanniques ont reconnu que, dans certains cas, ils devaient également faire preuve de déférence envers des mesures restreignant certains droits ou libertés.

Comme pour le contrôle de proportionnalité, la section 2(1) du *HRA*, qui impose aux Cours de « tenir compte » de la jurisprudence des organes de la CEDH, a soulevé le problème de l'application de la doctrine européenne de la marge nationale d'appréciation par les juges britanniques. Dans la décision *Kebilene*³⁷, la Chambre des Lords a clairement refusé d'appliquer, en droit interne, la doctrine de la marge nationale d'appréciation puisque ce principe s'explique notamment par la nature supranationale de la CourEDH et ne peut-être mise en œuvre que dans un contexte international³⁸. Cette doctrine n'est donc pas applicable aux Cours britanniques lorsqu'elles contrôlent le respect des droits conventionnels dans leur propre pays.

Cependant, une notion dont la logique est comparable à celle de la marge nationale d'appréciation a été reconnue dans la décision *Kebilene* par Lord Hope, qui a développé une doctrine de déférence dénommée « sphère discrétionnaire de jugement ». Selon lui, il est « approprié, dans certaines circonstances, que les Cours reconnaissent l'existence d'une sphère de jugement au sein de laquelle le pouvoir judiciaire se conformera, pour des raisons démocratiques, à l'opinion de l'organe ou de la personne élue dont les actes ou les décisions sont contestés en raison de leur incompatibilité avec la Convention européenne »³⁹. Cela signifie que, dans certains domaines, les juges laissent davantage de liberté aux autorités publiques pour limiter les droits conventionnels⁴⁰. Lord Hope considère que cela devrait notamment être le cas lorsque des droits conventionnels conditionnels sont en cause ou lorsque l'affaire porte sur des questions politiques, économiques ou sociales. En revanche, les droits revêtant une importance constitutionnelle considérable ne rentreront pas dans cette sphère de liberté. Les arguments expliquant cette doctrine reposent essentiellement sur la question de la compétence des Cours à pouvoir intervenir dans des domaines dans lesquelles elles ne disposent pas d'une véritable expertise⁴¹, d'une part, ainsi que sur leur légitimité démocratique⁴², d'autre part. En outre, différents facteurs permettant la reconnaissance de la sphère discrétionnaire de jugement ont été identifiés et récapitulés dans la décision *International Transport Roth GmbH*⁴³. Celle-ci sera plus aisément reconnue si une loi plutôt qu'un acte du pouvoir exécutif est en cause. La déférence dépendra aussi de la nature des droits en cause ; elle sera plus importante à l'égard des droits conditionnels que des droits absolus. Le domaine dans lequel intervient l'affaire importera également puisque les questions liées à l'immigration ou à la défense nationale feront l'objet de davantage de déférence que les questions liées à la matière pénale pour lesquelles les Cours ont une expertise particulière.

Quoiqu'il en soit, la logique qui caractérise la notion de marge nationale d'appréciation et celle de sphère discrétionnaire de jugement conduit à effectuer un

³⁷ *R v. DPP, ex parte Kebilene* [2000] 2 AC 326, [1999] 4 All ER 801, [1999] 3 WLR 972, p. 380G, Lord HOPE ; de même, *Brown v. Stott* [2003] AC 681, p. 842, [2001] 2 All ER 97, [2001] 2 WLR 817 (PC), Lord STEYN ; *Porter v. South Bucks District Council* [2001] EWCA Civ 1549, [2002] 1 All ER 425, §§ 25-27, SIMON BROWN LJ.

³⁸ En ce sens, cf. P. CRAIG, « The Courts, the Human Rights Act and *Judicial review* », *LQR*, 2001, vol. 117, p. 590.

³⁹ *R v. DPP, ex parte Kebilene*, *op. cit.*, p. 380G, Lord HOPE.

⁴⁰ En ce sens, cf. J. RIVERS, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*, p. 175.

⁴¹ *International Transport Roth GmbH & Ors v. Secretary of State For the Home Department*, [2002] EWCA Civ 158, [2003] QB 728, [2002] All ER, [2002] 3 WLR 344 § 87, LAWS LJ ; *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, *op. cit.*, § 62, Lord HOFFMANN.

⁴² *R (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [2001] 2 All ER929, [2001] 2 WLR 1389, § 69.

⁴³ *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, §§ 81-87.

rapprochement entre ces deux notions puisque, dans un cas comme dans l'autre, les juges laissent aux autorités (les Etats, dans le cadre de la CEDH ; les autorités publiques ou le Parlement, dans le cadre du *HRA*) à l'origine de la violation une certaine marge de manœuvre. En ce sens, cette doctrine révèle une forme d'autolimitation du contrôle juridictionnel. Cependant, s'il est vrai que dans des domaines l'autorité décisionnaire doit bénéficier d'une certaine latitude, il n'en reste pas moins que la mise en œuvre de cette forme de déférence peut fragiliser la protection des droits.

