

Le dialogue des juges entre les juridictions britanniques et la Cour européenne des droits de l'homme

Par Lucie Laffont

Sous la direction de Madame le Professeur Catherine Haguenu-Moizard

Master 2 Droit pénal de l'Union européenne – Université de Strasbourg

Année 2016-2017

Remerciements

Je tiens à remercier Madame le Professeur Catherine Haguenu-Moizard pour ses conseils et sa disponibilité tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Je tiens également à remercier Christine Saint-Paul Laffont pour le temps qu'elle a consacré à la relecture de ce mémoire et ma famille pour son soutien.

<u>Introduction</u>	p.5.
I. Une forme de dialogue unique	p.12.
A. Un modèle de dialogue partiellement exemplaire.....	p.12.
1. L'interprétation stricte de la section 2 du <i>Human Rights Act 1998</i>	p.12.
a. Le principe du miroir.....	p.12.
b. La création d'un dialogue par la mise en œuvre du principe du miroir	p.16.
2. La rigidité de l'approche du miroir.....	p.20.
a. L'érosion du principe du miroir.....	p.20.
b. La nécessité d'aller plus loin que le principe du miroir comme moyen d'instaurer un dialogue efficace.....	p.24.
B. Le <i>Human Rights Act</i> : un modèle de dialogue démocratique unique protecteur des droits.....	p.30.
1. La répartition des pouvoirs au sein du <i>Human Rights Act</i>	p.30.
a. Le compromis entre protection des droits et préservation de la démocratie.....	p.30.
b. Un déplacement des pouvoirs vers les juridictions nationales.....	p.35.
2. L'émergence d'un double dialogue au cœur du <i>Human Rights Act</i>	p.39.
a. L'efficacité du dialogue interinstitutionnel.....	p.39.
b. Les limites du dialogue interinstitutionnel.....	p.42.
II. L'articulation délicate entre protection des droits et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme.....	p.46.
A. Des influences réciproques.....	p.47.
1. L'influence des juridictions britanniques sur la jurisprudence de la Cour.....	p.47.
a. Le rôle normatif des juridictions britanniques dans le droit de la Convention.....	p.47.
b. L'élargissement de la marge d'appréciation – <i>Animal Defenders International contre Royaume-Uni</i>	p.51.
2. La réception des jugements européens par les juridictions britanniques dans des domaines politiquement sensibles.....	p.56.
a. Le régime de conservation des empreintes digitales et échantillons cellulaires et l'article 8 de la Convention – <i>S et Marper c. Royaume-Uni</i>	p.57.
b. L'expulsion d'étrangers suspectés de terrorisme et l'article 6 de la Convention : <i>Abu Qatada contre Royaume-Uni</i>	p.60.

B. Les craintes d'une jurisprudence européenne cédant face aux pressions britanniques.....	p.66.
1. Le dialogue judiciaire dans le contexte sensible du droit de vote des détenus.....	p.66.
a. La position relativement ferme de la Cour sur le droit de vote des prisonniers.....	p.67.
b. L'attitude réceptive des juridictions britanniques.....	p.70.
2. La place du dialogue dans la mise en œuvre de la politique jurisprudentielle de la Cour.....	p.73.
a. L'admissibilité des preuves par ouï-dire : entre dialogue exemplaire et recul des droits de la défense.....	p.74.
i. L'efficacité du dialogue judiciaire illustrée par les arrêt <i>Al-Khawaja</i> et <i>Horncastle</i>	p.75.
ii. Le risque d'un recul dans la protection des droits de la défense.....	p.80.
b. Les peines de perpétuité réelle : vers une nouvelle approche du dialogue des juges ?.....	p.81.
i. Entre dialogue des juges et résistance des juridictions britanniques.....	p.82.
ii. L'avenir incertain de la protection des droits à la lumière de la politique jurisprudentielle de Strasbourg.....	p.85.
<u>Conclusion</u>	p.88.
<u>Bibliographie</u>	p.92.

Introduction

Luc B. Tremblay, dans son article « The legitimacy of judicial review : The limits of dialogue between courts and legislatures », donne une définition du dialogue dans son acception générale :

« *Two or more persons, recognized as equal partners, exchange words, ideas, opinions, feelings, emotions, intentions, desires, judgments and experiences together within a shared space of intersubjective meanings* »¹.

Il distingue deux conceptions du dialogue. La première peut être décrite comme une conversation. Elle s'illustre par son aspect informel et spontané, et n'a d'autre objet qu'un but général d'explorer un domaine particulier, d'apprendre quelque chose de nouveau ou de découvrir de nouvelles perspectives. Cette forme de dialogue suppose une coopération de la part des participants. L'autre conception du dialogue est la délibération, ou le « *dialogue en tant que délibération* » (« *dialogue as deliberation* »). A l'inverse de la conversation, celui-ci a un objectif précis qui est de prendre des décisions en commun, de parvenir à un accord entre les participants, de résoudre des problèmes ou des conflits de façon collective, de déterminer ensemble la justesse d'une opinion ou d'une thèse particulière ou encore quel point de vue devrait gouverner telle action ou telle décision. Tremblay identifie plusieurs conditions qui doivent être remplies pour que le dialogue en tant que délibération puisse opérer. Premièrement, les participants au dialogue doivent être sur un pied d'égalité, c'est-à-dire qu'aucun d'eux ne peut imposer de décision finale et qu'il n'y a aucune hiérarchie conférant à l'avance à l'un l'autorité de résoudre les conflits. Deuxièmement, les participants doivent essayer de persuader de manière rationnelle leurs partenaires, et non leur dicter leur propre jugement. Troisièmement, les participants au dialogue doivent être capables d'exposer une opinion argumentée, de prendre en compte le point de vue des autres et d'essayer de l'intégrer à leur propre raisonnement.

