Revue Française de Civilisation Britannique

French Journal of British Studies

XI-3 | 2002

Tony Blair et la réforme des institutions

Le Human Rights Act : une révolution constitutionnelle ?

The Human Rights Act: a Constitutional Revolution?

Lorenzo Zucca

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rfcb/702>

DOI : 10.4000/rfcb.702

ISSN : 2429-4373

Éditeur

CRECIB - Centre de recherche et d'études en civilisation britannique

Édition imprimée

Date de publication : 1 février 2002

Pagination : 51-64

ISBN : 2-911580-13-3

ISSN : 0248-9015

Référence électronique

Lorenzo Zucca, « Le Human Rights Act : une révolution constitutionnelle ? », *Revue Française de Civilisation Britannique* [En ligne], XI-3 | 2002, mis en ligne le 21 mars 2016, consulté le 19 avril 2019.

URL : <http://journals.openedition.org/rfcb/702> ; DOI : 10.4000/rfcb.702

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Revue française de civilisation britannique est mis à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

Le Human Rights Act : une révolution constitutionnelle ?

The Human Rights Act: a Constitutional Revolution?

Lorenzo Zucca

- 1 Le *Human Rights Act* (HRA) est présenté comme une étape « révolutionnaire » par la plus grande partie de la doctrine anglaise¹. Son but est d'incorporer en droit anglais la Convention européenne des Droits de l'homme (CEDH). Les études se sont multipliées afin de répondre aux interrogations qui concernent les effets de cette législation sur le système juridique anglais². Le gouvernement, par ailleurs, n'a pas sous-estimé la portée de ce changement car il a investi six millions de livres sterling pour préparer les juges à la tâche³. Il s'agit pour l'essentiel d'un changement de mentalité sans égal car les juridictions anglo-saxonnes devraient désormais se préparer à l'interprétation d'un texte qui présente toutes les caractéristiques d'une charte des droits fondamentaux et qui est considéré en Angleterre comme un texte de nature « constitutionnelle ». S'agit-il alors d'un premier élément de constitution formelle pour l'Angleterre ? La question n'est pas superficielle car elle a été soulevée par un certain nombre d'auteurs⁴. Cette simple interrogation en a suscité d'autres tout aussi importantes. Il s'agirait de connaître, par exemple, le critère permettant d'identifier le droit constitutionnel, mais aussi, de savoir si le « droit constitutionnel » jouit d'une supériorité par rapport aux normes de rang législatif. La question essentielle est sans doute de savoir si le droit constitutionnel anglais prévaut sur les autres normes produites par le Parlement, et, dans l'affirmative, de quelle manière.
- 2 Le HRA a eu pour effet positif de provoquer un grand débat sur la place des droits fondamentaux en Grande-Bretagne, débat qui, à son tour, a suscité un travail de recherche sur les principaux concepts de droit constitutionnel anglais⁵. Les spécialistes se demandent, en particulier, comment le système anglais pourrait organiser la tutelle des droits fondamentaux sans mettre en cause la célèbre doctrine de la *parliamentary sovereignty*, qui interdit que le Parlement puisse lier ses successeurs⁶. Or, précisément, les droits de la Convention ont pour but de limiter l'action du législateur. D'ailleurs, l'une des raisons qui a poussé le Royaume-Uni à intégrer la CEDH tient à l'atteinte à la souveraineté

représentée par les condamnations des autorités publiques prononcées par la Cour européenne des Droits de l'homme.

- 3 Le problème de la protection des droits fondamentaux n'est pas apparu du jour au lendemain. Cependant, en Angleterre, le HRA constitue selon plusieurs auteurs, une étape très importante. C'est dans cette optique que l'on va retracer brièvement l'évolution historique de cet Acte, avant d'examiner les problèmes soulevés lors de son adoption, et, en dernier lieu, d'en apprécier les possibles conséquences politiques et juridiques.

L'évolution de la question des droits en Angleterre

- 4 En Angleterre, la question de droits à opposer au Parlement remonte au XVII^e siècle. L'idée selon laquelle le « droit fondamental » et le « droit constitutionnel fondamental » l'emportaient sur les lois ordinaires fut éclipsée à la fin de ce siècle par la doctrine de la souveraineté du Parlement. Le début du XVII^e siècle avait été marqué par la lutte des juges pour conquérir leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif et pour contrôler les lois bafouant un droit naturel supérieur⁷. Ce n'est qu'au prix d'une alliance avec le Parlement que les juges finirent par l'emporter sur le pouvoir exécutif. La « glorieuse révolution » consacra le droit pour le Parlement de modifier la *Common Law* à sa guise. L'alliance du Parlement avec les juges se traduisit par l'établissement de la suprématie de la loi, indissociable de celle du Parlement⁸.
- 5 La question fut à nouveau à l'ordre du jour à la fin de la Seconde guerre mondiale, qui vit l'éclosion de grands textes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Bien que le Royaume-Uni ait été le premier signataire de la CEDH, ce n'est que cinquante ans plus tard que le texte a été incorporé en droit interne⁹.
- 6 C'est à partir de la conférence donnée par Sir Leslie Scarman en 1974¹⁰, qui est souvent signalée comme le lancement du débat sur le rôle des droits fondamentaux de la CEDH en droit anglais¹¹, que la question commence à se poser. Sir Leslie Scarman proposait déjà à l'époque d'intégrer par voie législative la CEDH, afin de répondre aux défis posés par le droit communautaire et par le droit international des Droits de l'homme¹². Ces débats prirent une coloration proprement idéologique, ce qui est confirmé aujourd'hui par l'un des auteurs du projet du HRA qui décrit sa prise de position en faveur de l'incorporation comme une « campagne », alors même que c'est en qualité de juriste qu'il s'exprime¹³. La « campagne » concerne la possibilité d'accroître la protection des droits au détriment des pouvoirs du Parlement ; en clair il s'agit de reconnaître aux juges un contrôle de l'activité législative du Parlement.
- 7 Ce n'est que dans les années quatre-vingt-dix que la situation se débloque. Le travail débouche sur un premier projet d'incorporation en 1994, présenté par Lord Lester of Herne Hill. Ce premier projet est important en ce qu'il est révélateur des intentions des partisans de l'incorporation. Le but était de permettre aux juges d'écarter les lois non conformes à la CEDH. Il s'agissait donc d'accorder au juge un véritable pouvoir d'annulation des actes législatifs non conformes aux droits fondamentaux. Cependant, ce projet ne fut pas retenu par le Parlement. C'est sous le gouvernement de Tony Blair qu'un nouveau projet parviendra à être approuvé ; toutefois, le mécanisme prévu par le nouveau projet n'a pas la clarté du précédent. Les juges ne peuvent pas écarter une loi si elle n'est pas conforme ; ils ne peuvent que se borner à en signaler l'incompatibilité au ministre compétent, qui, à son tour, proposera une modification de la loi à la Chambre