L'adoption du contrôle de proportionnalité et la reconnaissance corrélatrice d'une sphère discrétionnaire de jugement reflète la logique qui anime le contrôle exercé par la CourEDH et témoigne d'une conventionnalisation du régime de protection des droits et libertés. De plus, l'abandon du contrôle *Wednesbury*, qui ne sanctionnait que les décisions les plus extrêmes, contribue à renforcer les modalités de contrôle des atteintes aux droits conventionnels et est, de ce fait, susceptible d'affermir la garantie des droits et libertés. A l'inverse, la consécration de la doctrine de la « sphère discrétionnaire de jugement » peut limiter l'efficacité de la protection. C'est pourquoi, se fondant sur ces deux aspects des modalités de contrôle : le principe de proportionnalité et la doctrine de la « sphère discrétionnaire de jugement », la mise en œuvre de ce nouveau standard oscille entre activisme et déférence.

II. LA MISE EN ŒUVRE DU NOUVEAU STANDARD DE CONTROLE : UNE AMELIORATION DE LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTES ?

La reconnaissance de nouvelles modalités de contrôle dans le domaine des droits et libertés n'a d'intérêt que si sa mise en œuvre fait progresser leur protection. Dès lors, le *HRA* doit être utilisé efficacement afin d'assurer la meilleure garantie possible des droits conventionnels. Cependant, si les juges ont montré qu'ils étaient prêts à s'appropriier le dispositif conventionnel de protection des droits et libertés, sa mise en œuvre soulève des problèmes liés à la question de la légitimité de l'intervention des juges dans certains domaines, d'une part, et à celle de la séparation des pouvoirs, d'autre part, qui peuvent affecter le niveau de protection des droits et libertés. En effet, la jurisprudence révèle que lorsque les Cours sont trop respectueuses des décisions des autorités publiques, l'effectivité de la protection peut se trouver fragilisée (A). En revanche, les juges manifestent parfois un certain activisme qui démontre que le contrôle de proportionnalité permet une garantie plus efficace des droits et libertés (B).

A. Une protection fragilisée par la déférence des juges

La mise en œuvre du standard de contrôle reconnu par la jurisprudence britannique a conduit les juges à examiner certaines questions de façon déférente. En effet, les Cours n'ont parfois pas mené un contrôle de proportionnalité suffisamment rigoureux des mesures limitant les droits et libertés et ont préféré reconnaître aux autorités « une sphère discrétionnaire de jugement ». Cette déférence jurisprudentielle, qui peut s'expliquer par la nature sensible de certaines décisions, s'est cependant manifestée dans des domaines où elle était moins justifiée. De façon générale, cette approche, que ce soit envers les décisions d'autorités publiques ou envers les actes du Parlement, fragilise la garantie des droits et libertés conventionnels.

S'agissant, d'une part, des atteintes provenant des actes d'autorités publiques, les juges ont principalement reconnu une sphère discrétionnaire de jugement dans les domaines où la

sécurité nationale, l'ordre public, les questions impliquant les dépenses publiques ou les politiques d'immigration ont été concernés.

L'affaire *Rehman*⁴⁴ démontre que les Cours préfèrent laisser un certain pouvoir discrétionnaire aux autorités publiques lorsque la sécurité nationale est en cause. La Chambre des Lords a donc jugé que la décision du Ministre de l'intérieur d'expulser le requérant, qui était lié à une organisation terroriste islamiste, était justifiée car le Ministre était le mieux placé pour apprécier les questions relatives à la sécurité nationale. Par ailleurs, la protection de l'ordre public justifie aussi l'existence d'une sphère discrétionnaire de jugement. Cette exigence, dont les services de police ou les services pénitentiaires sont chargés d'assurer le respect, leur confère une marge de discrétion importante. L'enregistrement des conversations d'un prisonnier avec la presse n'a, par exemple, pas été jugé contraire à la liberté d'expression par la *High Court*⁴⁵. Le juge Elias J a d'ailleurs affirmé dans cette décision que les Cours devaient mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité de façon déférente car la privation de la liberté d'expression est liée à la condamnation d'un prisonnier, une décision qui reflète une « volonté démocratique »⁴⁶. De même, rappelant que l'affaire soulevait une question politique qui relève du Parlement, la Chambre des Lords a refusé de considérer qu'une condamnation d'un prisonnier à une peine perpétuelle obligatoire méconnaissait les articles 3 et 5 CEDH⁴⁷. Toujours dans le domaine de l'ordre public, la Cour d'appel a, dans la décision *Farrakhan*⁴⁸, admis que le refus d'entrée sur le territoire d'un leader spirituel islamiste motivé par la protection de l'ordre public ne portait pas atteinte à sa liberté d'expression. La Cour d'appel a, en effet, considéré, qu'en l'espèce, une « marge de discrétion particulièrement large » devait être accordée au Ministre de l'intérieur.

