Une rencontre conflictuelle entre deux manières de protéger les droits fondamentaux

Introduction

Si définir les droits de l'homme est une entreprise complexe qui nécessite de prendre en compte le contexte culturel spécifique, les appliquer l'est tout autant. En effet, même si de nombreux États à travers le monde sont parvenus à établir des textes communs sur les droits fondamentaux, cela ne signifie pas pour autant que les droits soient définis de façon similaire par chaque État, ni que les responsabilités des États soient envisagées de la même manière partout, ce qui crée des visions concurrentes de la protection légale des droits de l'homme.

Or, le Royaume-Uni possède un système de droit particulier, différent de ceux appliqués sur le reste du continent européen : sa structure comme les modes d'interprétations qu'il favorise le distinguent. Avec la création, après la Seconde Guerre mondiale, des différentes institutions européennes, et en particulier le Conseil de l'Europe et la Communauté Economique Européenne, les différentes structures juridiques européennes sont entrées en contact et se sont rapprochées, au prix parfois de conflits importants. Les aires de compétences des institutions peuvent se chevaucher, source de désaccords politiques comme juridiques entre les États membres. Ce chapitre s'attachera à décrire le contexte de ce conflit entre les différents types de systèmes juridiques ainsi qu'entre les aires d'influence des institutions nationales comme internationales dans la protection des droits de l'homme au Royaume-Uni avant que le *Human Rights Act* n'ait commencé à s'appliquer, en juillet 2010. Il s'agira de prendre la mesure des tensions qui peuvent exister entre les institutions européennes dans ce domaine. En effet, la naissance du *Human Rights Act* est en partie le résultat des impasses juridiques créées par les relations conflictuelles entre les cours britanniques et les cours européennes.

1. Les institutions nationales

Le droit anglais s'est développé indépendamment des systèmes de droit du continent européen, et du système écossais, dont l'*Act of Union* de 1707 préservait la singularité. De cet écart historique sont nées certaines différences dans la philosophie du droit, et dans la manière de rendre la justice sur ces territoires. Nous nous arrêterons donc très brièvement sur les points d'histoire qui ont fondé les caractéristiques distinctives de la conception anglaise du droit, et nous en tirerons les conséquences sur les droits de l'homme et leur protection au Royaume-Uni à la fin du XX^{e} siècle.

a. Particularités du droit britannique

Comme le souligne René David[1], le droit anglais tel qu'il existe aujourd'hui est le résultat d'un gouvernement d'occupation, de conquête. Quand Guillaume le Conquérant a établi son gouvernement sur les Iles Britanniques en 1066, il a dû unifier son territoire sans pour autant s'attirer les foudres de la population locale, ce qu'il risquait de faire s'il éliminait directement toutes leurs prérogatives, leurs coutumes et leurs habitudes historiques. Il a donc créé un système duel de cours de justice. Il a proposé de garder les institutions locales telles qu'elles existaient, c'est-à-dire de garder les tribunaux, les règles qui dépendaient de la coutume et des officiers locaux pour toutes les affaires de justice de petite importance. Une Cour du Roi a été créée en parallèle, mais celle-ci ne pouvait régler que les affaires les plus importantes, c'est-à-dire celles qui concernaient très directement le roi (affaires de trahison par exemple) ou bien les affaires d'une ampleur telle qu'elles ne pouvaient être laissées à l'appréciation des cours locales. Ainsi, la Cour du Roi est devenue la cour la plus importante du Royaume, et les avocats ont essayé de trouver des moyens d'y faire juger leurs affaires. Pour ce faire, ils devaient obtenir une autorisation de la Chancellerie, un *writ*. Petit à petit, les cours locales ont été délaissées.

Cependant, cette façon de laisser faire les tribunaux locaux dans un premier temps a eu une conséquence très simple : il n'y a pas eu de centralisation du droit imposée par le haut, puisqu'il a été mis à la charge de chaque juridiction locale. Le roi, afin de pouvoir constituer une certaine unité juridique, a envoyé des juges à travers le pays, pour qu'ils recueillent les décisions les plus importantes, celles qui montraient les principes légaux fondamentaux ou les

[1] René DAVID, *English Law and French Law: a Comparison in Substance*, Londres, Stevens & Sons, 1980.

plus répandus dans le pays, et les consignent dans des *Year Books*, qui ont été ramenés à la Cour du Roi. Ces *Year Books* réunissaient donc la loi qui était commune à toutes les provinces du royaume, celle que l'on appellera la *Common Law*. A l'inverse, sur le continent, le droit s'est construit de manière systématique plutôt que par accrétion. Il s'est développé en suivant le travail des juristes universitaires, qui analysaient les règles existantes pour construire un système cohérent qui devait couvrir la totalité des problèmes existants dans la société.

A la *Common Law* s'est ajouté à partir du XIII^e^ siècle un système parallèle, l'*Equity*[2]. Celui-ci était censé corriger les injustices créées par le système uniquement jurisprudentiel de la *Common Law*. Une nouvelle juridiction a donc été créée, basée sur une certaine idée d'un droit naturel, supérieur au droit positif. Les personnes qui voulaient y faire appel devaient le demander aux services du roi, et la Chancellerie se chargeait de régler ces affaires. Une deuxième cour fut donc créée, qui ne dépendait plus de la *Common Law*, mais de l'*Equity* : la *Chancery Court*, Cour de la Chancellerie. Au fil du temps, puisque l'*Equity* n'avait pour rôle que de corriger des anomalies de la *Common Law*, elle lui a été incorporée, et un seul système de cours de justice existe aujourd'hui, même si des concepts spécifiques à l'*Equity* peuvent toujours être utilisés dans un certain nombre de cas limités. Ils ont perdu une partie de leur influence et de leur force. La manifestation la plus courante de l'*Equity* aujourd'hui est la pratique du *trust*, qui consiste à laisser des biens à une personne, tout en confiant leur gestion à un tiers. En *Common Law*, les biens appartiennent au *trustee*, la personne à qui est confiée la responsabilité de les gérer, mais en *Equity*, ils appartiennent au bénéficiaire du *trust*, qui seul pourra en profiter le moment venu. Par ailleurs, les juges peuvent attribuer des dommage et intérêts basés sur des principes d'*Equity* à leur discrétion, selon le comportement des parties d'un procès, alors que tous les dommages et intérêts de *Common Law* sont de droit. Ainsi, l'*Equity* apporte un contrepoids au formalisme de la *Common Law* en se basant sur une théorie d'un droit naturel qui tempère le droit positif. Ce double système est absent du droit continental, ce qui rend le raisonnement des juges anglais tout à fait particulier.

Les origines du droit anglais font qu'une grande attention est portée à la procédure, au respect de la manière de rendre la justice. Pratique ancienne donc dans le droit anglais, l'importance de ce formalisme s'est accrue également dans le droit continental, mais de manière plus récente. Par conséquent, les droits procéduraux, tels le droit à un procès équitable, sont

[2] Gary SLAPPER et David KELLY, *The English Legal System*, 9è édition., Londres, Routledge-Cavendish, 2009, p. 4-5.

particulièrement importants pour les Britanniques, plus que pour les juristes de droit continental.

De plus, comme le droit anglais est fondé sur une compilation de cas précis, de décisions prises par des juges dans des contextes particuliers, cela signifie également que les Anglais ont une vision plus pragmatique du droit, moins généraliste. Les Européens considèrent que le droit doit pouvoir réguler les rapports sociaux ou indiquer comment la société doit fonctionner. Un juriste anglais ne voit pas si loin, il essaie de voir comment les règles de droit existantes peuvent s'appliquer à son client. La manière avec laquelle le droit s'est développé au Royaume-Uni, au fur et à mesure, par accrétion de décisions particulières, modifie la façon dont les droits sont compris. William Blackstone affirmait que la liberté et les droits individuels n'étaient pas naturels aux êtres humains, mais bien le résultat de l'histoire[3]. Dans sa vision, il était donc inutile d'essayer d'établir une liste exhaustive de droits, ou un code qui couvrirait toutes les situations imaginables.

Ces différences dans les conceptions du droit ont des répercussions sur la manière dont les lois sont rédigées. En effet, les textes de loi n'ont pas le même but d'un côté et de l'autre de la Manche. Au Royaume-Uni, ils doivent apporter des solutions à des problèmes précis. Sur le continent, ils doivent encadrer toutes les situations imaginables. Ils établissent donc des droits absolus dont chacun peut bénéficier. René David résume cette opposition par la formule « un droit de réparations, et un droit de droits[4] ». Il résume l'histoire des différents systèmes en écrivant :

> La *Common Law* anglaise est apparue comme un ensemble de mécanismes qui ont le but pratique de mettre fin à des controverses ; le droit continental se présente au contraire comme un système qui enseigne quels droits et quels devoirs devraient être reconnus dans la société selon un idéal de justice[5].

Pour Konrad Zweigert et Hein Kötz, il ne s'agit pas seulement d'une différence dans la conception du droit, mais aussi et surtout du résultat d'un écart entre les mentalités continentales et britanniques[6]. Ils affirment que les Anglais ont tendance à improviser, à aborder les problèmes un par un de façon pragmatique quand les Européens construisent des systèmes

---

[3] Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of the Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*, p. 20.

[4] « *A law of remedies and a law of rights*. » René DAVID, *English Law and French Law: a Comparison in Substance*, *op. cit.*, p. 6.

[5] « *The English common law has arisen as a bunch of devices having the practical purpose of bringing controversies to an end; Continental law presented itself on the contrary as a system teaching which rights and duties ought to be recognized in society according to an ideal of justice*. » *Ibid.*, p. 8.

[6] Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, traduit par Tony WEIR, Oxford, Clarendon press, 1992, p. 68-73.

généraux. Les premiers réfléchissent de manière inductive, les seconds de manière déductive. Antoine Garapon suggère que les différences intellectuelles sont plus larges et incluent également, entre autres, le rôle de l'État dans la création du droit. Il compare la situation française avec le point de vue anglais, et suggère que l'État est plus centralisé en France qu'en Angleterre. Il attribue cette différence à la culture religieuse de ces deux pays, l'un catholique, l'autre protestant. Ainsi, contrairement aux codes français, le droit anglais ne vient pas du haut, mais de la base, il émane de réactions locales à des problèmes précis[7].