des Communes. Lord Lester, l'un des principaux auteurs de l'Acte, se reconnaît « *coupable de pragmatisme* »¹⁴, mais il demeure satisfait de ce projet qu'il définit comme subtil.

L'adoption du *Human Rights Act 1998*

- 8 Les auteurs qui ont apporté leur contribution doctrinale au débat sont aussi nombreux¹⁵ que les questions posées. Les travaux se sont focalisés d'une part sur les effets de l'incorporation et d'autre part sur la conciliation opérée par le HRA entre « prévalence » des droits fondamentaux et doctrine anglaise de la souveraineté du Parlement¹⁶.
- 9 Le Royaume-Uni ne possède ni constitution formelle ni charte des droits fondamentaux constitutionnellement protégés. Sa forte tradition libérale lui a permis de maintenir une protection élevée des libertés, cependant il s'agit ici de libertés fondamentales et non pas de droits¹⁷. Cela signifie que tout individu est libre tant que le Parlement n'a pas établi une limitation à sa liberté. Or, comme le pouvoir du Parlement est pratiquement illimité, les libertés peuvent fort bien, en théorie, être suspendues ou amputées. L'individu ne pourra en aucune façon s'élever contre la volonté du Parlement, celle-ci ne connaissant pas de bornes. Au contraire, les droits fondamentaux fournissent à l'individu la base d'un recours qui peut être exercé devant un juge, même à l'encontre du législateur. C'est à partir de cette constatation qu'une partie de la doctrine anglaise a plaidé pour un renforcement de la protection des droits par l'adoption d'une charte de droits fondamentaux¹⁸. C'est ainsi qu'on en est arrivé à l'incorporation de la CEDH. Afin de mieux comprendre ce qu'implique l'incorporation, on commencera par analyser le débat concernant l'incorporation par voie judiciaire.

L'incorporation par voie judiciaire

- 10 En Angleterre comme ailleurs, le Parlement doit procéder au vote d'une « loi ordinaire » contenant le traité pour que les organes étatiques puissent le considérer comme du droit interne. Une fois qu'un traité est transposé, il reçoit le même traitement qu'une loi ordinaire. Cependant, le sort de la CEDH paraît être dérogatoire par rapport aux autres traités. D'abord parce qu'elle semblait avoir connu ce qu'on a qualifié d'incorporation par « la porte de service » (*by the back door*)¹⁹, et ensuite parce que le HRA semble non pas incorporer le traité mais simplement renforcer l'application de ses dispositions²⁰. On avait déjà évoqué cette forme un peu clandestine d'incorporation, dite « *back door integration* », lors d'une affaire célèbre (*ex parte Brind*) dans laquelle la Chambre des Lords avait catégoriquement refusé d'invoquer la Convention européenne pour trancher un litige. Quelques années plus tard, certains auteurs soutenaient déjà que cette position était intellectuellement indéfendable au vu des décisions postérieures qui faisaient de plus en plus souvent référence à la CEDH²¹. Cette impression est confirmée par une étude statistique sur la jurisprudence anglaise entre 1972 et 1993²². Cette étude constate une référence croissante à la Convention, tout en reconnaissant qu'il importe de distinguer entre son utilisation en tant qu'instrument juridique et la référence à la Convention à titre exemplaire.
- 11 Les débats suscités par l'incorporation n'ont fait qu'ajouter à la confusion. La majorité des auteurs estime que le HRA ne réalise pas une incorporation pleine mais qu'il donne aux droits protégés par la Convention européenne un effet renforcé (*further effect*)²³. Cette

position ne se justifie guère. L'idée d'un simple « effet renforcé » voudrait concilier les « souverainistes », qui s'opposent à ce qu'une cour étrangère se mêle des affaires nationales, et les défenseurs des droits de la CEDH, qui pourraient se satisfaire pour l'instant d'un texte garantissant certains droits, à défaut de pouvoir trouver un consensus sur une charte des droits anglaise. Dans ce cas, il y aurait un problème préliminaire à résoudre sur la question de savoir quel est le critère opératoire permettant de distinguer le droit constitutionnel du droit législatif dans le système juridique britannique. En outre, l'expression « *further effect* » n'est pas en elle-même très claire, car pour connaître la nature de l'« effet renforcé », il faudrait déjà savoir avec précision quel était l'effet « non renforcé ». Or, la jurisprudence des cours anglaises a modifié sa position au fil des années, ce qui est attesté par l'invocation de plus en plus fréquente de la CEDH comme instrument auxiliaire d'interprétation. Le HRA ne précise pas la nature qu'on entend attribuer aux droits de la CEDH. Ainsi, on a pu aboutir à la conclusion que ces droits seraient des dispositions générales à l'égard du Parlement mais qu'elles auraient valeur de normes juridiques contraignantes à l'égard des autres « autorités publiques »²⁴. Cette « double nature » des droits ne ferait qu'empêcher l'acceptation des droits fondamentaux par l'Angleterre, puisque, par définition, un droit fondamental est opposable à l'organe législatif.