Les décisions ayant un effet sur les dépenses publiques conduisent également à une certaine retenue juridictionnelle. A ce propos, les décisions d'expulsion de logements sociaux, qui sont susceptibles de porter atteinte à l'article 8 CEDH, ne font pas l'objet d'un contrôle rigoureux et bénéficient d'une particulière déférence⁴⁹ en raison de l'allègement de dépenses publiques que ces décisions procurent. Dans ce domaine, les Cours formulent un contrôle de proportionnalité qu'elles n'appliquent pas vraiment et rappellent qu'il leur faut veiller au respect des décisions du Parlement⁵⁰.

De même, les juges manifestent une déférence importante envers les agents des services d'immigration. Dans les décisions de la Cour d'appel *Mahmood*⁵¹, *Isiko*⁵² et *Samaroo*⁵³, des expulsions n'ont pas été jugées contraires au droit au respect de la vie familiale. Le juge Dyson a notamment soutenu, pour justifier sa décision dans l'affaire *Samaroo*, que les Cours n'ont pas de compétence particulière pour apprécier la force de dissuasion des politiques d'expulsion des ressortissants étrangers.

Cependant, dans certains cas, la discrétion laissée aux autorités à l'origine de la violation d'un droit conventionnel semble moins justifiée que dans les domaines précédents. En effet, dans la décision *ProLife Alliance*⁵⁴, la BBC avait refusé de diffuser, pour des raisons de « goût

⁴⁴ *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47, [2003] 1 AC 153.

⁴⁵ *R (Hirst) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWHC 602 (Admin), [2002] 1 WLR 2929.

⁴⁶ *Ibid.*, § 39 ; de même, *Pearson v. Secretary of State for the Home Department* [2001] HRLR 31, §§ 20-23.

⁴⁷ *R (Lichniak) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 47.

⁴⁸ *R (Farrakhan) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 606, [2002] QB 1391.

⁴⁹ A ce propos, cf. S. FREDMAN, « Social Economic and Cultural Rights », in D. FELDMAN et P. BIRKS (eds.), *English Public Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2004, p. 566.

⁵⁰ Cf. *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd v. Donoghue* [2001] EWCA Civ 5, § 69 ; *R (McLellan) v. Bracknell Forest BC* [2001] EWCA Civ 1510, [2002] QB 1129, § 63.

⁵¹ *R (Mahmood (Amjad)) v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*

⁵² *R (on the application of Isiko) v. Secretary of State for the Home Department* *op. cit.*

⁵³ *R (Samaroo) v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] EWCA Civ. 1139, [2001] UKHRR 1150.

⁵⁴ *R (ProLife Alliance) v. BBC* [2003] UKHL 23, [2003] 2 All ER 977, [2003] 2 WLR 1403.

et de décence », le « spot de campagne » du parti politique *ProLife Alliance*, un parti opposé à l'avortement, qui montrait les images d'un fœtus pendant un avortement. La Cour d'appel, qui a tenu compte du fait que la liberté d'expression se manifestait au cours de la campagne pour les élections législatives, a considéré que cette mesure était une atteinte disproportionnée à l'article 10 CEDH. En revanche, la Chambre des Lords a rappelé que le Parlement avait imposé des standards de goût et de décence que les diffuseurs devaient appliquer aux émissions électorales des différents partis. Les Lords ont ainsi considéré que cette interdiction entraînait dans la sphère de compétences du législateur et non des Cours et qu'elle n'était par conséquent pas « discriminatoire, arbitraire ou déraisonnable ». En outre, la solution adoptée par la Chambre haute a également été motivée par le fait que la diffusion dont il était question était gratuite et donc financée par les ressources publiques. La liberté d'expression était donc liée à une question d'allocation de ressources⁵⁵, ce qui a sans doute joué dans la déférence que les juges ont manifesté envers la décision de la BBC. Cette décision reste toutefois très critiquable au regard de la jurisprudence européenne puisque cette dernière accorde une protection particulière à la liberté d'expression politique⁵⁶.