Dans le cadre des relations entre la Cour européenne des droits de l'homme² et les Etats contractants, la place du dialogue peut paraître problématique. En effet, l'article 19 de la Convention européenne des droits de l'homme donne mandat à la Cour pour contrôler le respect

¹ L. B. Tremblay, « The legitimacy of judicial review : The limits of dialogue between courts and legislatures », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 1 octobre 2005, p. 617 à 648.

² Les termes « la Cour », « la Cour de Strasbourg » ou « Strasbourg » seront également utilisés pour parler de la Cour européenne des droits de l'homme.

des engagements souscrits par les Etats parties à la Convention et ses protocoles, et pour résoudre les conflits résultants du non-respect de ces engagements. Cet article doit être lu en combinaison avec l'article 46(1), qui dispose que les Etats ayant ratifié la Convention sont dans l'obligation d'exécuter les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, sous peine de se trouver dans une situation de violation du droit international. Le premier critère de Tremblay selon lequel aucun des participants au dialogue ne doit être en position d'autorité ne semble alors pas être rempli, car la Cour est celle qui a le dernier le mot, une fois qu'un jugement définitif a été rendu. Toutefois, l'étendue de la relation entre la Cour européenne et les cours nationales est moins évidente. En effet, il n'existe dans la Convention aucune obligation formelle pour les cours d'appliquer les jugements de Strasbourg. A ce sujet-là, Jean-Paul Costa³ renvoie au principe de Droit Public International d'unité de l'Etat, selon lequel l'obligation pour les Gouvernements d'exécuter les jugements de la Cour en cas de violation implique une obligation pour les cours de modifier leur interprétation de la Convention. Mais la Cour rappelle régulièrement qu'elle n'est pas une cour de quatrième instance et n'a pas de pouvoir hiérarchique sur les juridictions internes. Le cas du droit britannique a cela de particulier qu'il prévoit une disposition se rapprochant d'une contrainte juridique d'appliquer la jurisprudence de Strasbourg. La section 2 du *Human Rights Act 1998* (traduit en français, la loi des droits de l'homme) dispose qu'une cour ou un tribunal qui juge une affaire impliquant un droit de la Convention doit prendre en compte tous les jugements, décisions, déclarations ou avis consultatifs de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle oblige donc les juridictions britanniques à prendre en compte les jugements de la Cour, mais pas à les exécuter. Cette formulation équivoque a donné lieu à de nombreuses analyses au sein du pouvoir judiciaire et de la doctrine. Elle a en tout cas permis le développement d'un dialogue formel entre les plus hautes juridictions britanniques (en particulier la Chambre des Lords, devenue la Cour Suprême en 2009), et la Cour européenne des droits de l'homme.

Le Royaume-Uni se distingue des autres Etats membres du Conseil de l'Europe en ce qu'il a fallu attendre jusqu'en 1998 pour que la Convention européenne des droits de l'homme soit incorporée dans le droit interne. Le Gouvernement britannique était parmi les premiers à signer et ratifier la Convention (en 1950 et 1951), qui est entrée en vigueur en 1953. Cependant, selon la théorie du dualisme, « *l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne sont exclusifs l'un à l'autre et n'ont de point de contact autres que la responsabilité*

³ J.P. Costa, « The relationship between the European Court of Human Rights and the national courts ? », *European Human Rights Law Review*, 2013, p.264 à 274.

internationale »⁴. En d'autres termes, le Parlement doit incorporer le texte international par le biais d'une loi afin que celui-ci puisse être invoqué par des individus devant les juridictions internes. En 1993, Lord Bingham alertait sur le fait que la faculté des cours britanniques de protéger les droits de l'homme au niveau national était entravée par l'incapacité des gouvernements successifs à incorporer la Convention européenne des droits de l'homme au Royaume-Uni⁵. Le juge prônait l'idée que les droits de la Convention soient décidés en premier lieu par les juges locaux, avant qu'un appel ne soit interjeté devant la Cour de Strasbourg. Certains constitutionalistes considéraient cependant que la protection des droits de l'homme était de nature éminemment politique et ne pouvait être confiée au pouvoir judiciaire, qui n'était pas démocratiquement élu. De plus, la Constitution non-écrite du Royaume-Uni ne permet pas que certains droits soient « consacrés » à la manière d'une constitution classique. Dès lors, l'incorporation des droits de la Convention aurait été susceptible de porter atteinte à la souveraineté du Parlement, pierre angulaire du système juridique britannique. Ce concept a été développé par le constitutionnaliste A.V. Dicey dans son ouvrage *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, publié en 1885. Il définit la souveraineté du Parlement de la manière suivante :

« (...) *Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever ; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament* ».