- 12 La procédure classique ne pouvait, naturellement, suffire à garantir un rang suffisamment protecteur à l'Acte. En effet, la procédure classique aboutit à la création d'une loi ordinaire qui est soumise aux vicissitudes de la règle *lex posterior*. D'autre part, les juristes anglais ne conçoivent pas une incorporation à un rang supérieur à celui des Actes du Parlement qui conduirait à une limitation de la liberté des Parlements successifs. Il ne semble pas que la réponse apportée par le *Lord Chancellor* ait résolu le problème. L'Acte n'incorporerait pas les droits de la CEDH, mais leur donnerait seulement un effet renforcé (*further effect*)²⁵. Le *Lord Chancellor* se contredit plus loin, soutenant que l'Acte ne contient que des dispositions « programmatoires » (*guidelines*) et que, à ce titre, il bénéficie d'une « immunité juridique »²⁶. L'incertitude est évidente : ou bien on est en présence de droits que les tribunaux peuvent garantir, ou bien il s'agit de dispositions sans aucune valeur juridique dont les juges se contentent de s'inspirer.
- 13 L'étude de l'Acte permet facilement d'écarter la deuxième hypothèse ; en effet, la section 6 de l'Acte prévoit que : « *It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right* ». On remarque que cette disposition est de nature à s'appliquer directement et que les droits transposés par le HRA sont, par conséquent, de nature contraignante pour les « autorités publiques » anglaises. On ne peut donc pas soutenir qu'il s'agit des simples dispositions « programmatoires ». L'interprétation selon laquelle le HRA ne ferait que renforcer l'effet des dispositions de la CEDH paraît, dès lors, contestable. Elle semblerait signifier qu'un acte de droit interne augmente la force de certaines dispositions d'un acte international. Il faudrait s'interroger sur la question de savoir en quoi les dispositions du traité reconnues comme ayant un effet renforcé diffèrent des autres dispositions. Elles sont, sans doute, de même nature car les deux sont des dispositions d'origine internationale. La seule différence peut être trouvée dans le traitement que le juge peut leur réserver. Il s'ensuivrait que les unes n'ont pas d'application dans le droit interne et que les autres auraient un effet en matière de contentieux. Mais cela revient à dire que le HRA permet l'applicabilité directe du droit international, ce qui est en contradiction avec les solutions du droit positif anglais.

- 14 On peut affirmer que la thèse de l'effet renforcé n'est pas soutenable. Il semble, au total, que le HRA a tout simplement opéré une « incorporation sélective » de certains droits de la CEDH²⁷, accompagnée par un certain nombre de dispositions supposées assurer la « prévalence » desdits droits. La principale différence par rapport à une incorporation « pure », ²⁸ est que l'Acte prévoit un certain nombre de mécanismes spécifiques qui ont pour but de garantir, de façon ambiguë, les droits protégés par la Convention européenne.

Prévalence des droits et souveraineté

- 15 La deuxième question concerne la conciliation entre la « prévalence » des droits fondamentaux de la CEDH et la théorie de la souveraineté du Parlement. Ce problème est strictement lié à celui de l'incorporation, mais il s'en distingue aussi par le fait que le droit international, en tant que tel, n'a aucun effet juridique direct en droit interne. Il faut d'abord que les autorités nationales reconnaissent par les procédures normales le caractère obligatoire du droit international. Ce dernier point est parfois brouillé par des arguments tirés du droit naturel qui paraît avoir encore une certaine place dans l'argumentation juridique anglaise.
- 16 L'incorporation soulève le problème de l'efficacité du droit d'origine internationale avant et après sa transformation en droit interne. Si le droit international avait un effet obligatoire pour tous les organes de l'État à partir de la signature de l'instrument, on pourrait en conclure à la « primauté directe » du droit international, ce qui dispenserait de procéder à la transposition des dispositions du droit international en droit interne. Autre est la question de savoir si l'on peut reconnaître au droit « transformé » une prévalence claire qui oblige l'organe compétent à priver de validité l'Acte non conforme avec la CEDH. Autrement dit, le problème de l'incorporation concerne la question des rapports entre deux systèmes juridiques. Un autre aspect du problème a trait à la « prévalence » d'un droit sur un autre à l'intérieur du même système. En l'espèce, il s'agit de la « prévalence » des droits de la CEDH transposée sur d'autres dispositions nationales. Le débat sur ce point est loin d'être clarifié.
- 17 La prévalence attribuée aux droits de la CEDH peut être interprétée dans une optique jusnaturaliste. Il ne s'agit pas de faire prévaloir un droit parce qu'il en a été décidé ainsi par le constituant, mais il s'agit de faire prévaloir une conception du droit sur une autre. Si le droit naturel (jusnaturalisme) ne fait l'objet d'aucune revendication explicite, il apparaît en filigrane dans les développements que les auteurs consacrent aux droits fondamentaux de la CEDH. Ainsi, au Royaume-Uni, on a pu comparer le HRA à un nord magnétique qui doit guider l'action de tous les organes publics, y compris le Parlement²⁹. Cette image résume bien la position de la doctrine pro-droits fondamentaux qui voit dans la CEDH un appui comme un autre pour défendre le développement de ces droits. Par ailleurs, on pourrait se demander si une véritable charte des droits fondamentaux en Angleterre permettrait la même révolution que celle dont le HRA est censé être porteur. La doctrine pousse le juge à une lecture abusive du texte de la CEDH. Elle paraît d'ailleurs se féliciter de l'approche ouvertement téléologique du juge de Strasbourg. Le texte est finalement un prétexte ; ce qui importe, c'est que le juge fasse, à chaque instant, preuve de créativité quand il s'agit des droits fondamentaux pour les protéger d'une façon toujours croissante. Ainsi Lord Lester, l'un des artisans majeurs de l'incorporation,