Les juges ont, d'autre part, fait preuve de déférence lorsqu'il était question d'examiner des atteintes législatives aux droits conventionnels. Ainsi, dans la décision *Alconbury*, la Chambre des Lords a renversé une déclaration d'incompatibilité concernant les sections 77, 78 et 79 du *Town and Country Planning Act 1990*. Les Lords ont adopté une position favorable au Secrétaire d'Etat en précisant notamment que l'urbanisme relevait essentiellement du Parlement et des Ministres car il était lié à des questions environnementales, sociales et économiques⁵⁷. De même, dans le domaine des prestations sociales, la Chambre des Lords a renversé une déclaration d'incompatibilité prononcée par la Cour d'appel qui a jugé que l'attribution d'allocations de veuvage⁵⁸ et la déduction d'impôts aux bénéficiaires des veuves et non des veufs⁵⁹ constituait une violation des articles 14 et 8 CEDH, dans la première affaire⁶⁰, et 14 et 1^{er} du Premier protocole, dans la seconde⁶¹. Les Lords ont adopté une position contraire en considérant notamment que ces mesures, instaurant une différence de revenus entre les veuves et les veufs, n'étaient pas discriminatoires en raison de la situation particulière des veuves qui peuvent ne pas avoir d'activité professionnelle. Cette solution montre la difficulté des juges à reconnaître des droits susceptibles de peser sur le budget de l'Etat. Cette position est d'autant plus regrettable que la CourEDH a adopté une solution contraire dans la décision *Willis c. Royaume-Uni*⁶². Cela étant, sa portée doit être nuancée puisque le législateur est intervenu pour harmoniser, mais à la baisse, les législations en cause aux situations des veufs et des veuves.

En fait, dans la plupart des affaires dans lesquelles les juges se sont référés à la notion de sphère discrétionnaire de jugement ou à l'idée de déférence juridictionnelle, ils ont rejeté les plaintes fondées sur la méconnaissance des droits conventionnels. En conséquence, la trop grande marge de manœuvre laissée aux autorités méconnaissant les droits conventionnels a pu conduire la CourEDH à se prononcer et, voir même, à condamner le Royaume-Uni en raison

⁵⁵ En ce sens, cf. S. FREDMAN, « Social Economic and Cultural Rights », *op. cit.*, p. 554 et *R (ProLife Alliance) v. BBC*, *op. cit.*, § 8.

⁵⁶ CourEDH, *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, Série A, n° 236.

⁵⁷ *R (on the application of Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of state for the Environment, Transport and the Regions*, *op. cit.*, § 48.

⁵⁸ *R v. Secretary of State for Work and Pensions, ex parte Hooper and others* [2005] UKHL 29.

⁵⁹ *R v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue, ex parte Wilkinson*, [2005] UKHL 30.

⁶⁰ *R v. Secretary of State for Work and Pensions, ex parte Hooper and others*, *op. cit.*

⁶¹ *R v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue, ex parte Wilkinson*, *op. cit.*

⁶² CourEDH, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, *Rec.*, 2002-IV.

du non respect des exigences conventionnelles. Tel a, par exemple, été le cas dans la décision *Hirst*⁶³. La *High Court*⁶⁴ avait refusé de déclarer la section 3 du *Representation of the People Act 1983*, qui prive de droit de vote les prisonniers purgeant une peine perpétuelle, contraire à l'article 3 du premier Protocole consacrant le droit à des élections libres⁶⁵. Selon la *High Court*, cette punition était légitime et proportionnée car elle constituait un élément de la peine⁶⁶. Cependant, la CourEDH a condamné le Royaume-Uni dans cette affaire car cette « restriction générale, automatique et indifférenciée d'un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassé une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1 »⁶⁷.

De tels exemples démontrent que la reconnaissance d'une modalité de contrôle proche du standard européen ne conduit pas nécessairement à des solutions toujours respectueuses des exigences européennes. Les juges britanniques ont parfois fait preuve d'une déférence exagérée par rapport à la marge d'appréciation qu'aurait pu reconnaître la CourEDH. Il faudrait donc que l'épée de Damoclès, que représente une condamnation du Royaume-Uni par la CourEDH, incite les Cours britanniques à mettre en œuvre le nouveau standard de contrôle à un niveau au moins équivalent à celui qui est exercé par le juge européen. Le recours à cette doctrine, qui constitue une forme de renonciation des juges à la mise en œuvre effective des compétences que le *HRA* leur a confié⁶⁸, devrait être modéré pour permettre une meilleure protection des droits et libertés.

B. Une protection améliorée par l'activisme des juges

L'adoption du contrôle de proportionnalité, qui est « plus structuré et permet un contrôle plus approfondi »⁶⁹ que le contrôle *Wednesbury* a cependant permis un renforcement du niveau de protection des droits et libertés. Les juges eux-mêmes reconnaissent que le contrôle de proportionnalité permet un examen plus « rigoureux et intrusif »⁷⁰ que les modalités de contrôle précédentes. Celui-ci s'opère tant à l'égard des décisions d'autorités publiques que des lois.

L'examen de certains actes d'autorités publiques a, en premier lieu, conduit les juridictions britanniques à adopter des décisions protectrices des droits et libertés à propos notamment du droit au respect de la vie privée, de la liberté de pensée, de conscience et de religion ou encore de la liberté de manifestation. La Haute juridiction a parfois même été particulièrement audacieuse notamment dans le domaine des droits sociaux.

⁶³ CourEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005, Req. n° 74025/01.