La différence entre pragmatisme et systématisation se retrouve également dans la constitution du Royaume-Uni. Il n'existe pas de document unique qui rassemblerait toutes les dispositions constitutionnelles du pays. Vernon Bogdanor ajoute même qu'il n'existe pas une liste de textes qui puissent être considérés comme les bases de la constitution britannique, pour lui, « il ne semble pas exister de critère évident qui permette de déterminer ce qui est constitutionnel et ce qui ne l'est pas, et aucune liste de textes ne peut, avec autorité, être appelée "la constitution[8]". » Par exemple, le *Joint Committee on the Draft Civil Contingencies Bill* a étudié les conséquences possibles d'un projet de loi sur la mise en place de mesures d'urgences, en dressant une liste de 20 textes qui ont une nature constitutionnelle[9]. Vernon Bogdanor, dans son ouvrage sur les changements constitutionnels des gouvernements néo-travaillistes, faisait une liste des réformes les plus récentes, et ajoutait trois textes à la liste du *Joint Committee* mais ces tentatives aboutissent à une quantité de documents inutilisable, car trop vaste et incomplète. En fait, la constitution britannique est basée sur la coutume plutôt que sur le droit. Ainsi, si quelque chose est anticonstitutionnel au Royaume-Uni, cela ne signifie pas que ce soit illégal, mais plutôt que cela ne respecte pas les conventions. Les principes fondateurs de la constitution sont des conventions, construites grâce à un consensus sur la meilleure manière de gérer l'État britannique et de mettre en place un État de droit. Ces conventions sont modifiées non pas par la loi, mais par des débats politiques. Cela signifie que les décisions du Parlement ne peuvent pas être contestées devant des cours de justice, comme la Cour suprême des États-Unis : une constitution basée sur des conventions n'a pas de valeur légale qui puisse être défendue par des juges. Les grands textes historiques que nous avons évoqués plus haut (la *Magna Carta*,

[7] Antoine GARAPON et Ioannis PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et Common law*, Paris, Odile Jacob, 2003.
[8] «*There seems no obvious criterion for deciding what is constitutional and what is not, and no authoritative selection of provisions which could be called "the constitution"*.» Vernon BOGDANOR, *The New British Constitution*, *op. cit.*, p. 13.
[9] JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT CIVIL CONTINGENCIES BILL, *Draft Civil Contingencies Bill*, 2003.

l'*Habeas Corpus Act* ou le *Bill of Rights*[10]) ne forment pas une constitution au sens de texte ou ensemble de textes fondamentaux, qui ne peut pas être remis en question. Ils ne créent pas des règles de droit que les Parlements suivants se doivent de respecter à tout prix. Au contraire, ils peuvent être révoqués par leurs successeurs.

Ainsi, la souveraineté du Parlement est au centre de la constitution, c'est la clé de voûte de tout le système politique britannique. Ce concept a d'abord été formulé explicitement par Albert Dicey[11]. La souveraineté parlementaire consiste à placer le Parlement en maître absolu du pays. Directement élu, il représente les Britanniques et il est par conséquent bien plus à même de voter les lois qui sont réclamées par le peuple que toute autre institution. Selon Dicey, c'est parce que le Parlement est souverain que les droits de chacun sont protégés car leur légitimité démocratique protège les droits face à la toute-puissance de l'État. Cette doctrine n'était pourtant pas absolue, et ce même au moment où Dicey écrit. En effet, « il y a des droits de *common law* qui sont si ancrés que même le Parlement ne peut les abroger[12]. » Un droit comme l'*Habeas Corpus*, qui trouve son origine dans une procédure juridique, ne peut, en pratique, pas être abrogé par le Parlement, même si l'*Habeas Corpus Act* venait à l'être : les juges continueraient à appliquer ce qui est devenu une pratique bien établie de la *common law*. Même modérée par la *common law*, la doctrine de la souveraineté est considérée comme l'un des principes fondateurs de la démocratie britannique.

Or, cette souveraineté parlementaire a été largement ébranlée très peu de temps après cette définition[13]. Ainsi, dès 1920, le *Government of Ireland Act* a créé un Parlement pour l'Irlande du Nord, celui de Westminster n'avait donc plus un pouvoir uniforme sur tout le royaume. Dans les années 1970, les violences en Irlande du Nord ont rendu évidente l'inefficacité de ce système de gouvernement pour régler les problèmes de la région constitutive de l'union. Une série de réformes est alors engagée, plusieurs tentatives constitutionnelles se succèdent : gouvernement direct, pouvoir partagé entre les deux communautés, dévolution progressive, référendum[14]. Or, la pratique référendaire porte atteinte au principe de souveraineté du Parlement, puisqu'elle constitue une source d'autorité en dehors de Westminster. Par conséquent, le référendum de 1973, qui demandait à la population de se prononcer sur

[10] Voir plus haut, Chapitre 1.
[11] Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*
[12] Antoine J. BULLIER, *La Common law*, 2e édition., Paris, Dalloz, 2007, p. 50.
[13] Vernon BOGDANOR, *The New British Constitution*, *op. cit.*, p. 25.
[14] Après le referendum de 1973, un gouvernement basé sur le pouvoir partagé entre les deux communautés a été mis en place. Suite à une grève en mai 1974, le gouvernement direct par Westminster a été rétabli. *Ibid.*, p. 26.

l'appartenance de l'Irlande du Nord au Royaume-Uni ou à la République d'Irlande, était une exception constitutionnelle.

L'adhésion à la Communauté européenne, et la loi de 1972 qui l'accompagna, causa une autre rupture importante avec la tradition constitutionnelle, rupture très nette car elle a causé un vif débat. Dans le *European Communities Act 1972*, le Parlement reconnaît que les règlementations européennes ont un effet direct sur le territoire britannique, et admet donc une autorité supérieure à la sienne, une institution extérieure qui limite sa souveraineté. De plus, le Parlement vote une loi qui contraint tous les Parlements suivants et limite leur champ d'action. C'est un principe nouveau dans la constitution britannique, puisque le Parlement du jour doit être souverain par rapport à ses prédécesseurs pour que la souveraineté soit absolue. Les parlementaires trouvent alors une parade, en déclarant que c'est la loi votée par le Parlement qui permet la supériorité du droit communautaire, et qu'une loi d'un nouveau Parlement pourrait l'abroger. Ainsi, les décisions des Parlements précédents n'empêchent pas le nouveau Parlement de quitter l'Union européenne. Il reste donc souverain. Cette pirouette constitutionnelle permet d'ailleurs au débat sur l'adhésion à l'UE de revenir régulièrement au programme des débats au Parlement.

Par conséquent, le droit britannique avait déjà développé des moyens d'appliquer la doctrine de la souveraineté parlementaire tout en mettant en place des textes à valeur constitutionnelle, c'est-à-dire qui s'imposent aux Parlements suivants. Ainsi, certains juristes considèrent que la souveraineté parlementaire telle que Dicey l'avait analysée n'existe plus aujourd'hui. C'est ce que Lord Steyn affirme clairement dans son jugement *Jackson v. Attorney General* de 2005 : « La vision classique offerte par Dicey de la doctrine de la suprématie du Parlement, dans sa version pure et absolue d'alors, n'est plus à sa place dans le Royaume-Uni moderne[15]. » Pour autant, continue-t-il, cela ne signifie pas que la doctrine ne soit pas toujours valable, elle a seulement été amendée par les juges et par le Parlement, et pourrait l'être encore à l'avenir.

[15] « *The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom.* » Cité dans Gary SLAPPER et David KELLY, *The English Legal System*, *op. cit.*, p. 34.

b. La protection des droits de l'homme au Royaume-Uni

L'approche pragmatique et historique du droit britannique s'étend également aux droits de l'homme tels qu'ils sont pratiqués au Royaume-Uni. Ceux-ci sont au départ garantis grâce à un certain nombre de lois *ad hoc*, qui régissent des situations très spécifiques, plutôt que de proposer une protection théorique générale. Par conséquent, les individus qui considèrent que leurs droits ont été bafoués par des tiers ou par l'État doivent trouver laquelle de ces dispositions particulières a été violée. Il n'y donc pas de garantie positive des droits, qui consisterait à affirmer que tel ou tel droit est protégé, mais une définition négative : les droits des individus sont tout ce qu'il n'est pas interdit de faire. Ainsi, il n'y a pas de droit comme le droit d'association et de réunion, mais des interdictions de troubler l'ordre public par exemple[16]. Cela ne veut pas dire que l'importance de la liberté d'association n'est pas reconnue, par exemple, mais qu'elle n'est pas garantie par un droit sur lequel il est possible de baser un recours judiciaire. Par conséquent, toute réunion qui ne trouble pas l'ordre publique est autorisée. Les droits ne sont que résiduels[17].