Alison Young a exposé la théorie de Dicey dans *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act*⁶. Elle identifie deux éléments. Le premier est un élément « positif » : le Parlement dispose du droit d'adopter et d'abroger toute loi. Le deuxième est un élément « négatif » : nulle personne ni nul organe ne se voit reconnaître le droit de passer outre ou d'écarter la législation du Parlement. Les cours ne disposent donc pas d'autre choix que celui d'interpréter et d'appliquer la législation. En théorie, le concept de souveraineté implique l'idée d'un pouvoir absolu et illimité qui ne peut être partagé avec les autres institutions. Pourtant, en pratique, le Parlement n'est pas tout-puissant. D'un point de vue interne, il restreint son propre pouvoir afin d'agir dans la sphère de ce qui est considéré comme moral. D'un point de vue externe, le pouvoir législatif est limité dans son action par ceux qu'il gouverne, qui pourraient se rebeller contre lui s'il promulguait une loi qu'ils jugeaient inacceptable. Enfin, la dernière contrainte

⁴ V. Barbé, « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, vol. 61, n°1, p. 117 à 145.

⁵ T. H. Bingham, « The European Convention on Human Rights : time to incorporate », *Law Quarterly Review*, 1993, p. 390 à 400.

⁶ A. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2009, 180 pages.

découle de la nature même du Parlement, qui dispose d'une compétence non liée. La souveraineté du Parlement ne peut être assurée que si ce dernier ne peut être lié ni par une loi antérieure, ni pour l'avenir. Autrement dit, un Parlement ne peut adopter de loi qui liera les Parlements successeurs, à défaut d'être lui-même lié par la législation d'un Parlement prédécesseur et de ne pouvoir adopter ou abroger de loi dans les domaines qu'il souhaite. C'est le principe de la théorie de l'« *implied repeal* » : « *la dernière expression de la volonté du Parlement se substitue aux précédentes* »⁷. La souveraineté parlementaire est la clef de voûte du système démocratique britannique. En effet, le pouvoir législatif tire son mandat de l'électorat, du peuple qui l'a élu, ce qui légitime toutes les lois qu'il pourra adopter par la suite.

Dès lors, l'enjeu pour le Gouvernement était de proposer une loi incorporant les droits garantis par la Convention, qui laisserait le concept fondamental de la souveraineté du Parlement intact. En 1997, le Gouvernement travailliste a publié une proposition de loi⁸ visant à renforcer les droits des citoyens mais aussi à intégrer une culture des droits de l'homme dans la société britannique, tout en accroissant l'influence du Common law sur le fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'homme⁹. Le *Human Rights Act* a été élaboré de manière à placer les cours au centre du dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme, tout en ne portant pas atteinte à la souveraineté du Parlement et au processus démocratique.

Pour comprendre le dialogue des juges, il faut revenir sur le contexte politique actuel. Depuis plusieurs années, les Conservateurs menacent de dénoncer la Convention européenne des droits de l'homme. Le parti a publié des propositions afin d'abroger le *Human Rights Act* et de le remplacer par une « *British Bill of Rights* »¹⁰. Le Gouvernement conservateur souhaite en particulier dégager les cours britanniques du lien qui les unit à la Cour européenne des droits de l'homme. Les jugements de la Cour de Strasbourg n'auraient plus qu'un effet consultatif, ce qui affaiblirait de manière considérable son autorité. En réalité, l'impopularité de la Cour se cristallise autour d'un petit nombre de jugements ayant trait à la « guerre » contre la criminalité, le terrorisme, le trafic de drogue ou encore l'immigration illégale¹¹. La controverse relative à la jurisprudence strasbourgeoise tourne principalement autour d'un contentieux : la question du

⁷ A. Antoine dans *Droit constitutionnel britannique*, Lextenso éditions, 2016, 200 pages.

⁸ Livre blanc du parti travailliste, *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*, 1997.

⁹ P. Boateng, J. Straw, « *Bringing rights home : Labour's plans to incorporate the European Convention on Human Rights into UK law* », *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 71 à 80.

¹⁰ Parti Conservateur, *Protecting Human Rights in the UK: The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws*, 3 octobre 2014.

¹¹ M. Amos, « The UK and the European Court of Human Rights », *UK Constitutional Law Blog*, 24 novembre 2014, <https://ukconstitutionallaw.org/2014/11/24/merris-amos-the-uk-and-the-european-court-of-human-rights/>, dernière consultation le 1^{er} juillet 2017.

droit de vote des détenus. En 2005, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un jugement dans lequel elle considérait que l'interdiction générale du droit de vote des prisonniers prévue par la législation britannique emportait violation de la Convention. Après la publication du jugement, plusieurs consultations ont été organisées par le Gouvernement travailliste afin de réfléchir à une nouvelle loi qui serait plus mesurée. En 2011, le Parlement a rejeté une proposition de loi faite par le Gouvernement de coalition qui aurait donné le droit de vote aux délinquants condamnés à une peine de prison de moins de quatre ans. En 2012, le Premier Ministre David Cameron a annoncé que les détenus n'obtiendraient pas le droit de vote sous son Gouvernement. Malgré l'annonce du Ministre de la Justice en décembre 2015 de la publication d'un rapport à ce sujet, la situation est toujours stagnante. Il semblerait que toute évolution future de cette problématique se fasse en parallèle du débat relatif à l'abrogation du *Human Rights Act*¹². Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a par ailleurs publié un mémorandum dans lequel il exprimait ses inquiétudes quant au refus du Royaume-Uni d'exécuter le jugement européen. Il soulignait notamment que cette attitude risquait d'encourager d'autres Etats à choisir les décisions qu'ils souhaitent voir appliquer ou non et, qu'à terme, ceci pourrait signer le début de la fin du système de la Convention¹³.