⁶⁴ *R (Pearson and Martinez) v. Secretary of State for the Home Department* et *Hirst v. Attorney-General* [2001] EWHC Admin 239.

⁶⁵ A ce sujet, cf. V. NATALE, « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 939-972.

⁶⁶ *Ibid.*, §§ 40-41.

⁶⁷ CourEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁶⁸ Lord LESTER of HERNE HILL, « First Steps Towards A Constitutional Bill of Rights », *EHRLR*, 1997, n° 2, pp. 124-131 ; Sir NICHOLAS LYELL, « Whither Strasbourg ? Why Britain Should Think Long and Hard Before Incorporating the European Convention on Human Rights », *EHRLR*, 1997, n° 2, pp. 132-140 ; J. WADHAM, « Bringing Rights Half-Way Home », *EHRLR*, 1997, n° 2, pp. 141-145 ; A. CLAPHAM, « The European Convention on Human Rights in the British Courts : Problems Associated with the Incorporation of International Human Rights », in P. ALSTON (dir.), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights : Comparative perspectives*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1999, p. 149.

⁶⁹ M. FORDHAM et T. DE LA MARE, « Identifying the Principle of Proportionality », in J. JOWELL et J. COOPER (dir.), *Understanding Human Rights Principles*, coll. « The Justice Series. Putting Rights into Practice », Hart Publishing, Oxford/Portland (Or.), 2001, p. 44.

⁷⁰ *R v. Shayler* [2002] UKHL 11, Lord Bingham of Cornhill et Lord Hope. Cf. également Lord Steyn dans la décision *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 27.

Dans la décision *Daly*, qui a reconnu le contrôle de proportionnalité, la Chambre des Lords a jugé que la directive interdisant la présence des prisonniers lors de la fouille de leurs cellules et qui autorise les agents pénitentiaires à s'assurer, sans le lire, que le courrier des détenus est de bonne foi affectait, beaucoup plus que cela n'était nécessaire, le droit au respect de la vie privée du requérant⁷¹. Par ailleurs, la Cour d'appel, statuant sur un litige lié à la manifestation des convictions religieuses d'élèves par le port de certaines tenues, a jugé que la liberté de la requérante de manifester sa religion et son droit à l'éducation avaient été limités de façon disproportionnée car l'école avait refusé à l'élève d'accéder à l'établissement. Ceci dit, si cette décision démontre une application protectrice du contrôle de proportionnalité, la Chambre des Lords l'a renversée en se fondant sur les décisions de la CourEDH *Sahin*⁷² et de la ComEDH *Karaduman*⁷³.

Plus récemment, les Lords ont déclaré illégale⁷⁴ une décision du *Chief constable* d'empêcher des cars transportant des manifestants de parvenir au lieu de manifestation en raison de la menace que certains passagers faisaient peser sur l'ordre public. Les Lords ont considéré que cette mesure, qui a notamment imposé aux véhicules de retourner à Londres, était illégale car elle était prématurée et constituait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de manifestation des passagers. En effet, selon lord Bingham, la police ne pouvait pas prendre « n'importe quelle mesure qu'ils jugent raisonnable [...] pour empêcher une atteinte à l'ordre public qui n'était pas suffisamment imminente pour justifier l'arrestation ». Là encore, le contrôle de proportionnalité a entraîné la sanction d'une atteinte à un droit conventionnel et a, par là-même, contribué à la garantie de ce droit.

En matière sociale, la Chambre des Lords⁷⁵ a jugé que le fait de refuser à des demandeurs d'asile un soutien matériel et financier à cause de leur demande tardive constituait une violation de l'article 3 CEDH. Selon les Lords, cette décision a atteint le seuil de gravité nécessaire permettant d'appliquer l'article 3 CEDH car, sans cette aide, les demandeurs d'asile sont obligés de dormir dans la rue sans moyen de subsistance ou d'hygiène. Cette solution qui permet la garantie du droit à une prestation sociale dans des circonstances extrêmes est particulièrement protectrice et dépasse même l'étendue de la protection accordée jusque-là par le juge européen⁷⁶ aux prolongements sociaux de l'article 3 CEDH.

Les juges ont, en second lieu, exercé un contrôle de proportionnalité à l'égard de certaines législations qui ont fait l'objet de déclarations d'incompatibilité. Dans la décision *International Transport Roth GmbH & Others v. Secretary of State For the Home Department*⁷⁷, un dispositif d'amende dont l'objet était de lutter contre l'immigration clandestine a été déclaré incompatible avec l'article 6(2) CEDH car il constituait une atteinte disproportionnée au droit de garder le silence et à la présomption d'innocence. L'affaire *Morris*⁷⁸ révèle également que le contrôle de proportionnalité peut jouer un rôle dans le prononcé de déclarations d'incompatibilité. Le refus du Conseil municipal de Westminster de traiter en priorité la demande de logement d'une mère car sa fille était soumise aux services

⁷¹ *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 23.