conclut une de ses interventions ainsi : « *I hope and believe that judges will repay the compliment by being **imaginative** and **sympathetic** when interpreting statutes under the HRA* »³⁰.

- 18 Afin d'assurer la « prévalence » des droits de la Convention européenne tout en sauvegardant la théorie de la souveraineté du Parlement, le système juridique anglais a conçu un dispositif tout à fait original³¹ dont la présentation conduira à dissiper certaines confusions relatives à la question des droits fondamentaux telle qu'elle est posée en Angleterre.

L'interprétation conforme

- 19 Le but recherché est de protéger davantage les droits de la CEDH, tout en maintenant la souveraineté du Parlement ainsi que l'équilibre entre les trois pouvoirs. Or, en dépit de l'enthousiasme suscité par le HRA parmi de nombreux spécialistes de la doctrine, il semble que cet Acte repose sur des équilibres politiques qui se prêtent mal à une lecture juridique claire. L'exemple le plus frappant est celui de la section 3 du HRA qui prévoit que le juge opérera une interprétation conforme « *as long as it is possible to do so* ». Cette disposition, à elle seule, soulève plus de problèmes que toutes les autres dispositions du HRA. Il faut d'abord se demander ce qu'est une « interprétation conforme »³² et ensuite établir le sens du mot « possible »³³. Cette disposition laisse au juge une grande marge de manœuvre qui connaît ses limites seulement dans ce que les Anglais appellent *self restraint*. En d'autres termes, le juge aurait la possibilité de donner au texte législatif qu'il interprète le sens qui se rapproche le plus de son interprétation personnelle des droits de la CEDH. Le juge aura pour tâche de « forcer » l'interprétation afin de permettre la conciliation de la législation avec les droits fondamentaux. Si le juge estime ne pas pouvoir y parvenir, il pourra décider de prendre une « déclaration d'incompatibilité » qui habilitera l'exécutif à modifier la législation non conforme aux droits fondamentaux. On est ainsi amené à examiner, d'une part, les dispositions relatives à la technique interprétative et, d'autre part, les dispositions régissant la « déclaration d'incompatibilité ».

La technique interprétative

- 20 Deux problèmes majeurs se posent aux juges. Il s'agit, en premier lieu, de substituer à une approche de type littérale une interprétation téléologique et, en dernier lieu, de déterminer dans quelle mesure le juge national devra prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme.
- 21 La technique de l'interprétation conforme a été développée au Royaume-Uni, avant même que le HRA soit voté. Elle repose sur une présomption de compatibilité de la législation avec la CEDH³⁴, qui peut se formuler de la manière suivante : le Parlement est censé ne pas contrevenir à ses engagements internationaux, sauf s'il l'affirme explicitement³⁵.
- 22 Ainsi, si le Parlement souhaite limiter les droits protégés par la Convention européenne, il formulera en termes clairs l'incompatibilité entre la norme du droit fondamental et la norme interne. Le juge sera ainsi lié par la volonté toute puissante du Parlement. C'est sur ce système que repose le HRA. Le dispositif a même été simplifié puisque avant le vote de chaque loi, le Parlement est censé formuler une « déclaration de compatibilité » (*statement of compatibility*) attestant qu'il n'a pas souhaité limiter les droits inscrits dans la

Convention européenne. Dans le cas contraire, le Parlement devra explicitement en faire état dans un document annexé à la loi. Dans cette hypothèse, le justiciable se retrouverait dans une situation analogue à celle qui prévalait avant l'entrée en vigueur du HRA. Il lui faudrait à nouveau entamer la longue procédure qui mène à Strasbourg où les juges trancheraient, vraisemblablement, en sa faveur, la Parlement national du plaignant ayant lui-même admis l'incompatibilité. La doctrine anglaise répond que c'est précisément pour cette raison que le Parlement renoncera, par convenance politique, à déclarer sa législation contraire. Quelle que soit la valeur de cette explication, il n'en demeure pas moins que le HRA paraît largement en retrait par rapport à une constitutionnalisation des droits fondamentaux. On reste dans un système de libertés et non pas de droits.