Pour l'analyse juridique, la catégorie des « droits de l'homme » est très récente chez les juristes anglais. La première chaire sur les droits de l'homme à l'Université de Oxford n'a été créée qu'en 1999[18]. De même, au niveau politique, les institutions mises en place sont très spécifiques, et ne couvrent qu'une partie des droits de l'homme. Par conséquent, identifier les institutions spécifiquement dédiées à la protection des droits de l'homme est difficile. Quand il fait une brève histoire des droits de l'homme au Royaume-Uni, Jean-Paul Révauger dresse la liste des institutions mises en place pour protéger les droits de l'homme, et donne le nom des différents organismes anti-discrimination[19]. Il commence son historique par le *Race Relations Board* de 1968, pour le finir par la *Commission of Equality and Human Rights*, créée par l'*Equality Act* de 2006. David Feldman inclut également dans cette liste la *Parliamentary Commission for Administration*, dont une branche est chargée de la question des droits de l'homme[20]. Cependant, ces institutions ne permettent que très rarement d'obtenir une condamnation, elles aboutissent très souvent à des accords à l'amiable. Par ailleurs, elles ne

[16] Droits qui sont affirmés dans l'article 11 de la CESDH, ou dans l'article 20 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de l'ONU.
[17] Matthew LIPPMAN, « The Debate Over a Bill of Rights in Great Britain: The View from Parliament », *Universal Human Rights*, 1980, vol. 2, n° 4, p. 29.
[18] Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of the Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*, p. 809.
[19] Jean-Paul RÉVAUGER, « Human Rights and Civil Liberties in Britain and in France. Some Comparative Elements », *op. cit.*, p. 15.
[20] David FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002.

recouvrent qu'une partie des droits de l'homme et pas la totalité de ceux identifiés par les organisations internationales.

Ainsi, il apparaît que les droits de l'homme en tant que catégorie particulière de droits à défendre ont fait une apparition tardive dans le discours politique britannique, au moins en ce qui concerne la politique nationale. Quand les Britanniques parlaient de droits de l'homme, ils parlaient soit de discrimination, soit de la violation des droits de l'homme dans des régimes dictatoriaux à l'étranger.

Jusqu'au *Human Rights Act*, il n'y avait donc aucun système pour évaluer *a priori* le respect des droits de l'homme des lois débattues au Parlement ou votées par lui. La doctrine de la souveraineté parlementaire était fondée, entre autres, sur la conviction que le Parlement ne pouvait pas voter des lois contraires à l'intérêt du plus grand nombre et au respect des libertés. Cela devait être garanti par l'aspect démocratique de l'institution, avec ses débats publics, et la possibilité pour chacun de participer et d'exprimer son opinion[21]. En l'absence de contrôle de constitutionnalité a priori au niveau national, le seul moyen de contester la validité d'une loi du Parlement était de porter l'affaire devant des instances internationales, particulièrement les institutions européennes.

La protection nationale des droits de l'homme était alors très indirecte. Quand un sujet britannique estimait que ses droits étaient bafoués, il devait d'abord porter plainte devant les tribunaux nationaux et présenter ses griefs dans les termes de la *Common Law*[22]. Il devait prouver en quoi les actions de la personne ou de l'institution qu'il accusait étaient contraires aux doctrines de la *Common Law*. Celle-ci pouvait être utilisée de deux manières : soit en identifiant certains droits considérés comme fondamentaux dans la tradition juridique britannique, soit en interprétant la *Common Law* de manière à limiter l'impact de certains textes de loi pourtant votés par le Parlement. Cela pouvait mener à des raisonnements juridiques très complexes, notamment quand la violation portait sur une innovation technologique, qui n'avait pas pu être prise en compte dans les décisions passées. Si aucun principe de la *Common Law* n'avait été violé, alors la plainte était rejetée par les institutions nationales. C'est uniquement après avoir épuisé toutes les voies de recours nationales que le plaignant pouvait se tourner vers la Cour européenne des droits de l'homme.

[21] Matthew LIPPMAN, « The Debate Over a Bill of Rights in Great Britain: The View from Parliament », *op. cit.*, p. 29.
[22] David FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, *op. cit.*, p. 58.

Les cours nationales étaient parfois donc contraintes de rendre des décisions dont elles savaient pertinemment qu'elles violaient les instruments internationaux des droits de l'homme. Dans les cas les plus criants[23], les juges pouvaient inclure une réclamation dans l'*obiter dictum* de leur jugement, c'est-à-dire dans la partie de leur jugement qui n'a pas autorité de la chose jugée, mais qui décrit leur raisonnement. Cependant, ce type d'action n'avait aucune valeur juridique dans l'affaire en question, ni de valeur contraignante pour le gouvernement ou le Parlement.

La réforme constitutionnelle de 2005, le *Constitutional Reform Act 2005*, a transformé la manière dont les lois sont contrôlées par le pouvoir judiciaire. Jusque-là, la plus haute cour d'appel du pays était la Chambre des Lords dans sa fonction judiciaire. Ainsi, les juges qui décidaient des derniers appels avaient également un pouvoir législatif. Le plus haut magistrat du pays, le *Lord Chancellor*, était également membre du Cabinet. Par conséquent, le *Lord Chancellor* cumulait les fonctions de ministre de la Justice, de membre de la chambre haute et du plus haut juge du pays[24]. Cette position particulière a donné lieu à un débat sur le rôle politique du ministre de la Justice. En tant que chef de la magistrature, il pouvait nommer les magistrats. Or, certains ont craint que ces nominations puissent être affectées par des considérations politiciennes. Ainsi, le scandale des « *cash for wigs* » (« de l'argent contre des perruques », en référence à la tenue traditionnelle des magistrats britanniques) en 2001 a soulevé la question de la séparation des pouvoirs[25]. Lord Irvine, alors *Lord Chancellor*, avait écrit à des juristes dont les sympathies travaillistes étaient connues pour leur demander de contribuer une certaine somme à un dîner de levée de fonds pour le parti travailliste. Le conflit entre la position politique d'un membre important du Cabinet qui cherche à récolter des fonds pour son parti et la position censément impartiale du plus haut magistrat du pays était alors apparu. Cette curiosité constitutionnelle était possible dans un pays dans lequel la séparation des pouvoirs n'a jamais été totalement formalisée. Une tension entre la position de membre du gouvernement et celle de juge pouvait également apparaître. En effet, le *Lord Chancellor* pouvait théoriquement se retrouver dans la position de juger des affaires potentiellement embarrassantes pour son parti, il se trouvait donc dans la position de se rendre des comptes à lui-même. De manière générale, le *Lord Chancellor* ne siégeait pas quand un conflit d'intérêt

[23] Par exemple quand le droit ne prenait pas en compte des nouveautés technologiques potentiellement nuisibles aux droits de l'homme, comme la question de l'interception des communications téléphoniques dans *Malone v. Metropolitan Police Commissioner*, 1979.
[24] Gary SLAPPER et David KELLY, *The English Legal System*, *op. cit.*, p. 200.
[25] *Ibid.*

pouvait se présenter entre son rôle dans l'exécutif et sa position de magistrat, mais il s'agissait d'une convention constitutionnelle et pas d'une obligation légale. L'une des promesses de campagne du parti travailliste en 1997 avait été de réformer la Chambre des Lords et de corriger cette situation, mais le projet de loi n'a été déposé qu'en 2004 avant d'être accepté en 2005.

Cette loi s'est également attaqué à une autre anomalie constitutionnelle, celle qui faisait de la chambre haute de la législature la plus haute cour d'appel du pays. Ce rôle a été repris, à partir de 2009, par la Cour suprême du Royaume-Uni dont les magistrats ne sont pas membres de la Chambre des Lords.[26]. A partir de cette date, c'est cette nouvelle institution qui est chargée des derniers appels. Les cours d'appel peuvent autoriser les plaignants à interjeter appel auprès de cette nouvelle juridiction[27], et ce même pour les cours de justice des autorités dévolues. Cependant, cette nouvelle institution n'a pas de pouvoirs additionnels par rapport à la Chambre des Lords dans sa capacité judiciaire. Elle est toujours soumise à la doctrine de la souveraineté parlementaire, dans les limites posées par la loi.

2. Les institutions internationales

Après la Seconde Guerre mondiale, et le génocide d'une grande partie de la population juive d'Europe, les pays européens ont voulu mettre en place des institutions qui permettraient de protéger tous les hommes face aux dictatures. L'impulsion était donnée pour la création de nombreux textes et de différents systèmes pour assurer le respect des droits de l'homme. Au Royaume-Uni, deux types d'institutions internationales se superposent : celles à l'échelle mondiale, émanant de l'Organisation des Nations unies, et celles à l'échelle régionale, donc européenne, qui dépendent du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Elles n'occasionnent pas le même niveau de contrainte pour le Royaume-Uni qui s'est engagé plus concrètement à appliquer le droit européen.

a. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

La création de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) émane directement de la Charte de l'ONU qui prévoit, dans son article 1 que l'un des buts des Nations

[26] Vernon BOGDANOR, « British Monarchy, English Church Establishment, and Civil Liberty, by John A. Taylor », *Journal of Ecclesiastical History*, 1998, vol. 49, nº 3, p. 68.
[27] UNITED KINGDOM SUPREME COURT, « A Guide to Bringing a Case to the Supreme Court ».

unies est de « réaliser la coopération internationale [...] en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion[28]. » Une commission a alors été créée pour la rédaction de la DUDH, qui a été acceptée par l'Assemblée Générale des Nations unies le 10 décembre 1948. Elle est le résultat de négociations et de compromis entre les pays membres, et est donc marquée par la situation politique internationale de la période. Ainsi, par exemple, l'opposition entre le bloc soviétique et les États capitalistes a obligé à des ajouts, comme dans l'article 17 dans lequel il est précisé que « toute personne *aussi bien seule qu'en collectivité* a droit à la propriété[29] », permettant ainsi de définir très largement le droit à la propriété pour l'adapter aux États communistes.

Brian Simpson retrace l'histoire de l'implication du Royaume-Uni dans la rédaction de la Déclaration[30]. Le Royaume-Uni est entré dans les négociations en considérant que les droits de l'homme étaient une question de politique étrangère, pas de garanties en droit interne. Ce texte ne devait être que « la déclaration de l'idéologie du monde libre », qui devait constituer un modèle pour le reste du monde. Les mesures qui avaient les faveurs du Royaume-Uni correspondent à la vision pragmatique du droit britannique. Il ne devait pas s'agir de déclarations d'intentions en vue de développer toujours plus les droits de l'homme dans les pays signataires, mais plutôt d'une protection internationale contre le développement de totalitarismes tels que ceux qui avaient plongé l'Europe dans la guerre. La déclaration devait donc être un texte très précis, aux définitions claires, rédigé dans un but spécifique. Le gouvernement était prêt à entrer dans un accord contraignant, à condition que celui-ci ne remette pas en cause les pratiques existantes en termes de droits de l'homme au Royaume-Uni, réaffirmant sa conception d'une déclaration modèle pour le reste du monde. Ainsi, toutes les négociations ont été menées par des représentants du *Foreign Office*, plutôt que par ceux du *Lord Chancellor*. Il s'agissait d'une affaire de diplomatie plus que de droit. Cependant, le gouvernement britannique échoua à faire prévaloir sa vision pragmatique de la déclaration, et dût se résigner à un texte qui n'était que l'exposition d'idéaux.