⁷² CourEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, *op. cit.*

⁷³ ComEDH, *Karaduman c. Turquie*, 3 mai 1993, D.R., 74, p. 93 (la ComEDH justifie le refus de délivrance de certificat d'examen en l'absence de photo d'identité sans foulard et déclare la requête irrecevable).

⁷⁴ *R (on the application of Laporte) v Chief Constable of Gloucestershire Constabulary* [2006] UKHL 55; [2007] 2 WLR 46.

⁷⁵ *R (Adam) v. Secretary of State for the Home Department et R (Limbuella) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 66.

⁷⁶ CourEDH, *Larioshina c. Russie*, 23 avril 2002, Req. n° 56869/00.

⁷⁷ *International Transport Roth GmbH & Ors v. Secretary of State For the Home Department*, *op. cit.*, § 182, § 188.

⁷⁸ *R (on the Application of Morris) v. Westminster CC* [2004] EWHC 2191.

de l'immigration⁷⁹ a été considéré comme une discrimination illégale en matière de droit au respect de la vie privée et familiale et les arguments avancés par le Ministre de l'intérieur n'ont pas été jugés proportionnée. La Cour d'appel a récemment confirmé le jugement de la *High Court*⁸⁰ et une autre décision⁸¹ a également prononcé une déclaration d'incompatibilité à propos de la loi en cause.

De même dans la décision *Baia*⁸², les procédures de contrôle des mariage blancs auxquelles sont soumises les personnes faisant l'objet de mesures d'immigration ont porté une atteinte disproportionnée à l'article 12 et 14 CEDH car elles constituaient une discrimination en raison de la nationalité et de la religion des requérants.

Plus récemment encore, des employés sociaux ont contesté leur inclusion provisoire sur le fondement des *sections 81 et 82 du Care Standard Act 2000* dans la liste des employés ne pouvant travailler au contact d'adultes vulnérables car ils ont été coupables d'une mauvaise conduite. La section 86 de la loi ne leur permettait de contester leur inclusion dans cette liste devant le *Care Standards Tribunal* qu'à l'issue d'un délai de 9 mois. La *High Court* a donc déclaré que ces dispositions étaient injustes et un moyen disproportionné de régler ce problème et que même si les employés pouvaient formuler des observations au Ministre, ce dernier n'était pas un tribunal impartial.

Outre ces décisions, les affaires concernant les questions de lutte contre le terrorisme ont donné l'occasion à la Chambre des Lords de mettre en oeuvre un contrôle de proportionnalité qui témoigne du développement de l'efficacité de la protection des droits conventionnels grâce au *HRA*. En effet, l'*Antiterrorisme Crime and Security Act 2001* (*ATCSA*) permettait au Ministre de l'intérieur de prendre un certificat lorsqu'il « croi[yait] raisonnablement que la présence d'[une] personne au Royaume-Uni est un risque pour la sécurité nationale et [qu'il] suspect[ait] que cette personne [était] un terroriste »⁸³. D'après la section 23 de l'*ATCSA*, un tel certificat permettait la détention indéfinie sans procès des individus suspectés de terrorisme international dans plusieurs cas : lorsqu'ils font l'objet de mesures d'immigration et lorsque leur expulsion s'avère impossible « pour des raisons pratiques »⁸⁴ ou bien lorsqu'ils encourent des risques de torture ou de traitements inhumains ou dégradants dans leur pays d'origine. La Chambre des Lords a déclaré cette disposition incompatible avec la CEDH car elle constituait une atteinte disproportionnée à l'article 5 CEDH et était contraire à l'article 14 CEDH en raison de la différence de régime de détention entre les suspects nationaux et étrangers qu'elle instaurait. En outre, cette décision marque un changement radical d'approche⁸⁵ des juges dans un domaine où le pouvoir exécutif dispose d'un pouvoir discrétionnaire important puisque la sécurité nationale était concernée⁸⁶. Cependant, cette approche peut s'expliquer par le fait que les juges disposent d'une expertise particulière en ce qui concerne le droit en cause qui était la liberté individuelle. Cette déclaration d'incompatibilité, qui n'a qu'un effet déclaratoire et n'a pas invalidé la loi contestée, a conduit le Gouvernement à modifier l'*ATCSA* en adoptant une nouvelle loi anti-terroriste : le

⁷⁹ La fille de la requérante n'avait pas la nationalité britannique, mais elle l'a obtenu par la suite.

⁸⁰ *Westminster City Council & Another v. Morris* [2005] EWCA Civ 1184.

⁸¹ *R (Gabaj) v First Secretary of State, High Court*, 28 mars 2006 (non publiée).

⁸² *R (on the application of Baia and others) v Secretary of State for the Home Department and another* [2006] EWHC 823.

⁸³ Section 21 de l'*ATCSA*.