Lady Justice Arden estime que le dialogue formel opère lorsqu'une cour nationale n'est pas d'accord avec la décision d'une cour supranationale¹⁴. Le dialogue servirait alors de plateforme pour les juges locaux dans laquelle ils pourraient exprimer leurs divergences d'opinion avec les juges strasbourgeois. Selon la définition de Tremblay, il semblerait que la Cour de Strasbourg doive alors intégrer le point de vue de la cour nationale dans son propre raisonnement, afin de prendre une décision ou de résoudre un conflit en commun.

Dans ce mémoire, nous nous intéresserons au dialogue de la Cour avec les plus hautes juridictions du Royaume-Uni, principalement la Cour Suprême. Celui-ci revêt un caractère particulier en raison du double dialogue mis en œuvre par le *Human Rights Act 1998*. La section 2 a été interprétée par les juges de façon à refléter strictement l'évolution de la jurisprudence européenne. En vertu du principe du miroir ou de l'interprétation en miroir, les tribunaux

¹² Pour un récapitulatif de l'évolution, voir J. Simson Caird, « Prisoners' voting rights : developments since May 2015 », *Commons Briefing Paper*, 15 février 2016.

¹³ N. Muiznieks, « Memorandum », *Commissaire aux droits de l'homme*, 10 octobre 2013, <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-warns-the-uk-about-the-consequences-of-non-compliance-with-judgments-of-the-european-court-of-human-rights>, dernière consultation le 14 août 2017.

¹⁴ Lady Justice Arden, « An English Judge in Europe », Neill Lecture, 28 février 2014, p. 1 à 37.

britanniques se montrent plutôt réticents à s'éloigner des jugements de cette dernière. Une telle attitude peut avoir des conséquences sur l'efficacité du dialogue. En effet, le dialogue en tant que délibération de Tremblay met les deux acteurs sur un pied d'égalité et exige de chaque participant qu'il prenne en compte le raisonnement de l'autre afin de nuancer son propre jugement. Néanmoins, cela implique que les deux participants expriment leur vision de la protection des droits fondamentaux. Or, les juges nationaux ont tendance à ne pas souhaiter aller au-delà des principes établis par la Cour. L'attitude de déférence des cours a de bénéfique qu'elle ne remet pas en cause le système de la Convention et qu'elle montre la volonté de ces dernières de se plier à l'autorité de Strasbourg. En revanche, elle est susceptible d'entraver le développement local de la protection des droits de l'homme et de priver la Cour de l'évolution de ce droit.

Le deuxième type de dialogue est un dialogue institutionnel étatique, entre les trois principales composantes de l'Etat : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Ces interactions s'articulent autour du principe de la souveraineté du Parlement par le biais de mécanismes mis en place par les sections 3 et 4 de la loi relative aux droits de l'homme. La section 3(1) dispose que la législation doit être interprétée de façon à assurer autant que possible sa compatibilité avec la Convention. Sous l'angle de la section 4(2), les juges des plus hautes juridictions sont invités à constater l'inconventionnalité d'une loi en prononçant une déclaration d'incompatibilité. Les cours sont placées au cœur du dialogue avec la Cour de Strasbourg, ce qui leur donne un rôle privilégié de garantes des droits fondamentaux, mais le Parlement demeure l'autorité qui a le dernier mot. Il s'agira alors de se demander de quelle manière le dialogue interinstitutionnel permet de renforcer la protection des droits fondamentaux tout en ne remettant pas en cause l'essence même du système juridique britannique.

L'approche stricte que les tribunaux anglais ont décidé d'adopter vis-à-vis de la section 2 du *Human Rights Act* n'empêche pas nécessairement le dialogue. La jurisprudence a développé plusieurs exceptions au principe du miroir, généralement invoquées par les juges comme un moyen de s'engager dans un dialogue avec la Cour de Strasbourg. Il existe un véritable dialogue formel entre les deux ordres juridictionnels. On peut même parler d'influences réciproques. Toutefois, la question se pose de savoir si l'on peut parler de dialogue constructif, dans le sens où il fait progresser la protection des droits de l'homme, ou si ces exceptions ne sont pas plutôt un prétexte pour brandir des spécificités nationales qui entraveraient un développement des droits de la Convention.

Le dialogue est intrinsèquement lié à la question controversée de l'autorité de Strasbourg. Celle-ci s'est parfois opposée aux jugements émanant des plus hautes juridictions du Royaume-Uni

dans des domaines extrêmement sensibles tels que la lutte contre la criminalité ou la lutte contre le terrorisme. Mais la Cour n'est pas complètement prémunie contre les attaques répétitives dont elle fait l'objet. Dès lors, il est pertinent de s'interroger sur la manière dont le contexte politique hostile actuel a des répercussions sur la conduite d'une politique jurisprudentielle européenne protectrice des droits garantis par la Convention.

La problématique qui sous-tend ce mémoire est la suivante : dans quelle mesure la nature du dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions britanniques impacte-t-elle la protection des droits de l'homme au niveau national et supranational ?

La première partie traitera de la relation entre les deux ordres de juridiction, qui s'est structurée autour d'une forme de dialogue unique, résultant de la spécificité juridique et constitutionnelle du système britannique (I). La seconde partie portera sur l'articulation entre la politique jurisprudentielle européenne et la protection des droits de l'homme dans un contexte politique sensible (II)¹⁵.