Les droits protégés par la DUDH couvrent un très large spectre. Ils incluent les droits individuels, politiques, économiques et sociaux. Cependant, ce texte très ambitieux n'a qu'une valeur déclaratoire, puisqu'il ne met pas en place en lui-même les moyens de garantir les droits

[28] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Charte des Nations Unies*, 1945.
[29] Italiques ajoutés. ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1948.
[30] Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of the Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*, p. 347.

qu'il établit. Ce sont deux Pactes, signés en 1966 et entrés en vigueur en 1976, qui introduisent des mesures concrètes pour s'assurer du respect de la DUDH par les États signataires. Le premier est consacré aux droits civils et politiques[31], le second aux droits économiques et sociaux[32]. Ils reprennent le texte de la DUDH en l'assortissant d'un préambule et d'articles généraux qui créent des obligations aux États signataires. Ainsi, l'article 2, paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques mentionne :

> Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur[33].

Il ne s'agit donc plus de déclarations d'idéaux, universels et intemporels, mais bien de droits à inclure dans un ordre constitutionnel et légal spécifique à chaque pays. Cependant, chaque État signataire est chargé lui-même d'inscrire dans son droit et sa politique nationale la protection des droits de l'homme.

Comme l'Assemblée Générale de l'ONU n'a pas compétence pour adopter des règles de droit positif, un nouvel organe de l'ONU fut créé pour permettre le contrôle du respect des droits de l'homme par les États membres. Le Pacte relatif aux droits civils et politiques a créé un Comité des droits de l'homme chargé d'examiner les recours portés par un État contre un autre, ou par un particulier contre un État. Dans les deux cas, il ne peut que rédiger des « constatations », ou déclencher une procédure de conciliation. Ni l'une ni l'autre de ces mesures n'a d'effet contraignant, ce qui rend la DUDH et ses deux Pactes en grande partie théoriques. Ils servent tout de même à créer un étalon internationalement reconnu des droits de l'homme, et peuvent être utilisés par les juges dans d'autres institutions quand des incertitudes sur l'interprétation du droit national ou de conventions régionales apparaissent.

b. Les institutions européennes

Après que le gouvernement britannique échoua à faire valoir sa vision des droits de l'homme au cours des négociations de la DUDH, il se tourna vers des institutions régionales. Les pays d'Europe de l'Ouest étaient alors en négociation pour créer une institution européenne

[31] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966.
[32] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 1966.
[33] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *op. cit.*

qui puisse recevoir l'aide américaine. Ainsi, le Royaume-Uni fait partie des pays fondateurs du Conseil de l'Europe. Très vite, les droits de l'homme devinrent une dimension majeure de cette nouvelle organisation. Ils furent inscrits dans le préambule du traité constituant le Conseil de l'Europe. Le traumatisme de la Seconde Guerre mondiale et la montée en puissance de l'Union Soviétique peuvent expliquer cette insistance sur les droits de l'homme comme éléments constitutifs du Conseil de l'Europe. Comme pour la DUDH, le Royaume-Uni considérait au départ que les droits de l'homme devaient être un instrument de politique étrangère applicable uniquement aux autres pays. Ainsi, le personnel juridique du gouvernement ne fut presque pas impliqué dans les négociations, c'est encore une fois le personnel diplomatique qui participa à l'essentiel des débats.

Le pragmatisme britannique et le systématisme du droit européen s'affrontèrent lors des négociations sur la CESDH, et si un juriste britannique, Sir Maxwell Fyfe, prit part au débat, il ne parvint pas toujours à faire gagner son point de vue. Le gouvernement britannique tenta de peser de tout son poids dans les négociations, entre autres sur la nature des droits à protéger. Il parvint à faire en sorte que les droits à la propriété privée, à l'instruction et à des élections libres ne figurent pas dans la Convention, mais seulement dans un protocole additionnel optionnel. Cependant, le gouvernement dut concéder certains points. La création de la Cour européenne des droits de l'homme fut par exemple accueillie avec méfiance[34]. En effet, une telle institution supranationale violerait le principe fondateur de la souveraineté parlementaire. La juridiction de la Cour devint donc optionnelle elle aussi, marquant ainsi le refus d'une source étrangère de souveraineté.

Malgré ces compromis, le gouvernement britannique ne manqua pas de critiques à adresser au texte. Par exemple, peu de temps avant que le gouvernement n'accepte de signer la Convention, le *Lord Chancellor* qualifia encore la CESDH de « plan bancal » qui menacerait « tout notre système de droit, que nous avons péniblement construit au cours des siècles[35]. » Au moment de prendre la décision finale, Bevin, alors ministre des Affaires étrangères, écrit dans un message à destination du Cabinet : « Nous devons signer la Convention des droits de l'homme, qui est la seule réussite du Conseil de l'Europe jusqu'ici[36]. » C'est alors avec une certaine résignation que le gouvernement signa la CESDH, sans son protocole optionnel et sans

[34] Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of the Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*
[35] « *a half-baked scheme* », « *our whole system of law, which we have labouriously built over the centuries*. » Cité dans Anthony LESTER, « Fundamental Rights: the United Kingdom Isolated? », *Public Law*, 1984, nº 46.
[36] « *We must sign the Convention of Human Rights, which is the only positive achievement of the Council of Europe to date.* » *Ibid.*

accepter la juridiction de la Cour, le 4 novembre 1950. Bevin n'était pas présent à la cérémonie de signature, signe d'un désintérêt certain[37]. Le 8 mars 1951, le Royaume-Uni devint le premier pays à ratifier la CESDH, ni le gouvernement, ni le Parlement n'émettant aucune objection, malgré les hésitations d'un gouvernement qui n'était pas satisfait par le texte[38].

La première plainte portée contre le Royaume-Uni fut celle de la Grèce qui accusait les Britanniques d'actes de tortures et d'emprisonnement illicite dans leur colonie de Chypre. Cette première affaire, en 1955, fut un choc pour le Royaume-Uni qui ne s'attendait pas à ce que la CESDH puisse être utilisée contre lui[39]. Jusque-là, le gouvernement avait considéré que la Convention, si elle ne correspondait pas à la vision britannique du droit, ne pouvait pas créer un embarras politique international au Royaume-Uni. L'affaire fut étudiée par la Commission, l'une des institutions du Conseil de l'Europe, et par le Comité des ministres, mais pas par la Cour, puisque le Royaume-Uni n'avait pas reconnu sa juridiction. L'affaire fut abandonnée en 1959 quand la situation politique de l'île fut réglée. En 1958, une partie du gouvernement britannique réfléchit sérieusement à l'idée de dénoncer la Convention et de se retirer du système conventionnel, au moins en ce qui concernait les colonies. Au lieu de cela, des déclarations de dérogations furent faites au cas par cas. En effet, l'article 15 prévoit la possibilité de dérogations si un état d'urgence l'exige, selon des critères précis[40].

Cependant, le Royaume-Uni ne reconnaissait toujours pas la juridiction de la Cour ou le droit de saisine individuelle. Par conséquent, seules les plaintes qui étaient déposées contre lui par les autres États partis au traité pouvaient être étudiées. Les individus, eux, ne pouvaient pas avoir recours à la juridiction du Conseil de l'Europe. Le débat au Parlement et dans les ministères continua jusqu'en 1965. Le gouvernement travailliste avait annoncé dans une réponse aux questions au Premier ministre en décembre 1964 qu'il étudiait sérieusement la possibilité d'accepter le droit de saisine individuelle et la juridiction de la Cour. Un an plus tard, il annonça que le gouvernement venait de les reconnaître de manière temporaire, à compter du 13 janvier 1966[41]. Cette acceptation temporaire est devenue permanente, et les personnes habitant dans l'un des États parties à la Convention peuvent depuis faire appel à la CEDH contre le Royaume-Uni.

---

[37] Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of the Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*, p. 2.
[38] Vernon BOGDANOR, *The New British Constitution*, *op. cit.*, p. 58.
[39] Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of the Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, *op. cit.*, p. 932.
[40] Article 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
[41] Anthony LESTER, « Fundamental Rights: the United Kingdom Isolated? », *op. cit.*, p. 59.

Le mode de fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a été réformé depuis sa création. Au départ, le système conventionnel était double[42]. D'abord, une requête devait passer par la Commission, qui était investie de larges pouvoirs. Elle jugeait de la recevabilité de la requête, menait l'instruction en auditionnant des témoins ou des experts, ou en envoyant des représentants sur le terrain. Armée de ce dossier, elle proposait une conciliation, c'est-à-dire un règlement à l'amiable. Si celle-ci n'aboutissait pas, elle donnait son avis sur les violations avant de transférer le dossier à la Cour à proprement parler qui prenait la décision finale après avoir entendu les parties. En 1998, suite à la signature du Protocole 11, la Commission a été supprimée au profit d'une réorganisation de la CEDH afin d'éviter que ne s'accumulent les affaires en souffrance, et donc pour raccourcir le temps des procédures. En effet, à partir de la fin des années 1980, le nombre de requêtes a monté en flèche, entre autres avec l'adhésion de nombreux pays de l'ancien bloc communiste. La durée moyenne d'une procédure était de plus de cinq ans, ce qui ne répondait pas au critère de délai raisonnable garanti par l'article 6 de la CESDH. Le nouveau système a été mis en place le 1er novembre 1998. Le nombre de requêtes en attente de décision ayant augmenté, un nouveau protocole a été rédigé en 2004 et est entré en vigueur en 2010, après ratification par les États membres. Il a créé une manière plus rapide de traiter les requêtes, comme le montre le schéma ci-dessous.