⁸⁴ Une raison pratique peut, par exemple, résider dans l'absence de « documents de voyages appropriés ». Cf. *Explanatory Notes to Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* § 79.

⁸⁵ Notamment par rapport à la décision *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47, [2003] 1 AC 153.

⁸⁶ A ce propos cf., A. TOMKINS, « Readings of *A v. Secretary of State for the Home Department* », *op. cit.*, p. 264; D. FELDMAN, « Proportionality and Discrimination in Anti-terrorism Legislation », *op. cit.*, pp. 271-273, p. 272.

Prevention of Terrorism Act 2005. Cette loi met en place un système d'ordonnances de contrôle qui imposent des restrictions à certaines activités ainsi qu'à certaines libertés, notamment la liberté d'association ou encore la liberté de circulation des personnes suspectées de terrorisme, et ce, quelque soit leur nationalité. La *High Court* s'est prononcée à propos de ces ordonnances de contrôle et, là encore, l'examen mené a permis au juge Sullivan de contrôler de façon approfondie les ordonnances de contrôle prises à l'encontre d'irakiens soupçonnés de terrorisme. Alors que ces mesures auraient sans doute été considérées comme non irrationnelles sur le fondement du contrôle *Wednesbury*, la *High Court*⁸⁷ a jugé dans une première affaire que la procédure de contrôle juridictionnel des ordonnances de contrôle était contraire à l'article 6(1) CEDH car ce contrôle, qui n'était pas suffisamment approfondi, pouvait être exercé à partir de preuves non communiquées à la personne y étant soumise. Cependant, la Cour d'appel⁸⁸ a adopté une position différente dans cette affaire car, au regard des exigences de sécurité nationale motivant ces mesures, le *PTA* a, selon elle, établi des garanties suffisantes⁸⁹. Néanmoins, dans une seconde affaire, la Cour d'appel⁹⁰ a confirmé l'annulation des ordonnances de contrôle prononcée par la *High Court*⁹¹ en jugeant qu'elles méconnaissaient l'article 5 CEDH car elles imposaient aux requérants une assignation à résidence de 18 h par jour. L'importance de la restriction à la liberté de circulation était telle que les ordonnances de contrôle constituaient une véritable privation de liberté contraire à l'article 5 CEDH. La Chambre des Lords a d'ailleurs été saisie en appel de ces deux décisions.

Ces décisions ont conduit à une période de vive tension entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. Déjà, la *High Court*⁹², qui a déclaré la détention de quatre demandeurs d'asile dans un centre d'accueil illégale car elle méconnaissait de façon disproportionnée l'article 5 CEDH, avait conduit le Ministre de l'intérieur, David Blunkett, à déclarer que « les politiciens élus semblent maintenant passer au second plan après les juges à cause du *Human Rights Act* »⁹³. De même, David Blunkett avait fortement critiqué⁹⁴ la décision de la *High Court*, *R (Q) v. Secretary of State for the Home Department*⁹⁵, qui portait sur la question des prestations dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile. Cette décision a annulé le refus d'accorder une allocation financière à un demandeur d'asile, lorsqu'il n'a pas effectué sa demande dès que cela est « raisonnablement possible » comme le prescrit le *Nationality and Immigration Act 2002* car cela porte notamment atteinte à l'article 6(1) CEDH⁹⁶. Par ailleurs, le 10 mai 2006, la *High Court* a autorisé que des Afghans, condamnés pour un détournement d'avion, bénéficient du droit d'asile car ils étaient susceptibles d'être soumis à des actes de torture ou à des traitements inhumains et dégradants dans leur pays⁹⁷. Cette décision a été

⁸⁷ *Secretary of State v. MB* [2006] EWHC 1000 (Admin). Il a ainsi déclaré la section 2 de la loi incompatible avec le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 CEDH.

⁸⁸ *Secretary of State for the Home Department v. MB* [2006] EWCA Civ 1140.

⁸⁹ *Ibid.* §§ 84-86.

⁹⁰ *Secretary of State for the Home Department v. JJ ; KK ; GG ; HH ; NN ; LL* [2006] EWCA Civ 1141.

⁹¹ *Secretary of State for the Home Department v. JJ ; KK ; GG ; HH ; NN ; LL* [2006] EWHC 1623.

⁹² *R (Saadi & Others) v. Secretary of State For Home Department* [2001] EWHC Admin 670, § 43. Cette décision a, par la suite, été renversée par la Chambre des Lords, cf. *R (Saadi) v. Secretary of State For Home Department* [2002] UKHL 41, [2002] 1 WLR 3131.

⁹³ « Blunkett Despait At £ 110m Asylum Ruling », *The Times*, 8 September 2001.

⁹⁴ Cf. *The Independent*, *The Times*, 20 February 2003.

⁹⁵ [2003] EWHC 195, § 56. Il a également souligné qu'une telle décision pouvait porter atteinte aux articles 3 et 8 de la Convention européenne, mais cette question n'a pas été examinée sur ce point.