¹⁵ N.B. : il s'agit d'une étude non-exhaustive de la relation entre les juridictions britanniques et la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la jurisprudence à ce sujet est abondante et les facettes de la relation multiples.

I. Une forme de dialogue unique

Le modèle de dialogue mis en œuvre par la section 2 du *Human Rights Act 1998* est unique et reflète la volonté des tribunaux britanniques de prendre en compte les jugements de Strasbourg dans leur propre jurisprudence, mais il n'est pas exempt de critiques (A). La loi sur les droits de l'homme a également mis en place un modèle de dialogue démocratique unique protecteur des droits au niveau étatique (B).

A. Un modèle de dialogue partiellement exemplaire

Si les termes de la section 2 du *Human Rights Act 1998* sont équivoques, les juridictions britanniques les ont interprétés de manière stricte et constante (1). Cette interprétation n'a jamais été fondamentalement remise en question, mais sa rigidité soulève diverses critiques (2).

1. L'interprétation de la section 2 du *Human Rights Act 1998*

Le principe du miroir est une création prétorienne qui consiste pour les cours à refléter la jurisprudence strasbourgeoise dans leurs jugements. Le but d'une telle interprétation est principalement de faire en sorte que les requérants n'aillent pas devant la Cour européenne des droits de l'homme parce que la cour nationale n'aurait pas suffisamment bien appliqué les principes européens (a). Alors que l'approche suggère une position de déférence de la part des juridictions britanniques, celles-ci ont tout de même su s'engager dans un dialogue avec Strasbourg, sans pour autant remettre en cause le principe du miroir (b).

a. Le principe du miroir

Dans les premiers temps du *Human Rights Act 1998*, l'interprétation de l'expression « *doit prendre en compte* » (« *must take into account* ») a donné lieu à peu de discussions au sein des juridictions¹⁶. Il ressort clairement des débats s'étant tenus au sein du Parlement que « *prendre en compte* » ne veut pas dire « *être lié* » (« *to be bound* ») par les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Lord Chancellor avait dit devant la Chambre des Lords qu'il pouvait y avoir des situations dans lesquelles les juges britanniques pourraient s'éloigner

¹⁶ R. Masterman, « Section 2(1) of the Human Rights Act 1998 : binding domestic courts to Strasbourg ? », *Public Law*, 2004, p. 525 à 537.

de la jurisprudence européenne. A moins qu'elles ne soient confrontées à la réplique parfaite (il utilise l'expression « *the precise mirror* ») d'une affaire ayant déjà été traitée par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷, les cours disposent d'un pouvoir discrétionnaire non négligeable. Autrement dit, le manque de précision de la section 2(1) laisse le champ libre aux cours quant à la question de suivre ou non la jurisprudence, ainsi que du poids à lui accorder.

Le choix des mots « *doit prendre en compte* » est révélateur quant à l'intention du Parlement. Les cours ne sont pas contraintes de suivre la jurisprudence de Strasbourg mais elles ont l'obligation de la prendre en considération. Pourtant, la Chambre des Lords a choisi d'adopter une interprétation littérale de la section 2, exigeant des cours qu'elles prennent en compte la jurisprudence de Strasbourg sans s'en détacher¹⁸. Dans *R (on the application of Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*¹⁹, Lord Slynn estimait qu'en l'absence de « *circonstances spéciales* » (« *special circumstances* »), les cours devaient respecter la jurisprudence claire et constante de Strasbourg. Cependant, le jugement ne donnait aucune précision quant à la signification de l'expression « *circonstances spéciales* ». Celle-ci pouvait tout autant signifier que les juges anglais ne pouvaient s'éloigner de la jurisprudence supranationale que dans des circonstances exceptionnelles, que laisser aux cours nationales une marge de manœuvre importante. Le raisonnement de Lord Slynn a été repris par Lord Bingham dans l'arrêt de 2002 *R (on the application of Anderson) v Secretary of State for the Home Department*²⁰. Le juge a souligné que, malgré l'absence de contrainte juridique, les cours auraient besoin d'une bonne raison pour pouvoir se détacher de la jurisprudence strasbourgeoise. Dans le jugement de Cour d'appel²¹, Simon Brown LJ a mis en œuvre le principe de Common law de « *judicial comity* » que Merris Amos définit comme le fait pour un juge de suivre la décision d'une juridiction de même niveau hiérarchique, bien que n'étant pas lié par ses décisions²². Dans cet arrêt, Brown LJ a reconnu que les cours nationales étaient les mieux placées pour imposer des condamnations à perpétuité, mais que la jurisprudence de Strasbourg restait déterminante du fait de son appréciation plus approfondie de l'étendue et de la portée des articles 5(4) et 6(1) de la Convention (qui étaient

¹⁷ *Hansard*, H.L. Deb., vol. 584, col. 1271, 19 janvier 1998.

¹⁸ E. Bjorge, « National supreme courts and the development of ECHR rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 5 à 31.

¹⁹ *R (on the application of Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23.

²⁰ *R (on the application of Anderson) v Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 46.

²¹ *R (on the application of Anderson) v Secretary of State for the Home Department* [2001] EWCA Civ 1689.