[42] Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 12.

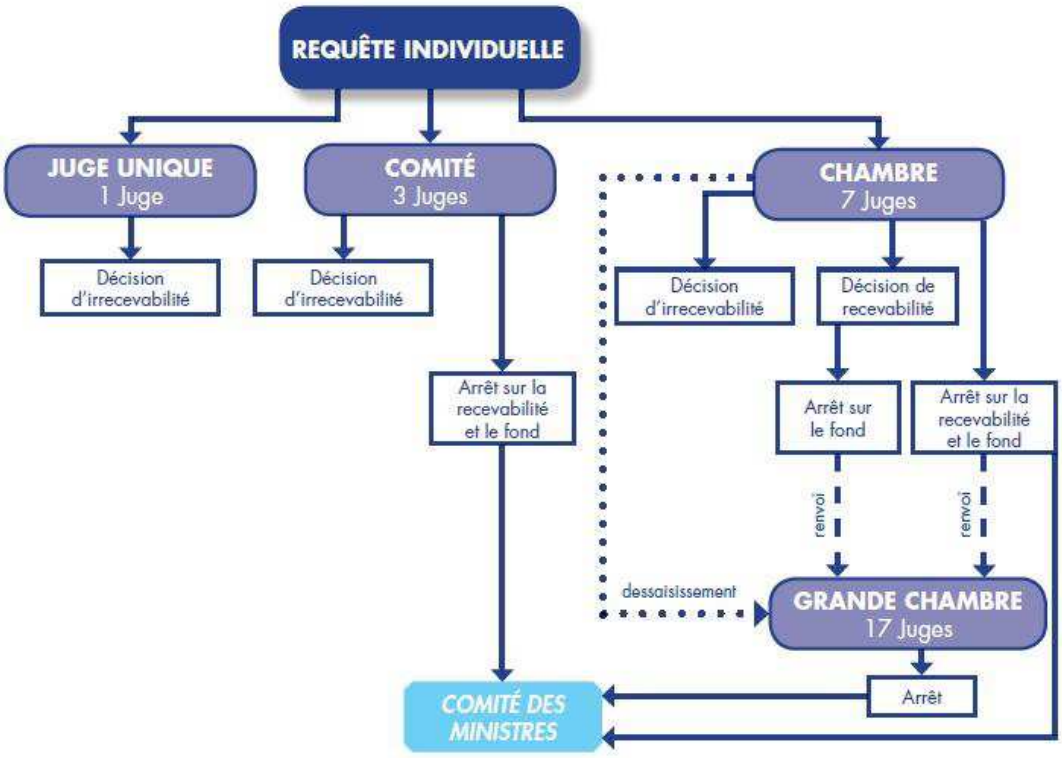

Figure 1 Schéma simplifié du cheminement d'une requête à la Cour selon la formation judiciaire[43]

Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, à partir d'une liste de trois noms proposée par chaque État. Ils représentent chacun un pays membre du Conseil de l'Europe[44], ils sont donc aujourd'hui au nombre de 47. Les requêtes sont d'abord examinées par un juge unique qui décide de leur recevabilité. Sa décision ne peut pas faire l'objet d'un appel, le juge ne peut pas être celui qui a été élu pour représenter l'État objet de la requête. Le protocole 11 comme le protocole 14 ont introduit des conditions plus strictes pour établir la recevabilité d'une requête, ce qui permet d'effectuer un tri beaucoup plus rapidement entre les requêtes. Puis, selon l'importance de l'affaire, elle est confiée à un comité de trois juges ou à une chambre de sept juges, dont obligatoirement le juge représentant l'État qui fait l'objet de la requête. Si la requête est déclarée recevable, les juges « établissent contradictoirement les faits de la cause », c'est-à-dire qu'ils montent un dossier d'instruction. Pendant que l'affaire suit son cours, ils peuvent indiquer des mesures provisoires à adopter, sans qu'elles ne revêtent un caractère obligatoire. La chambre peut se dessaisir d'une affaire au profit de la grande chambre, si elle estime que des questions importantes de droit sont posées. Après la décision de la chambre, un appel peut être fait à la grande chambre, « si l'affaire soulève une

[43] *Schéma simplifié du cheminement d'une requête à la Cour selon la formation judiciaire*, http://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_Court_FRA.pdf, consulté le 19 janvier 2016.
[44] Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 20.

question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave de caractère général[45]. » La décision de la grande chambre est définitive. Les arrêts rendus sont purement déclaratoires. La CEDH n'a pas de pouvoir de coercition sur les États parties à la Convention, elle ne peut que leur suggérer comment leur droit doit être modifié. Pour des raisons politiques et diplomatiques, les États s'efforcent le plus souvent de mettre leur droit en conformité avec les arrêts de la Cour, mais cela peut prendre un temps plus ou moins long, selon la bonne volonté des États. Le Comité des ministres surveille l'exécution des arrêts de la Cour, et rappelle régulièrement à l'ordre les États qui ne se sont pas pliés aux arrêts rendus.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), quant à elle, a des aires d'influence plus limitées dans le domaine des droits de l'homme, mais a un effet plus direct sur le droit national. A l'origine, son champ d'action était purement économique, mais son développement jurisprudentiel lui a permis d'étendre sa juridiction. Au départ, les droits de l'homme ne ressortaient pas des domaines de compétence de la Communauté européenne, qui n'était qu'un espace de libre-échange[46]. En 1977, le Parlement européen, la Commission et le Conseil ont fait une déclaration commune qui créait un engagement symbolique pour les institutions européennes à respecter la CESDH et les droits de l'homme définis par les principaux textes que les États membres avaient signés. L'Acte Unique Européen, en 1986, reste vague sur la question des droits de l'homme, tout en réaffirmant un attachement aux droits protégés par les institutions internationales et les constitutions nationales. En 1989, une Charte Communautaire des droits sociaux fondamentaux est rédigée, mais elle n'a qu'un caractère programmatoire. Elle ne crée aucune obligation, mais indique la direction à suivre pour le développement d'une communauté du droit. C'est avec le traité d'Amsterdam en 1997 que la position de l'Union change pour inclure les droits de l'homme au cœur des valeurs et des objectifs de l'Union. Avec les modifications d'Amsterdam, l'article F paragraphe 1 du traité devient « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres[47]. » Si aucune loi positive ne vient renforcer la protection des droits de l'homme, la CJUE doit à présent les prendre en compte quand elle rend ses décisions. Cette direction a été confirmée par les traités suivants. En particulier, le traité de Lisbonne, entré en vigueur en 2009, fait une

[45] Article 43. « CESDH », *op. cit.*
[46] Louis DUBOUIS (dir.), *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres*, Paris, Economica, 1995, p. 6 et suivantes.
[47] Traité d'Amsterdam, article 1, paragraphe 8.

mention explicite de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne dans le but de lui donner une valeur plus contraignante. Jusque-là, la Charte n'était qu'une déclaration de valeurs sans poids juridique : la CJUE ne pouvait pas s'en servir pour justifier ses décisions.

Les affaires qui ressortissent à l'autorité de la CJUE dépendent des compétences particulières de l'Union européenne[48]. Il s'agit donc essentiellement de questions commerciales et économiques. C'est pourquoi les droits protégés par l'UE sont essentiellement les droits économiques et sociaux. L'affaire la plus représentative à ce titre est l'affaire Defrenne c/ Sabena en 1976 qui consacra les droits à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes[49]. Cette décision a été prise dans le contexte d'une politique de lutte contre les discriminations entre les hommes et les femmes, et donc de protection de l'égalité entre les individus. Elle a pu être prise par la CJCE car elle concerne un différend économique entre une employée et son employeur. C'est par des décisions de ce type que s'est construite la jurisprudence de la CJUE en matière de droits de l'homme : le domaine de prédilection de la CJUE est bien, dans ce cadre, la lutte contre la discrimination, et en faveur de l'égalité entre les individus[50].

La différence entre les deux cours de justice n'est pas toujours comprise par les Britanniques, que ce soit dans la presse ou dans le débat politique. Le fait qu'elles dépendent toutes deux d'institutions européennes les rend très similaires pour un public britannique. Cependant, cette perception n'est pas complètement fausse. Les deux cours partagent des sources, puisque la CJUE se base souvent sur les arrêts de la CEDH et sur le texte de la CESDH pour interpréter des points de droit, la CESDH « domine l'édifice de protection » des droits de l'homme européen[51]. La CJUE comme la CEDH se servent également d'autres instruments internationaux, comme la DUDH ou les différentes conventions de l'Organisation internationale du Travail. Quand un doute subsiste sur la signification des droits énoncés, les juges peuvent se reporter aux débats des assemblées qui ont rédigé les textes, ou aux rapports rédigés à cette occasion. Les techniques d'interprétation des cours européennes puisent donc en partie dans des sources communes.

Puisqu'elles relèvent du droit international, les deux cours utilisent des outils spécifiques pour interpréter les textes sur lesquels elles se fondent. Ces méthodes d'interprétation sont

[48] Paul MAGNETTE, *Contrôler l'Europe : pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éd. de l'université de Bruxelles, 2003, p. 105.
[49] *Defrenne c/ Sabena*, 1976.
[50] Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 221.
[51] *Ibid.*, p. 213.

différentes des méthodes nationales car elles doivent concilier la souveraineté nationale et l'adhésion à des normes internationales. Elles doivent ménager les différences entre les systèmes de droit. Par exemple, pour des raisons linguistiques d'harmonisation des traductions, le langage du droit européen est bien souvent spécifique à celui-ci. En effet, pour éviter les conflits liés aux différences terminologiques selon la langue nationale, les termes de droit ont pris une valeur spécifique en droit européen, ils ont acquis une autonomie par rapport au droit national[52].