⁹⁶ Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel. Cf. *R (Q) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] EWCA Civ 364, § 4, [2003] 2 All ER 905, § 120 ; A ce propos, cf. R. THOMAS, « The Impact of Judicial review on Asylum », *PL*, 2003, p. 479.

⁹⁷ *R (S & Others) v. Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 1111 (Admin).

critiquée, cette fois, par le Premier ministre Tony Blair qui a demandé au nouveau Ministre de l'Intérieur, John Reid, d'examiner la question de l'adoption d'une loi afin de régler le problème de décisions qui condamnent le Gouvernement sur le fondement d'une interprétation contraire à celle qui est donnée à la Convention dans d'autres pays de l'Union européenne⁹⁸. Les décisions rendues par la *High Court* et la Cour d'appel à propos des ordonnances de contrôle ont, elles aussi, été très critiquées par le Gouvernement, ce qui a provoqué une grande controverse liée au *HRA*. Cette loi a parfois été présentée comme un obstacle à la lutte contre le crime ou le terrorisme et sa modification ou même sa révision ont été évoqués. Dans ce contexte, le Premier Ministre a demandé au Département des affaires constitutionnelles de rendre un rapport concernant l'application du *HRA* et ce dernier, assurant de son attachement au *HRA*, a dénoncé les mythes et mauvaises interprétations qui avaient été faites de cette loi⁹⁹.

En conclusion, la garantie des droits sur le fondement du *HRA* reflète, de par la nature du catalogue et les modalités de contrôle adoptées, l'influence européenne sur le système de protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Il apparaît une véritable appropriation du dispositif de protection conventionnel qui permet, à travers la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, d'assurer une protection plus efficace que sur le fondement du contrôle d'irrationalité. Il est vrai que l'efficacité de la garantie juridictionnelle des droits et libertés dans le cadre du *HRA* se trouve parfois fragilisée par la doctrine de la sphère discrétionnaire de jugement car cette dernière altère le nouveau rôle constitutionnel des juges. Ceci dit, en permettant l'adoption d'un contrôle plus approfondi, le *HRA* a non seulement été à l'origine d'une consolidation de la protection des droits et libertés, mais a également conduit à un nouvel équilibre institutionnel entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutif et législatif.

Cependant, le Gouvernement a parfois vivement contesté certaines solutions adoptées à la suite d'un contrôle plus rigoureux. Si la question de la révision du *HRA* a été à l'ordre du jour au printemps et à l'été 2006, le chef de l'opposition¹⁰⁰ proposant même de remplacer le *HRA* par une déclaration de droits britannique pouvant être modifiée par une procédure de révision différente de la procédure législative ordinaire¹⁰¹, le rapport du Ministère des affaires constitutionnelles a néanmoins écarté l'idée du retrait du Royaume-Uni de la Convention européenne et l'abrogation du *HRA*¹⁰².

En fait, les Cours doivent trouver un juste milieu entre une approche trop déférente - qui risquerait de minimiser la portée du *HRA* et de conduire la Cour EDH, lorsqu'elle est saisie, à condamner le Royaume-Uni - et une approche trop audacieuse, qui au niveau interne, conduit le Gouvernement à envisager de remettre en cause le *HRA*. Quoiqu'il en soit, le principe de proportionnalité a redéfini le contrôle juridictionnel exercé sur les atteintes aux droits et libertés tout en soumettant les pouvoirs exécutif et législatif à une surveillance plus accrue¹⁰³. Il contribue, de ce fait, à un progrès de la garantie des droits et libertés.

⁹⁸ En ce sens, la lettre de Tony Blair disponible à l'adresse : <http://www.number10.gov.uk/output/Page9451.asp>.

⁹⁹ Cf. *Department for Constitutional Affairs, Review of the Implementation of the Human Rights Act*, 25 Juillet 2006, pp. 29-34 disponible sur le site : www.dca.gov.uk/peoples-rights/human-rights/publications.htm.

¹⁰⁰ Cette proposition a d'abord été faite dans une interview donnée à la BBC, le dimanche 25 juin 2006, (Cf., à ce propos, le site interne de la BBC :

http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/5114102.stm) puis, dans une conférence donnée le lendemain (D. CAMERON, *Balancing freedom and security – A modern British Bill of Rights*, Speech to the Centre for Policy Studies, London, 26 Juin 2006, disponible sur le site internet du parti conservateur :

http://www.conservatives.com/tile.do?def=news.story.page&obj_id=130572).

¹⁰¹ Le droit de veto de la Chambre des Lords serait restauré.

¹⁰² f. *Department for Constitutional Affairs, Review of the Implementation of the Human Rights Act*, 25 Juillet 2006, pp. 37-39.

¹⁰³ En ce sens, J. RIVERS, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*, p. 176.