- 23 La situation devient encore plus problématique lorsque le Parlement n'a pas précisé explicitement sa volonté de limiter les droits de la CEDH. Il devrait, alors, théoriquement, affirmer que la législation ainsi votée est conforme à l'HRA³⁶. Toutefois rien ne l'oblige à faire cette déclaration à chaque fois. Il n'existe pas d'obligation et, donc, pas de sanction en cas de manquement. Rien non plus ne garantit l'absence d'ambiguïtés dans le texte du législateur. Il appartient au juge de « forcer »³⁷ les termes de la loi afin de la rendre compatible. La section 3 indique que: « *So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention Rights.* »³⁸ Ainsi qu'il a été mentionné, l'imprécision de l'expression « *so far as it is possible* » ouvre la porte à toutes les interprétations³⁹. Par ailleurs, le document introductif du gouvernement affirme que le HRA « *va beaucoup plus loin que la règle existante qui autorise les juges à prendre en considération la Convention afin de résoudre les ambiguïtés de la législation* »⁴⁰. Enfin, il a été soutenu lors des travaux de la commission de préparation de la loi, que la section 3 impliquait une recherche des possibles significations, distinctes du sens que le législateur avait souhaité donner au texte⁴¹. L'interprétation deviendrait ainsi un instrument politique entre les mains du juge. Le juge sera, par exemple, amené à interpréter des concepts aussi flous que *public authorities* ou ordre public, ce qui, dans l'optique de l'« interprétation possible », pourra lui permettre d'en donner une interprétation conforme à ses convictions politiques.
- 24 L'absence de protection *ad hoc* de la CEDH entraîne un inévitable morcellement de son contrôle, ce qui ne facilite pas une interprétation stabilisée de la Convention. La question des divergences d'interprétation ne concerne d'ailleurs pas seulement les rapports entre la juridiction de Strasbourg et les juridictions nationales mais elle se pose aussi entre les différentes juridictions nationales. Par ailleurs, il existe un problème encore plus sérieux concernant la question relative à la prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg dans les systèmes internes. Cette question n'est pas restée sans réponse en Grande-Bretagne, car il s'agissait de savoir dans quelle mesure les juges devaient être liés par la jurisprudence d'une cour internationale. La réponse se trouve dans le texte de l'Acte lui-même, qui prévoit que les juges devront prendre en considération la jurisprudence de la CEDH⁴². Ils peuvent s'inspirer de l'interprétation donnée à Strasbourg, mais ils ne sont pas tenus de la respecter, ce qui peut parfaitement amener le juge de Strasbourg et le juge national à défendre des points de vue contradictoires. Nul ne sait comment un tel différend pourrait être réglé.
- 25 La tutelle de la CEDH soulève un problème au niveau interne du fait de son caractère diffus. En France, par exemple, certains auteurs contestent la solution du Conseil constitutionnel de 1975 en raison du fondement du raisonnement sur le caractère réciproque des traités. Cet aspect ne vaudrait pas pour la CEDH qui n'est pas sujette aux

conditions de réciprocité. Cette doctrine critique en particulier les conséquences de la décision qui a abouti à faire exercer par le juge ordinaire le contrôle de conventionnalité qui est regardé par certains comme un contrôle de constitutionnalité diffus. Au Royaume-Uni, les rédacteurs de la loi ont cru opportun de limiter la capacité d'émettre une déclaration d'incompatibilité. Ainsi, l'Acte établit une liste limitative des juridictions pouvant déclarer l'Acte incompatible, sans que les raisons juridiques paraissent évidentes.

Déclaration d'incompatibilité (section 4 du HRA)

- 26 La faible juridicité des dispositions de la loi anglaise est flagrante. Ainsi, si le juge ne parvient pas à faire converger l'interprétation de la CEDH avec la loi, il est en présence d'une incompatibilité au sens du HRA. Dans ce cas, le juge peut, mais il n'y est pas obligé, prendre une déclaration d'incompatibilité⁴³. Il possède donc le pouvoir discrétionnaire de passer sous silence une incompatibilité évidente, ce qui pourrait s'avérer capital dans l'application de certaines politiques judiciaires douteuses⁴⁴. Mais le plus surprenant est que si un juge édicte une « déclaration d'incompatibilité », cet acte n'aura qu'un effet déclaratoire et permissif. Déclaratoire en ce sens qu'il ne lie l'action d'aucune autre autorité publique. Permissif en ce sens qu'il habilite l'exécutif à prendre un acte (*remedial order*)⁴⁵ qui débarrasserait la loi de son incompatibilité avec la Convention⁴⁶. Il reste que cette compétence de l'exécutif n'a rien de contraignant⁴⁷. Elle ne pourrait, d'ailleurs, prendre effet qu'avec l'approbation du Parlement qui est évidemment toujours libre de ne pas entériner la proposition du gouvernement. Ce n'est qu'au terme d'une longue procédure que la loi pourra éventuellement être modifiée si des manœuvres politiques ne viennent pas, dans l'intervalle, bloquer le processus. L'absence d'une règle de « prévalence » claire laisse une grande place aux décisions discrétionnaires des juges qui se détermineront en fonction des circonstances et de leurs convictions.
- 27 Dans les articles parus depuis le vote du HRA, on n'a cessé de rappeler que le droit anglais ne permettait pas d'accorder aux droits de la CEDH une « prévalence » juridique, cette prévalence ne pouvant résulter que d'un mécanisme complexe impliquant la participation des trois pouvoirs⁴⁸. Force est de constater que l'on n'a guère réfléchi au concept de « prévalence », qui est souvent confondu avec d'autres concepts proches tels celui de « primauté » du droit international ou de « suprématie » du Parlement. Quelques clarifications semblent donc s'imposer.