En plus des questions terminologiques, les cours européennes appliquent des concepts spécifiques liés à leur nature d'institutions internationales. Cela leur permet de prendre des décisions uniformes pour l'ensemble des États parties. Certains concepts modèrent le pouvoir des cours, et offrent une place aux politiques nationales. La CJUE doit prendre en compte le principe de subsidiarité, valable pour tout le droit de l'Union européenne. Celui-ci impose de ne pas réguler à l'échelle européenne ce qui peut être mieux géré à l'échelle nationale. En matière de droits de l'homme, les textes imposent également à la CJUE de prendre en compte les traditions constitutionnelles propres à chaque pays. Ce principe peut être rapproché de la marge de manœuvre que la CEDH offre aux pays membres du Conseil de l'Europe. Celle-ci doit permettre une certaine latitude aux États dans l'application de la CESDH selon leur situation particulière, ce qui en fait un principe assez élastique. Le principe de proportionnalité que la CEDH doit suivre est également flexible. Il reconnaît que des mesures qui limitent des droits peuvent être prises quand il en va de l'intérêt général, les États devant alors parvenir à un équilibre entre la fin et les moyens. Enfin, quand le droit national offre aux citoyens une protection supérieure à celle offerte par la CESDH, c'est le droit national qui s'applique. C'est le cas dans certaines constitutions de Lander allemands dont les cours supérieures refusent d'appliquer la CESDH tant que celle-ci n'offrira pas un niveau de protection égal à celui garanti au niveau national.

Enfin, des bornes aux droits protégés par la CESDH sont incluses dans le texte même de la Convention. Les droits garantis par la CESDH ne sont presque jamais absolus, à l'exception des articles 3 (interdiction de la torture) et 4 (interdiction du travail forcé et de l'esclavage). Les autres sont toujours limités, soit par la reconnaissance d'un droit national spécifique (par exemple l'article 12, « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille *selon les lois nationales régissant l'exercice de ce*

[52] Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 33.

droit[53]. ») soit dans des conditions particulières, en particulier pour des raisons de sécurité ou d'intérêt économique. De plus, en dehors de ces conditions qui doivent modérer les juges dans leurs interprétations, la CESDH inclut une possibilité de dérogation en cas d'état d'urgence, dans son article 15.

La CEDH est chargée de faire respecter ces limites, en imposant aux États des conditions strictes d'application. Par exemple, elle définit de manière restrictive la notion de menace à la « vie de la nation » qui seule justifie une dérogation sur la base de l'article 15. Cette définition étroite permet un contrôle renforcé des obligations des États par rapport à la Convention[54]. Ainsi, dans l'affaire A. c/ Royaume-Uni, dont la décision a été rendue en 2009, la CEDH a considéré que les mesures anti-terroristes prises par le gouvernement britannique dans le sillage des attentats du 11 septembre 2001 sur le *World Trade Center* à New York ne pouvaient être justifiées en faisant référence à l'article 15 de la CESDH car la menace terroriste ne constituait pas un danger suffisamment immédiat à la vie de la nation[55].

Par ailleurs, la CEDH applique également des principes qui ont permis de préciser et parfois d'étendre les garanties offertes par la CESDH[56], en imposant de nouvelles obligations aux États.

Pour Jean-Pierre Marguénaud, la révolution la plus importante dans la jurisprudence de la CEDH est sa reconnaissance d'obligations positives. La conception négative de la protection des droits fondamentaux est historiquement la première utilisée par la CEDH. Les États signataires de la Convention doivent s'abstenir d'empiéter sur les droits des citoyens. Cependant, depuis la ratification du traité, la Cour a peu à peu mis en place des obligations positives des États envers leurs citoyens. Le texte révélateur de ce mouvement est la décision dans l'affaire Airey c/ Irlande en 1979. La Cour déclara que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs[57]. » Cela implique que les États mettent en place des moyens concrets pour fournir aux citoyens les moyens de jouir des droits qui leur sont reconnus. Cette évolution est une véritable révolution car elle impose aux États de justifier non plus seulement de leurs actions dans les affaires de droits de l'homme, mais également de leur inaction. Si l'absence d'action de l'État empêche un citoyen de profiter de ses droits, alors l'État peut être condamné pour manquement à ses obligations face à

[53] « CESDH », *op. cit.* Italiques ajoutés.
[54] Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 57.
[55] *A. et Autres c/ Royaume-Uni*, 2009.
[56] Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*
[57] *Airey c/ Irlande*, 1979.

la CESDH. Cela implique également une multiplication des acteurs des violations des droits de l'homme. En effet, dans une conception d'obligations négatives, seuls les États ont à répondre de leur action, la CEDH mettant face à face le citoyen qui se prétend lésé, et l'État qui se défend de l'avoir lésé. Dans une protection positive des droits fondamentaux, si un individu, ou une personne morale, prétend que ses droits ont été violés par un tiers, l'État doit proposer en droit une possibilité de recours. S'il ne le fait pas, alors les individus peuvent l'attaquer devant la CEDH.

Ce développement d'obligations positives a été rendu possible par une interprétation progressiste de la CESDH[58]. La protection des droits, pour la CEDH, doit permettre une amélioration de la situation, un progrès. Or, seule une implication active des États signataires de la CESDH peut montrer une volonté de leur part de viser au progrès de la protection des droits fondamentaux.

La Cour ne s'empêche pas non plus d'étendre la portée des droits qu'elle a été chargée de garantir. Ainsi, elle considère dans l'affaire Guzzardi c/ Italie que les normes garanties par la CESDH, plutôt que d'être une application à la lettre du texte de la Convention, s'entendent comme des normes généralement acceptées par les sociétés des États démocratiques, que « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques[59]. ». Le texte de la CESDH est suffisamment imprécis pour inclure un très grand nombre de cas différents et développer de nouvelles interprétations. C'est ainsi par exemple que, peu à peu, la position de la CEDH face à la peine de mort a évolué. En 1985, le protocole additionnel n°6 est entré en vigueur. Il abolissait la peine de mort en temps de paix. Petit à petit, la quasi-totalité des États ont ratifié le protocole[60]. Le protocole 13, entré en vigueur en 2003, abolit lui la peine de mort même en temps de guerre[61]. Dans l'affaire Öcalan c/ Turquie, la CEDH devait décider si la Turquie avait violé l'article 2 de la Convention en condamnant à mort le requérant. Or, la condamnation avait été prononcée avant que la Turquie ne signe le protocole 6. Dans la décision qu'elle a rendue, la CEDH avait trouvé que la peine de mort était devenue inacceptable dans l'ensemble des pays membres. L'arrêt de la Grande Chambre citait

[58] Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 32.
[59] *Guzzardi c/ Italie*, 1980.
[60] En 2016, seule la Russie n'a pas mis en vigueur le protocole 6, elle l'a seulement signé. *Etat des signatures et ratifications du traité 114*, http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=jmvxyzbB, consulté le 15 janvier 2016.
[61] En 2016, l'Azerbaïdjan et la Russie n'ont pas signé le protocole, l'Arménie l'a signé mais pas ratifié. Les autres membres du Conseil de l'Europe ont mis en vigueur le protocole. *Etat des signatures et ratifications du traité 187*, http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=jmvxyzbB, consulté le 15 janvier 2016.

l'arrêt de Chambre : « Eu égard à la convergence de tous ces éléments, on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable[62]. » Cependant, elle n'a pas condamné la Turquie à ce titre, ce que regrette le juge Garlicki dans son opinion séparée minoritaire, mais parce que la condamnation à la peine de mort avait été prononcée après un procès inéquitable. Cependant, l'affaire Öcalan a permis de créer un précédent en interprétant l'article 2 de la CESDH comme interdisant désormais la peine de mort.

Cette interprétation évolutive permet également à la Cour de revenir sur ses propres décisions. C'est le cas par exemple dans les affaires concernant l'état civil des personnes transsexuelles. Dans une décision de 1986, Rees c/ Royaume-Uni[63], la CEDH avait décidé que la reconnaissance du nouveau sexe d'une personne était une décision de droit national, qui ne relevait pas de la CESDH. Dans l'affaire Goodwin de 2002[64], la Cour revint sur sa décision, en condamnant le Royaume-Uni qui dut changer sa législation pour inclure ce nouveau droit. Elle justifia ce revirement spectaculaire, en affirmant que les changements des sociétés européennes allaient vers plus de reconnaissances des phénomènes de changement de sexe[65].

Par conséquent, la CEDH dispose de pouvoirs vastes, dont celui de déterminer ses propres limites. Si elle utilise des concepts modérateurs de son propre pouvoir, elle se sert néanmoins de sa propre jurisprudence et des concepts d'interprétation progressiste et d'interprétation évolutive pour étendre son aire d'influence.

3. Entre conflit et collaboration : l'influence européenne sur les droits de l'homme avant le *Human Rights Act*

D'un côté donc, le Royaume-Uni dispose de son propre système légal, basé sur les principes de la *Common Law,* de l'autre l'Union européenne comme le Conseil de l'Europe ont développé un ordre légal de défense des droits de l'homme qui utilise des concepts qui leur sont propres à une échelle supranationale. Il découle de cet enchevêtrement de juridictions des questions de hiérarchie des ordres juridiques. Ainsi, quand se contredisent les droits

[62] *Öcalan c/ Turquie*, 2005, p. 164.
[63] *Rees c/ Royaume-Uni*, 1986.
[64] *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, 2002.
[65] Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUENAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE, Gérard GONZALEZ, Laure MILANO et Hélène SURREL (dirs.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 341.

britanniques et européens, les juges doivent décider quelle est la norme qu'ils appliquent. Avant la création du *Human Rights Act*, ces conflits étaient difficiles à trancher. En effet, des différences fondamentales existaient entre le droit britannique et le droit européen. Pour autant, cela ne signifie pas que les systèmes de droit et les raisonnements juridiques soient étanches les uns aux autres. En effet, des influences réciproques existent à partir même de la création des institutions européennes. Petit à petit, les droits se sont rapprochés, les juges britanniques empruntant des concepts européens pour informer leur lecture de la *Common Law* alors que les textes européens portent la marque des juristes de droit anglais. Malgré tout, ces influences indirectes étaient souvent informelles, et avaient donc une portée limitée.

a. Une rencontre conflictuelle

Avant la création du *Human Rights Act*, les droits de l'homme étaient donc protégés par trois systèmes, qui se chevauchaient. D'un côté, les cours nationales, avec leur organisation hiérarchique surmontée par la Chambre des Lords dans sa capacité judiciaire, et de l'autre les cours européennes, soit la CEDH, soit la CJUE. Leurs domaines de compétences pouvaient parfois empiéter les uns sur les autres, et créer donc des problèmes de priorité du droit à appliquer.