²² M. Amos, « The Principle of Comity and the Relationship between British Courts and the European Court of Human Rights », *Yearbook of European Law*, 2009, p.503 à 530 (p. 505).

en cause dans cet arrêt). Renvoyant directement au principe de comité judiciaire au paragraphe 66, le juge a estimé que la décision finale revenait à la Cour européenne.

Le principe du miroir, dégagé par Lord Bingham dans *R (on the application of Ullah) v Special Adjudicator* en 2004, reprend l'idée du principe de « *judicial comity* ». La métaphore du miroir renferme de façon évidente l'idée que la jurisprudence des juridictions nationales se doit de refléter l'évolution de la jurisprudence européenne. Selon le raisonnement de Lord Bingham, les cours nationales ne peuvent adopter une interprétation des droits de la Convention plus généreuse. La Cour de Strasbourg est la seule à pouvoir en livrer une interprétation correcte²³, et ce afin d'assurer une définition uniforme dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. L'arrêt *Ullah* vient préciser la jurisprudence antérieure. La Chambre des Lords a clarifié son propre rôle dans l'interprétation des droits de la Convention²⁴, en se référant à la section 6 du *Human Rights Act*, selon laquelle les autorités publiques ont le devoir de s'abstenir d'agir de façon incompatible avec la Convention. Ce devoir est formulé ainsi : « *The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time : no more, but certainly no less* ». Eirik Bjorge interprète le « *certainement pas moins* » comme une injonction aux juridictions nationales de suivre l'évolution de l'interprétation des droits de la Convention par Strasbourg, et le « *pas plus* » comme une interdiction d'aller plus loin.

La manière dont les cours nationales interprètent la jurisprudence de la Cour a souvent été critiquée. Pourtant, l'approche qui a été adoptée par la Chambre des Lords dans les premières affaires relatives au *Human Rights Act* continue de prévaloir. Sir Philip Sales, juge à la Cour d'appel, a pris la défense du principe du miroir en réponse aux attaques de Lord Irvine²⁵, qui seront discutées un peu plus loin. Malgré le fait que le Parlement ait sciemment opté pour les mots « *doit prendre en compte* », il estime qu'il existe une forte présomption pour que les cours nationales agissent comme si elles étaient liées par la jurisprudence de Strasbourg²⁶.

Plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur de l'interprétation en miroir. Sir Philip considère que cette méthodologie d'interprétation est favorable aux valeurs du « *règne du droit* » ou « *d'état de droit* » (« *the Rule of Law* »²⁷). Premièrement, le principe assure

²³ Ibid n°22 (p. 506).

²⁴ E. Bjorge, « National supreme courts and the development of ECHR rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p.5 à 31 (p.14).

²⁵ P. Sales, « Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act : A Response to Lord Irvine », *Public Law*, 2012, p. 253 à 267.

²⁶ Ibid n°25 (p.256).

²⁷ Pour une définition du « *rule of law* », voir A. Antoine, *Droit constitutionnel britannique*, Lextenso éditions, 2016, 200 pages : il considère que la traduction qui correspond le mieux au principe est « *règne du droit* » mais que cette expression est trop évasive, et que la notion d'« *Etat de droit* » serait excessive dans le cadre du droit

davantage de sécurité juridique. En effet, si les cours pouvaient s'éloigner de la jurisprudence de la Cour européenne sans bonne raison, le droit relatif au *Human Rights Act* et, plus généralement, à tous les statuts législatifs serait moins prévisible. Les citoyens et les autorités publiques auraient plus de difficultés quant à savoir à quelle jurisprudence se référer et ce qui est légal ou non²⁸. Merris Amos souligne que la plupart des droits de l'homme ont peu de signification sans le soutien de la jurisprudence de la Cour, et que c'est d'ailleurs l'adoption du *Human Rights Act* qui a donné une force juridique à ces droits. Deuxièmement, une différence d'interprétation entre les juridictions britanniques et Strasbourg pourrait entraîner une perte de confiance de la part des citoyens envers les cours et la protection des droits de l'homme plus généralement. Sir Philip Sales évoque la possibilité que cela nuise à la réputation de la Cour Suprême aux yeux des autres Etats européens et des institutions européennes. Le système de la Convention lui-même en serait affecté, comme il pourrait être affecté du refus de certains Etats d'exécuter les jugements de la Cour. Troisièmement, les droits de l'homme sont des droits contestables, tout le monde n'en a pas la même définition ou n'y attache pas la même importance²⁹. Il est donc essentiel d'avoir une autorité supranationale qui délivre des jugements pour tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. Sales argumente ce point en démontrant que, puisque les droits contenus dans le *Human Rights Act* sont tirés de la Convention, il est logique que la Cour soit l'autorité déterminante dans l'interprétation de ces droits. Enfin, le nombre de requêtes déposées devant la Cour pourrait augmenter si les juridictions nationales interprétaient les droits de la Convention de manière plus restrictive. Or, le *Human Rights Act* a précisément été adopté dans le but de permettre aux individus de porter leurs allégations de violation des droits de l'homme directement devant les juridictions internes et de réduire le nombre de requêtes présentées à la Cour. Sir Nicolas Bratza avance également que le principe de *Ullah* a l'avantage d'éviter que l'affaire ne soit portée devant Strasbourg et que cela n'aboutisse en un prononcé de violation³⁰.