Souveraineté du Parlement et droits fondamentaux

- 28 On a coutume d'affirmer que la volonté du Parlement est supérieure à toute autre. Il en découle que la « prévalence » des droits fondamentaux ne sera assurée qu'avec l'approbation du Parlement. Il s'agit, en l'occurrence, bien davantage d'un choix politique que d'un choix juridique. En Angleterre, la question est en apparence plus simple car, du point de vue formel, il n'existe pas d'actes supérieurs à la loi ordinaire. Or, si l'on s'en tient à une logique simple, la forme législative confère à son objet, sauf disposition contraire, une force égale aux autres lois ordinaires, ce qui signifie concrètement que toute loi ordinaire postérieure est susceptible d'abroger la loi qui a transposé la CEDH en droit interne. Il y a là un problème majeur concernant les droits de la CEDH ; il s'agit, en effet, de savoir s'il est possible de soustraire la loi de transposition à l'effet abrogatif de la

règle *lex posterior*. On rappellera pour mémoire qu'en droit anglais, la doctrine de la souveraineté du Parlement implique la règle fondamentale qu'un Parlement ne peut pas lier ses successeurs. Ce principe est assuré par la règle *lex posterior (implied repeal)*. Il est évident, en effet, que si le Parlement est toujours libre par rapport à ses prédécesseurs, c'est sa dernière volonté qui s'imposera, et ce même de manière implicite. Si bien que, *rebus sic stantibus*, le Parlement pourrait à tout moment violer les droits du HRA sans même devoir se justifier⁴⁹. Les droits fondamentaux seraient ainsi abrogés au premier revirement du Parlement.

- 29 Il faut souligner également que le débat anglais ne présente pas une définition claire des droits fondamentaux qui, parfois, paraissent se confondre avec la notion française de libertés publiques. Il est clair, en effet, que les autorités publiques doivent respecter les droits de la CEDH, mais il n'est pas établi que le Parlement est, à son tour, tenu de respecter ces droits. De nombreux auteurs considèrent que le pouvoir législatif les respecte pour la seule raison que leur violation impliquerait un choix politique grave⁵⁰. Aucune obligation juridique n'empêche le législateur de porter atteinte aux droits fondamentaux, ce qui, aux yeux de la doctrine, constitue le fondement de la souveraineté du Parlement⁵¹. Il semble que la « prévalence » des droits fondamentaux, au sens de la doctrine dominante, se résume en une « primauté politique », c'est-à-dire une reconnaissance politique par un texte officiel de l'importance de ces droits, sans que cela implique une limitation juridique de l'organe politique.

La référence au droit constitutionnel

- 30 La catégorie normative constitutionnelle n'étant pas formalisée en droit anglais, il paraît difficile de soutenir qu'un acte a une nature constitutionnelle. La définition du droit constitutionnel prend ici en considération la distinction entre droit constitutionnel matériel et droit constitutionnel formel. La constitution, au sens matériel du terme, vise les normes « constitutionnelles » d'après le contenu des règles, alors que la constitution au sens formel vise une procédure particulière qui permet de produire des normes « constitutionnelles »⁵². Il est évident que le Royaume-Uni n'a pas de constitution formelle, même si certains ont présenté le HRA comme une amorce de formalisation des principes constitutionnels⁵³. Il reste que l'on doit pouvoir trouver un critère qui permette de distinguer le droit constitutionnel du reste, car le critère de l'« importance » de la matière laisse la porte ouverte aux définitions subjectives (qu'est-ce qui est important et qu'est-ce qui ne l'est pas ?). On retiendra ici la définition objective suivante : est matériellement constitutionnel ce qui appartient à l'ensemble des normes de production de normes générales et abstraites⁵⁴. Elle a le mérite de pouvoir intégrer sans problèmes la notion anglaise de droit constitutionnel. L'ensemble des normes constitutionnelles comprendra ainsi la législation électorale, les normes coutumières réglant la compétence du Parlement et de la Couronne et du gouvernement dans la procédure législative⁵⁵.

Le pouvoir discrétionnaire du juge

- 31 Le juge, à qui il revient de se prononcer sur la présomption de compatibilité, dispose d'une marge de manœuvre considérable. Il peut, en effet, à tout moment essayer de motiver l'absence ou la présence de compatibilité en s'appuyant sur le haut degré

d'imprécision de la formulation des droits fondamentaux. Cette possibilité lui est offerte parce qu'une règle de prévalence univoque n'a pu être dégagée. Il n'est pas certain que les droits fondamentaux en seront mieux protégés.

- 32 Prenons l'exemple d'un plaignant qui introduit un recours devant un juge anglais. S'il soutient que la loi qu'il attaque porte atteinte à un droit de la CEDH, il va espérer que le juge acceptera de constater une incompatibilité. Or, ce que demande la section 3 du HRA, c'est que le juge s'efforce de démontrer que l'incompatibilité est seulement apparente et qu'en réalité la CEDH et la loi sont compatibles, ce qui aura pour conséquence de ne pas faire droit aux requêtes du plaignant⁵⁶.
- 33 La section 3 du HRA comporte un second paradoxe qui procède du caractère contradictoire du couplage des termes *reading and giving effect* contenus dans la disposition. Le premier habilite le juge à faire une lecture personnelle des dispositions. Le deuxième peut impliquer que le juge, en présence d'une limitation de la Convention, doit lui « donner effet » s'il estime que la restriction est compatible avec la Convention. D'une part, le juge traite le droit dans ses termes abstraits, d'autre part, il traite le droit dans son application aux situations réelles. Or, comme le juge est contraint de trouver une lecture compatible, on peut penser qu'il aura souvent tendance à justifier un certain nombre de limitations.
- 34 Ce risque de confusion terminologique serait moindre si l'Angleterre disposait d'une charte des droits. Les droits seraient alors revendiqués en montrant que la législation est *incompatible* avec les droits fondamentaux et non pas qu'elle est compatible, le risque étant que cette législation, qui serait interprétée objectivement, pourrait être tenue pour invalide. Curieusement, les parlementaires qui ne supportent pas l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois en raison de son incompatibilité avec la souveraineté du Parlement et la séparation des pouvoirs, ne trouvent rien à redire à ce que le juge abuse de sa fonction en abandonnant l'interprétation classique au profit d'une autre plus hasardeuse⁵⁷.