Quand le système de justice national se retrouvait en contradiction avec les institutions européennes, deux cas de figure pouvaient se présenter, selon l'institution concernée. La CEDH, dont le but unique est la protection des droits de l'homme, n'a pas de pouvoir contraignant sur les États parties. Elle ne peut les forcer à changer le droit. Tout au plus peut-elle condamner les États à verser des indemnités aux personnes lésées. Dans certaines affaires, les États peuvent refuser de se plier aux décisions de la Cour. C'est le cas par exemple de la question de la privation du droit de vote pour les personnes incarcérées, dénoncée par la Cour, mais toujours appliquée au Royaume-Uni. Cette absence de contrainte formelle ne signifie pas pour autant que le conflit soit moins virulent. Après la décision de la CEDH dans l'affaire Hirst c/ Royaume-Uni (n°2) en 2005[66], le gouvernement aurait pu mettre son droit en conformité avec la Convention. Il ne l'a pas fait, suite à une opposition très nette de la part des membres du Parlement[67]. Les députés ont même approuvé une motion en 2011 qui affirmait la nécessité

[66] *Hirst c/ Royaume-Uni (n°2)*, 2005.
[67] Colin MURRAY, « A Perfect Storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement », *Parliamentary Affairs*, 2013, vol. 66, nº 3, pp. 511–539.

d'interdire de voter aux détenus condamnés pour la plupart des crimes et délits[68]. Ainsi, si les décisions de la CEDH ont un impact politique majeur, cela ne signifie pas pour autant qu'ils forcent le gouvernement à agir. En cas de conflit majeur, le désaccord peut mener à une impasse : la CEDH continue à rendre des arrêts contre le Royaume-Uni, qui refuse de s'y plier.

La CJUE, elle, a effectivement un pouvoir contraignant, qui a été établi assez tôt dans l'histoire de la Communauté européenne. Dans l'affaire Costa c/ ENEL, en 1964, la Cour affirmait que le traité européen garantissait des droits aux ressortissants des États, et non plus seulement aux États les uns par rapport aux autres[69]. Un « ordre juridique propre » est reconnu dans cette décision[70]. Grâce à lui, une mesure de transfert de compétence est permise : le droit européen prime sur le droit national, y compris sur les dispositions constitutionnelles des États. Ainsi, les États membres doivent se plier aux décisions de la CJUE, dans les limites du pouvoir de la Cour exposées plus haut. Une seule exception à cette règle : quand les droits nationaux offrent une protection plus stricte des droits de l'homme, comme c'est par exemple le cas en Allemagne, alors c'est le droit national qui prévaut[71]. Le droit européen est donc un ordre hiérarchiquement supérieur au droit britannique.

Cela pose un problème institutionnel lié à des différences de conceptions de la nature du pouvoir politique. Sur le reste du continent européen, les constitutions nationales reconnaissent qu'il existe des institutions supérieures au pouvoir législatif, et auprès duquel elles sont responsables[72]. Au Royaume-Uni, ce n'est pas le cas. Au contraire, une cour de justice, quelle qu'elle soit, qui remettrait en question une décision du Parlement serait perçue comme coupable d'un abus de pouvoir. Par conséquent, les cours britanniques ne peuvent pas invalider une loi votée par le Parlement britannique, elles doivent l'appliquer, et ce même si les conséquences de cette loi leur semblent aller à l'encontre des obligations internationales du pays. Dans l'affaire *Derbyshire Council v. Times Newspaper* de 1992, la Chambre des Lords a affirmé fermement ce principe en soulignant que, si une loi britannique est clairement et explicitement en opposition avec la loi européenne, c'est bien le droit britannique qui prévaut[73]. La CESDH, n'a été intégrée au droit britannique qu'avec le *Human Rights Act* de 1998. Les requérants n'avaient donc souvent pas de recours nationaux, ce qui fait que le Royaume-Uni

[68] *Ibid.*, p. 511.
[69] *Costa c/ ENEL*, 1964.
[70] Paul MAGNETTE, *Contrôler l'Europe : pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 100.
[71] Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, *op. cit.*, p. 216.
[72] Gary SLAPPER et David KELLY, *The English Legal System*, *op. cit.*, p. 19.
[73] *Derbyshire Council v. Times Newspaper*, 1992.

figurait parmi les États les plus fréquemment condamnés par la CEDH[74]. Le rapport à la CJUE est particulier puisque, à travers le *European Communities Act* de 1972, qui a permis l'entrée du Royaume-Uni dans la CEE, le droit européen dans son ensemble a été incorporé au droit britannique. Ainsi, un ordre légal extérieur était imposé au Royaume-Uni, qui ne l'a accepté qu'avec réticence.

Le conflit porte d'abord non pas sur des points particuliers de droit, ou des lois aux applications différentes, mais sur des conceptions différentes de la nature des droits. Dans le droit anglais, les droits sont négatifs, c'est à dire que la loi protège les citoyens contre une violation de leurs libertés. Les droits sont résiduels : ils sont dessinés en creux par la loi. Cela signifie que les recours pour violation des droits de l'homme impliquent la plainte d'un individu contre l'État, et non pas contre un tiers. Le droit européen reconnaît à l'inverse des droits positifs : le rôle de l'État et de la loi est de garantir l'application de droits individuels, y compris dans les relations entre les tiers. Ainsi, à la fois la nature des droits protégés et les acteurs impliqués dans les affaires sont différents selon la tradition juridique. C'est par exemple le cas dans les affaires qui impliquent le droit à l'égalité. Dans l'affaire Defrenne c/ Sabena, la CJCE imposait aux employeurs privés de respecter l'égalité salariale entre les hommes et les femmes[75]. Les entités privées ont donc l'obligation d'agir, et les États doivent mettre en place les mesures nécessaires pour s'en assurer. Le contenu des droits pose aussi problème, quand le droit international protège des droits qui ne sont pas reconnus en droit britannique : c'est le cas par exemple des affaires de droit de vote des prisonniers vues plus haut.

Ces conflits juridiques peuvent impliquer des conflits politiques. Louis Dubouis souligne trois points sur lesquels l'opinion publique s'oppose à l'intégration d'un droit étranger, et particulièrement européen, dans l'ordre national de chaque État[76]. Des réticences peuvent être créées par l'utilisation de principes étrangers au droit national. Par ailleurs, il peut y avoir résistance à « la pénétration du droit communautaire » et à l'ampleur de ce processus. Enfin, les citoyens peuvent avoir le sentiment de bénéficier d'un meilleur système national de protection. Ces trois points de réticence sont tous présents dans le cas de la protection des droits de l'homme en Europe et son application au Royaume-Uni. Les analyses dans la presse, par exemple, reprennent fréquemment le schéma de présenter le droit de *common law* associé à la

[74] Jean-François FLAUSS, « *Human Rights Act* 1998 : kaléidoscope », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2001, nº 48, p. 697.
[75] *Defrenne c/ Sabena*, *op. cit.*
[76] Louis DUBOUIS (dir.), *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres*, *op. cit.*, p. 13.

souveraineté parlementaire comme un système juridique et législatif suffisant pour protéger les droits de l'homme de manière concrète. L'insertion d'un droit d'origine étrangère peut donc être perçu comme un risque de déséquilibrer le système légal britannique.

Ainsi, la rencontre entre les institutions nationales et européenne implique parfois un rapport de force, de contrainte ou de résistance. Le chevauchement de juridiction, la confrontation entre des systèmes juridiques différents ainsi que des désaccords sur la nature des droits à protéger rend la coopération juridique difficile. Sans outil pour intégrer le système des droits de l'homme en droit national, le conflit frontal de droit implique également des écueils politiques.

b. Les limites des influences réciproques

Pour autant, les systèmes de droits ne sont pas étanches les uns aux autres. Au contraire, des circuits d'influences réciproques se sont mis en place tout au long du développement du droit européen des droits de l'homme. Ils ont permis le développement d'outil de communication et une certaine mesure d'harmonisation entre les différents systèmes juridiques.

Si le droit continental et le droit anglais sont très différents dans leur fonctionnement, ces différences entre les systèmes de droit tendent néanmoins aujourd'hui à se réduire, et les raisonnements juridiques se rapprochent. Le formalisme anglais devient de moins en moins important, de plus en plus de règlements administratifs prennent force de loi, les règles du précédent se durcissent, permettant d'établir des certitudes, des systèmes de droit plus clairement définis. De plus, sous l'influence du droit international et européen, le droit continental se rapproche de plus en plus du droit britannique[77].