Le principe de Common law de « *judicial comity* » ou, appliqué à la jurisprudence européenne, le principe du miroir, a permis de développer un droit positif protecteur des droits

britannique. Le concept de « *rule of Law* » a été élaboré « à partir de la conviction que le Parlement était le protecteur des membres de la communauté humaine devant l'Exécutif ». Antoine cite la définition de A. V. Dicey, fondée sur trois « piliers » : la légalité pour contrer le pouvoir arbitraire ; l'égalité devant la loi ; et l'informalité du principe, défini par le juge selon la tradition du Common law.

²⁸ M. Amos, « The Principle of Comity and the Relationship between British Courts and the European Court of Human Rights », *Yearbook of European Law*, 2009, p. 503 à 530 (p. 518).

²⁹ Voir notamment A. Young, « Is dialogue working under the Human Rights Act », *Public Law*, 2011, p.773 à 800, pour une définition des droits contestables et des droits non-contestables.

³⁰ N. Bratza, « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 505 à 512.

de l'homme. La branche judiciaire a parfois pu justifier des prises de position qu'elle n'aurait pas osé prendre sans l'appui de Strasbourg³¹. Merris Amos cite *Ullah* en exemple. En effet, grâce au principe du miroir, Lord Bingham a pu soutenir le fait que le renvoi d'un individu vers un pays tiers dans lequel il pourrait subir des persécutions en raison de ses croyances religieuses puisse entraîner une violation de l'article 9 de la Convention, étendant ainsi son champ d'application (jusqu'ici, seul le risque d'une violation de l'article 3 pouvait empêcher l'expulsion).

b. La création d'un dialogue par la mise en œuvre du principe du miroir

Le principe du miroir a parfois été résumé à l'extrême par les juges, notamment par Lord Rodger dans *Secretary of State for the Home Department v AF (N°3)*³²: « *Argentorum Locutum, iudicium finitum – Strasbourg a parlé, l'affaire est close* ». Cette formulation laisse peu de place au dialogue puisqu'elle suggère que les cours n'ont d'autre choix que d'appliquer la jurisprudence européenne.

Pourtant, plusieurs jugements de la Cour ont donné lieu à un « *dialogue continu* » avec les plus hautes juridictions britanniques sans pour autant remettre en cause *Ullah*³³, notamment dans le cadre du contentieux relatif à l'article 8 de la Convention et au droit au logement.

En 2006, la Chambre des Lords a rendu l'arrêt *Kay v Lambeth*³⁴. Les appelants étaient des gens du voyage de nationalité irlandaise qui occupaient des logements appartenant à une autorité locale, Lambeth (un quartier londonien). En 1999, Lambeth avisa les locataires de la cessation des baux et entama des procédures pour récupérer les lieux. Les occupants attaquèrent l'autorité en justice au motif qu'il s'agissait d'une violation de l'article 8 et du droit à la vie privée et au logement. En 2003, les Lords avaient déjà considéré dans un arrêt *Qazi* qu'en vertu de l'article 8(2) de la Convention, l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée était automatiquement justifiée lorsque celle-ci avait un droit de propriété absolu défini par la loi³⁵. La même année, la Cour européenne des droits de l'homme

³¹ Ibid n°28.

³² *Secretary of State for the Home Department v AF (N°3)* [2009] UKHL 28.

³³ R. Clayton, « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case-law, *Public Law*, octobre 2012, p. 639 à 657 ; voir aussi S. Nield, « Article 8 again- the continuing dialogue ! », *Conveyancer and Property Lawyer*, 2010, p. 498 à 506.

³⁴ *Kay and Others and Another v London Borough of Lambeth and Others ; Price v Leeds County Council* [2006] UKHL 10.

³⁵ *London Borough of Harrow v. Qazi* [2003] UKHL 43.

rendait l'arrêt *Connors contre Royaume-Uni*³⁶, dans lequel elle concluait à une violation de l'article 8 pour l'expulsion d'une famille qui avait installé sa caravane sur un site appartenant à une autorité locale. La Cour estimait que les cours nationales avaient le devoir d'évaluer la proportionnalité de l'ingérence. Pourtant dans *Kay v Lambeth*, la majorité des Lords a préféré suivre la solution de *Qazi*, à l'inverse de la minorité qui aurait préféré suivre la jurisprudence strasbourgeoise. Lord Hope a déclaré qu'une défense qui ne se basait que sur les circonstances personnelles de l'occupant ne pouvait être prise en compte³⁷. Selon lui, le jugement de la Chambre des Lords était conforme à la jurisprudence européenne dans la mesure où les circonstances de l'arrêt *Connor contre Royaume-Uni* ne s'appliquaient pas en l'espèce. *Kay* a été confirmé par un autre jugement de la Chambre des Lords, *Doherty v. Birmingham City Council*³⁸ en 2008, dans lequel Lord Hope a clarifié la jurisprudence britannique à la lumière de *McCann contre Royaume-Uni*³⁹. Dans *McCann*, la Cour avait également constaté une violation de l'article 8 et réaffirmé la perte de logement comme l'une des plus graves ingérences dans l'exercice du droit au respect pour un logement.

Les requérants dans *Kay v Lambeth* ont déposé une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui a condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 8 dans un jugement du 21 septembre 2001. La décision dans *Kay contre Royaume-Uni*⁴⁰ n'est pas surprenante. Celle-ci vient confirmer *Connors* et *McCann*, choisissant de suivre l'opinion minoritaire dans *Kay v Lambeth*. Pour résumer, les cours britanniques ont l'obligation d'établir un test de proportionnalité afin de juger si l'ingérence dans l'exercice du droit au logement de l'article 8 était justifiée ou non, là où l'autorité locale a un droit absolu de propriété. Cependant, bien que la Cour adopte une interprétation très large de ce que signifie un « logement » sous l'article 8, elle considère que la prise en compte des circonstances particulières de l'occupant ne peuvent aboutir qu'exceptionnellement à un prononcé de violation.