Conclusion

- 35 La pratique relative au HRA est encore dans une phase initiale. L'Acte est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2000. Les juges ont toujours jusqu'à ce jour (juillet 2001) interprété la législation en conformité avec le HRA. Aucune déclaration d'incompatibilité n'a été prise par la Chambre des Lords, c'est-à-dire la juridiction suprême. Dans une affaire récente, la *Court of Appeal* a décidé qu'une législation concernant l'environnement était contraire à l'article 6 de l'Acte⁵⁸. Cependant, la Chambre des Lords est intervenue pour affirmer qu'il n'y avait pas de violation et que la législation pouvait être interprétée en conformité avec le HRA.
- 36 Cet exemple n'est qu'une simple illustration de l'importance du pouvoir que les juges se sont vu reconnaître par l'Acte. Leur marge d'appréciation et leur pouvoir discrétionnaire sont très larges, mais on ne dispose pas encore de suffisamment d'éléments pour apprécier quelle est la réelle ampleur de ce pouvoir. D'autre part, il faut ajouter que le pouvoir d'interprétation est le seul efficace dans les mains du juge car, s'il décidait que la législation était incompatible avec les droits, il laisserait au gouvernement le soin de régler la question de la conciliation des droits avec les autres objectifs politiques.

- 37 L'Acte relatif aux droits de l'homme a pour principal défaut de ne pas imposer au Parlement un certain respect des droits individuels comme cela est le cas dans la plupart des États européens. Cette carence a obligé les autorités à élaborer un mécanisme complexe qui n'a pas permis de régler toutes les questions, qu'il s'agisse du pouvoir des juges ou des autres pouvoirs institutionnels dans la protection des droits individuels. L'adoption d'une charte des droits aurait sans doute apporté des solutions plus efficaces aux problèmes que pose la relation entre le droit international des droits fondamentaux et le droit interne.
- 38 Ces questions restent à l'ordre du jour et le nouveau gouvernement de Tony Blair issu des élections de 2001 doit s'apprêter à affronter, dans ce domaine, de nouvelles épreuves dont la moindre ne sera pas la récente charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont une première version a été proclamée en marge du Conseil européen de Nice (décembre 2000).

NOTES

1. John BELL, "La révolution constitutionnelle au Royaume-Uni", *Revue de Droit Public*, 2000, pp. 413-437.
2. Bernard MARKESINIS, *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford: Oxford University Press, 1998.
3. Amanda FINLAY, "The HRA: The Lord Chancellor's department's preparations for implementation", *European Human Rights Law Review*, n° 5, 1999, pp. 512-518.
4. Voir par exemple, Lord IRVINE (The Lord Chancellor), "Constitutional reform and a Bill of Rights", *European Human Rights Law Review*, n° 5, 1997, pp. 483-489.
5. Il suffit de prendre par exemple la doctrine de la souveraineté du Parlement : Neil McCORMICK, *Questioning Sovereignty*, Oxford: Oxford University Press, 1999.
6. Nicholas BAMFORTH, "Parliamentary Sovereignty and the HRA", *Public Law*, Winter 1998, pp. 572-583.
7. Mauro CAPPELLETTI, *Judicial Process in Comparative Perspectives*, Oxford: Clarendon Press, 1989.
8. Lord LESTER, *Human Rights - Law and Practice*, Londres : Butterworths, 1999.
9. Le HRA est entré en vigueur le 2 octobre 2000, c'est-à-dire presque cinquante ans après la signature du traité par le Royaume-Uni le 4 novembre 1950.
10. Sir Leslie SCARMAN, "English Law - the New Dimension", Hamlyn Lectures, 26th Series, Londres : Stevens, 1974.
11. M. HUNT cite cet auteur dans son ouvrage, *Using Human Rights Law in English Courts*, Londres : Hart Publishing, 1999, p. 23.
12. SCARMAN, *op. cit.*, p. 15.
13. Lord LESTER, *op. cit.*, p. 10.
14. Lord LESTER, séminaire à Magdalen College tenu le 22.11.99 sur le thème "HRA and Constitutional Changes". Il faudrait savoir ce qu'on entend par pragmatisme. En effet, si l'on applique pragmatisme à des habiletés politiques, on pourrait en conclure que Lord Lester est parvenu à un accord politique sur la nécessité de recourir à l'Acte. D'un point de vue juridique,

l'adjectif pragmatique peut signifier tout autre chose et, en tout cas, le fait d'être pragmatique ne peut justifier l'absence de clarté d'un acte juridique.

15. Les principaux auteurs sont les suivants : Lord LESTER & David PANNICK (eds.), *Human Rights - Law and Practice*, Londres : Butterworths, 1999; Lord LESTER & Dawn OLIVER, *Constitutional Law and Human Rights*, Londres : Butterworths, 1997 ; Murray HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Publishing, 1997; Bernard MARKESINIS (ed.), *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford : OUP, 1998; Andrew Z. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford : Clarendon Press, réimpression 1997 (1^{re} édition 1983); G. MARSHALL, "Two Kinds of Compatibility : more about section 3 of the HRA 1998", *Public Law*, 1999, pp. 377-383; Lord IRVINE (the Lord Chancellor), "The Development of Human Rights in Britain under an incorporated Convention on Human Rights", *Public Law*, 1998, pp. 221-236; Sir John LAWS, "The Limitations of Human Rights", *Public Law*, 1998, pp. 255-265.