Dès l'origine, la CESDH a été l'objet de négociations et de compromis. Si le Royaume-Uni, par son négociateur principal Sir Maxwell Fyfe, n'a pas obtenu tout ce qu'il souhaitait, il n'en a pas moins réussi à laisser sa marque sur la Convention. En particulier, le texte de la CESDH est beaucoup plus détaillé que d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme. La définition de chaque droit est plus précise et restrictive, des exceptions aux droits sont autorisées, des limites sont apportées aux garanties protégées par la CESDH[78]. Il ne s'agit pas d'un texte purement déclaratoire et idéaliste, mais plutôt d'une expression

[77] Gary SLAPPER et David KELLY, *The English Legal System*, *op. cit.*, p. 3.
[78] Elizabeth WICKS, « The United Kingdom Government's Perceptions of the European Convention on Human Rights at the Time of Entry », *Public Law*, 2000, Aut, p. 438–455.

pragmatique du droit, plus proche de la tradition britannique de rédaction des lois que des déclarations continentales. La marque du droit anglais sur la CESDH est donc indéniable. Elle est même parfois regrettée par des juristes continentaux qui peuvent critiquer « les mécanismes anglo-saxons prétendument privilégiés à Strasbourg[79]. » Par conséquent, le droit appliqué par la CEDH n'est pas aussi éloigné du droit anglais qu'il pourrait apparaître au premier abord.

La construction européenne a permis des négociations semblables. Si le Royaume-Uni n'était pas partie prenante à la création de la Communauté européenne, il a pleinement participé, après son adhésion, au développement du droit communautaire, puis du droit de l'Union. Or, le processus de construction européenne, à travers le développement de la jurisprudence de la CJCE puis de la CJUE, a permis le rapprochement des droits nationaux[80]. En particulier, l'adhésion britannique à la Communauté européenne a permis un transfert de souveraineté, même s'il a été cantonné aux domaines de compétence de la Commuauté[81]. Cet effet direct du droit européen a été confirmé par la décision Factortame de 1991, dans laquelle la Chambre des Lords a reconnu la supériorité du droit européen sur une loi votée par le Parlement britannique[82]. Ainsi, il existe des moyens dans les cours britanniques pour résoudre les problèmes de conflit de droit, quand ils sont du ressort de l'Union européenne.

Comme la CEDH n'a pas de force contraignante sur les États membres, l'efficacité de ses décisions ne peut être qu'indirecte. Pour autant, cela ne signifie pas que son influence ne soit pas réelle, même en l'absence d'incorporation de la Convention en droit national. En effet, les juges britanniques se servaient déjà de la CESDH pour résoudre des affaires avant le *Human Rights Act*. L'un des moyens qu'ils utilisent est de prendre en compte les méthodes d'interprétations de la CJUE dans ce domaine[83]. En effet, la CJUE se sert de la CESDH dans ses propres décisions, et les cours nationales doivent se plier à sa jurisprudence. Par conséquent, le droit britannique était déjà modifié formellement par la CESDH.

Par ailleurs, la nature particulièrement malléable de la *Common Law* permet aux juges de prendre en compte de multiples sources de droit afin de parvenir à une conclusion. Cet aspect permet d'intégrer le droit européen plus souplement au système juridique britannique. La CESDH peut servir d'outil d'interprétation aux juges afin de lever certaines ambiguïtés dans

[79] Jean-Pierre MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 131.
[80] Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, *op. cit.*, p. 271.
[81] Vernon BOGDANOR, *The New British Constitution*, *op. cit.*, p. 27.
[82] *R. v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame Ltd*, 1990.
[83] Aurélie DUFFY-MEUNIER, « Le Royaume-Uni », *in* Edouard DUBOUT et Sébastien TOUZE (dirs.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 263.

l'application du droit britannique. Pour Antoine Bullier, « c'est dans le discours actuel sur les droits de l'homme que l'aire de développement des droits de la *Common Law* peut être le plus fructueux[84]. » La CESDH devient alors une des sources dont les juges britanniques se servent pour prendre leurs décisions. Elle est donc bien présente dans l'ordre juridique britannique. Elle est même plus citée dans les décisions de justice que toutes les autres déclarations et conventions internationales, et ce avant l'application du *Human Rights Act*.

Cependant, la Convention n'est pas d'abord considérée par les juges comme imposée de l'extérieur. Elle n'est pas un texte de loi qui les contraint, mais un outil d'interprétation qui leur permet de « redécouvrir les droits de *Common Law* en affirmant la similitude entre les droits CEDH et les droits de *Common Law*[85]. » L'utilisation faite par les juges de la CESDH s'inscrit alors dans une tradition juridique britannique d'interprétation du droit. Elle doit permettre de mettre au jour des applications de la *common law*, et non pas créer de nouvelles garanties. Par exemple, dans l'affaire Simms de 1999, la Chambre des Lords a reconnu le droit des prisonniers à accorder des entretiens à des journaux en se basant sur une analyse de la *Common Law*, et pas sur le droit à la liberté d'expression garanti par la CESDH[86]. L'influence européenne est alors mise au second plan, face aux structures légales de protection des droits des Britanniques déjà existantes.

Enfin, même sans obligation formelle de se plier à la CESDH, celle-ci peut avoir une efficacité politique, à condition que la décision de la Cour soit acceptable pour le gouvernement britannique. Le gouvernement peut même anticiper une décision et modifier son droit pour le mettre en conformité avec les exigences européennes avant qu'elle ne soit rendue.

Quand le sujet du débat est de nature politiquement sensible, par exemple dans le domaine de l'immigration, le gouvernement peut appliquer les décisions de la CEDH, en y posant certaines limites. La question de la souveraineté parlementaire se retrouve alors objet du débat. L'affaire Abdulaziz, Calbalès et Balkandali c/ Royaume-Uni de 1985 est un bon exemple d'un tel débat[87]. Les plaignantes reprochaient au Royaume-Uni de ne pas avoir les mêmes règles d'immigration selon le sexe de la personne qui faisait la demande. La législation était en effet plus restrictive pour les femmes qui souhaitaient faire venir leur conjoint au Royaume-Uni que pour les hommes qui souhaitaient faire venir leur conjointe. La CEDH reconnut à l'unanimité

[84] Antoine J. BULLIER, *La Common law*, *op. cit.*, p. 50.
[85] Aurélie DUFFY-MEUNIER, « Le Royaume-Uni », *op. cit.*, p. 261.
[86] *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Simms*, 1999.
[87] *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, 1985.

que la loi britannique violait l'article 14 de la Convention (contre la discrimination). La presse s'interrogea sur le bien-fondé de la décision, en affirmant que les règles d'immigration relevaient du domaine politique, et non pas du domaine juridique. Par ailleurs, la pertinence du raisonnement utilisé par la CEDH a été remise en cause dans le contexte britannique. Par exemple, le *Times* publia une analyse de la décision de la Cour qui critiquait « la décision prise mardi par la Cour européenne des droits de l'homme à propos des époux [qui] indique un contraste avec l'alliance typiquement britannique entre des textes de lois et un peu de droit créé par les juges et étroitement lié au précédent[88]. » Pourtant, malgré ces désaccords et cette résistance à l'influence du droit européen, le gouvernement a adapté son droit en réaction à la décision de la Cour. La réglementation a été changée pour imposer aux hommes qui souhaitaient faire venir leurs épouses les mêmes contraintes que pour la venue des époux[89]. Ainsi, même en l'absence de contrainte formelle et d'incorporation complète de la Convention en droit national, le droit européen est utilisé pour réformer le droit britannique, dans les limites politiquement acceptables pour le gouvernement du moment.

Ainsi, si l'écart entre les systèmes juridiques tend à se réduire au fur et à mesure de la construction européenne et du développement de la jurisprudence de la CEDH, les conflits n'ont pas totalement disparu. L'application des décisions des cours dépend de la volonté politique du gouvernement britannique autant que de limites strictement juridiques.

Les marges de manœuvre des juges britanniques pour appliquer les textes européens de manière indirecte sont réduites, et elles peuvent être sévèrement contraintes par le législateur. Par conséquent, avant la mise en place du *Human Rights Act*, de nombreux cas se retrouvaient devant la CEDH sans que des recours nationaux efficaces existent pour les requérants. Cette situation, dans laquelle le Royaume-Uni était soumis à la Convention sans que les juges britanniques ne puissent explicitement la prendre en compte, semblait illogique à Vernon Bogdanor[90].

En effet, les méthodes indirectes pour donner effet à la CESDH en droit national sont avant tout des moyens de pallier des vides juridiques. Pour Aurélie Duffy-Meunier, cette méthode a eu un impact faible, et des résultats insuffisants. Elles ne permettent pas d'étendre

---

[88] « *Tuesday's ruling by the European Court of Human Rights about husbands and wives […] points a contrast with the British amalgam of statute law and a little bit of judge-made law closely related to precedent*. » « Strasbourg law », *The Times*, 01/06/1985.
[89] Donald Wilson JACKSON, *The United Kingdom Confronts the European Convention on Human Rights*, Gainesville, University Press of Florida, 1997, p. 93.
[90] Vernon BOGDANOR, *The New British Constitution*, *op. cit.*, p. 59.

au Royaume-Uni l'ensemble des protections garanties par la CESDH. Si les juges considéraient qu'un texte de loi allait explicitement contre la Convention, ils ne pouvaient faire autrement que de l'appliquer[91]. Quand le Royaume-Uni a été condamné pour atteinte au droit d'accès à un avocat, il a fallu six condamnations de la CEDH avant que le gouvernement ne modifie le droit[92].

Conclusion

Avant le *Human Rights Act*, les recours des individus pour assurer la protection des droits de l'homme étaient très indirects, à cause de la nature résiduelle des droits et donc des limites des cours britanniques pour les faire respecter. Les évolutions de la législation, surtout à partir de 1966, quand le Royaume-Uni a reconnu le droit de saisine individuel de la Cour européenne des droits de l'homme, ont souvent été encouragées par les décisions des institutions européennes. Pourtant, l'influence européenne sur le droit britannique a été limitée par sa nature indirecte, qui empêchait les cours nationales de prendre certaines décisions conformes à la CESDH. Ce conflit a été un des principaux arguments en faveur de la création d'un *Bill of Rights*, une déclaration de droits, texte qui permettrait l'intégration de droits positifs dans la loi britannique. C'est ce qui a été fait, bien que de manière partielle, avec le *Human Rights Act* en 1998.

[91] Aurélie DUFFY-MEUNIER, « Le Royaume-Uni », *op. cit.*, p. 261.
[92] *Ibid.*, p. 266.