16. Nicholas BAMFORTH, "Parliamentary Sovereignty and HRA 1998", *Public Law*, Autumn 1998, pp. 572-583.

17. Le HRA est interprété comme opérant un passage de la conception de *civil liberty* à celle de *civil rights* ; voir à ce sujet C. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, Londres : Butterworths, 1999, p. 181.

18. Ronald DWORKIN, *A Bill of Rights for Britain - Why British Liberty Needs Protecting*, Londres : Chatto & Windus, 1990.

19. *Ex parte Brind*, cf. F. KLUG, *op. cit.*, p. 332 (voir infra note 22).

20. G. MARSHALL, "Two Kinds of Compatibility", *op. cit.*, p. 432.

21. Murray HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Publishing, 1997, p. 28.

22. F. KLUG & K. STARMER, "Incorporation through the back door?", *Public Law*, 1997, pp. 223-233.

23. The Lord Chancellor, "Keynote Address", in *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles*, Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 2.

24. Nicolas BAMFORTH, *op. cit.*, p. 575.

25. H.L. HANSARD, Débats, 3 novembre 1997, col. 1229.

26. H.L. HANSARD, Débats, 18 novembre 1997, cols. 508-10, 521-22.

27. Les articles 1 et 13 de la CEDH ont été omis.

28. J'appelle ici « pure », une incorporation qui ne ferait que transformer un texte externe au système en un texte de droit anglais, sans rien ajouter ni retrancher.

29. Lord LESTER, "The Art of interpretation", *European Human Rights Law Review*, p. 674.

30. *Ibid.*, p. 675. C'est nous qui soulignons.

31. Lord IRVINE (the Lord Chancellor), "Opening Address", in B. MARKESINIS, *The Impact of the Human Rights Bills on English Law*, Oxford : OUP, 1998, pp 9 et 10.

32. Pour une lecture critique, G. MARSHALL, "Two Kinds of Compatibility", *op. cit.*

33. Pour une interprétation « génèreuse », Lord LESTER, "The Art of the possible: interpreting statutes under the HRA", *European Human Rights Law Review*, n° 6, 1998, pp. 663-675.

34. Murray HUNT, *op. cit.*, pp. 21-24.

35. *Ibid.*, p. 24.

36. Sect. 19 HRA 1998.

37. Lord LESTER, "The art of the possible", *op. cit.*, p. 354.

38. Sect. 3 HRA 1998.

39. G. MARSHALL, "Interpreting interpretation", *op. cit.*, p. 236.

40. White Paper, publié dans: J. WADHAM, *Blackstone Statute: The HRA 1998*, Londres : Blackwells, 1999.

41. Lord COOK OF THORNDON, Hansard Debates 533 (18 novembre 1997).

42. HRA Sect. 2.

43. Sect. 4 HRA 1998.

44. Un exemple tiré de l'actualité est celui du contrôle des boîtes de messagerie électronique que le gouvernement anglais propose d'instaurer en violation évidente de l'HRA.

45. Le *remedial order* est comparable à un décret-loi dont la compétence est reconnue à l'exécutif sur habilitation du judiciaire, ce qui est un cas de figure particulier. Le droit anglais connaissait déjà cette pratique sous le nom de clause Henry VIII, dans le cadre de laquelle le gouvernement est habilité à changer la législation par voie d'acte réglementaire, sous condition que le Parlement approuve cette modification.

46. Sect. 10 HRA 1998.

47. Sect. 10 HRA 1998.

48. Ainsi, le judiciaire déclarerait l'incompatibilité, l'exécutif proposerait les changements nécessaires pour mettre la législation en conformité et le législatif contrôlerait l'action de l'exécutif.

49. Cette affirmation peut être nuancée si l'on songe à la section 19 du HRA qui requiert la formulation (sans sanction) d'une déclaration de compatibilité par laquelle le Parlement précise que la législation qui va être votée ne porte pas atteinte aux droits de la CEDH. Cependant le Parlement peut toujours décider de limiter les droits fondamentaux de manière explicite.

50. Lord LESTER, "The art of the possible", *op. cit.*, p. 670.

51. Lord IRVINE, "Opening Address", *op. cit.*, p. 10.

52. Otto PFERSMANN in L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 1998, p. 92.

53. Lord LESTER, *op. cit.*, p. 25

54. Otto PFERSMANN in L. FAVOREU *et al.*, *op. cit.*, p. 94.

55. *Ibid.*, p. 95.

56. G. MARSHALL, "Interpreting interpretation", *op. cit.*, p. 234.

57. G. MARSHALL, "Two Kinds of Compatibility", *op. cit.*, p. 46.

58. Alconbury. Pour la décision de la Chambre des Lords, voir le site: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010509/alcon-1.html>.

RÉSUMÉS

Le gouvernement de Tony Blair a finalement incorporé en droit anglais la Convention européenne des Droits de l'homme en 1998. Cette loi témoigne de la volonté de renforcer la protection juridique de certains droits sur le modèle des pays européens. Toutefois, la nouvelle loi n'apporte pas toujours de réponses suffisamment claires, ce qui risque d'en limiter la portée.

Tony Blair's government finally incorporated the European Convention on Human Rights into domestic law in 1998. The Human Rights Act demonstrates a desire to give stronger legal protection to certain rights, as in other European countries. However, the new Act is not as clear cut as constitutionally entrenched European Bills of Rights, and this is likely to limit its scope.

AUTEUR

LORENZO ZUCCA

Institut universitaire européen de Florence / St John's College, Oxford