L'arrêt *Kay v Lambeth* a abordé la question de l'équilibre entre les exigences de la règle du précédent et l'autorité de la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹. La règle du précédent est un principe de Common law selon lequel les cours sont liées par les principes établis par les juridictions supérieures. Le dilemme auquel sont confrontés les juges nationaux

³⁶ Cour EDH, *Connors c. Royaume-Uni*, 27 mai 2004, requête n°66746/01.

³⁷ *Kay v Lambeth*, [110].

³⁸ *Doherty and Others v Birmingham City Council*, [2008] UKHL 57.

³⁹ Cour EDH, *McCann c. Royaume-Uni*, 13 mai 2008, requête n°19009/04.

⁴⁰ Cour EDH, *Kay c. Royaume-Uni*, 21 septembre 2010, requête n°37341/06.

⁴¹ R. English, « Kay », *Human Rights & Public Law Update – 1 Crown Office Row*, avril 2006, http://www.1cor.com/1315/?form_1155.replyids=942, dernière consultation le 7 juillet 2017.

est évoqué par Lord Bingham au paragraphe 40 du jugement. Celui-ci confirme la prévalence de la jurisprudence des plus hautes juridictions britanniques sur les jugements contradictoires de Strasbourg⁴² : « *It is by the decisions of national courts that the domestic standard must be initially set, and to those decisions the ordinary rules of precedent should apply* ». Par conséquent, tant que la Cour Suprême (auparavant la Chambre des Lords) n'a pas modifié la jurisprudence conflictuelle, les principes définis au niveau national s'appliquent aux cours inférieures. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas souhaité se prononcer sur la question dans *Kay c. Royaume-Uni*, estimant certainement qu'il s'agissait là d'un point fondamental de droit à trancher par les juridictions britanniques. Néanmoins, le refus des cours internes de suivre la jurisprudence de la Cour au motif qu'il existe un précédent national présente des risques puisque les juges ouvrent la voie à un appel devant la Cour de Strasbourg. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé dans l'affaire *Kay*. La Cour européenne n'a pas suivi le précédent britannique, et a condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 8⁴³. La discussion vis-à-vis de la question du précédent est intéressante en ce qu'elle semble dégager une nouvelle exception à l'approche traditionnelle du miroir⁴⁴.

Le dialogue des juges dans le cadre de l'article 8 et du droit au logement est généralement qualifié de dialogue productif par la doctrine. Jonathan Lewis a parlé de « dialogue moderne », dans lequel les juges ont défini leur relation avec la Cour de Strasbourg. Selon lui, la résistance des cours face à la jurisprudence européenne était contraire au principe du miroir⁴⁵. C'était toutefois sans compter sur le revirement de jurisprudence opéré par la Cour Suprême dans *Manchester City Council v Pinnock*⁴⁶. La plus haute juridiction britannique a justifié son changement de position par le caractère constant et non ambigu de l'approche de la Cour européenne dans *Kay c. Royaume-Uni*. Le jugement reprend en substance le raisonnement de Strasbourg et de la minorité dans *Kay v Lambeth*, en reconnaissant une obligation pour les cours d'évaluer la proportionnalité de l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au logement. Lord Bingham, en affirmant la prévalence de la règle du précédent, est revenu sur la rigidité du principe du miroir tel qu'établi par *Ullah*. Il a notamment reconnu l'existence

⁴² R. English, « Eviction of council of tenants was breach of human rights », *UK Human Rights Blog*, 23 septembre 2010, <https://ukhumanrightsblog.com/2010/09/23/strasbourg-finds-limited-violation-of-article-8-in-possession-proceedings-case/#more-4247>, dernière consultation le 7 juillet 2017.

⁴³ S. Foster, « To follow the Supreme court or Strasbourg ? Judicial precedent and the Human Rights Act 1998 », *Coventry Law Journal*, 2010, p. 33 à 39.

⁴⁴ F. Klug, H. Wildbore, « Follow or lead ? The Human Rights Act and the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2010, p. 621 à 630.

⁴⁵ J. Lewis, « The European Ceiling on Human Rights », *Public Law*, 2007, p. 520 à 547.

⁴⁶ *Manchester City Council v Pinnock* [2010] UKSC 45.

d'occasions isolées pour lesquelles les cours pourraient décider de ne pas suivre la jurisprudence de Strasbourg⁴⁷. Dans *Pinnock*, Lord Neuberger précise que la Cour Suprême n'a pas d'obligation à appliquer les jugements européens si cela implique des difficultés d'ordre pratique ou bien si cela semble inopportun. La référence à *Horncastle* signale également que, lorsque la Cour de Strasbourg a mal évalué un aspect fondamental du droit anglais, les cours nationales peuvent se détacher de son autorité (Lord Phillips avait dans cet arrêt décidé que la Cour Suprême ne devrait pas suivre une décision de Strasbourg car il estimait que celle-ci avait mal compris le droit britannique relatif à l'admissibilité des preuves par ouï-dire). La nouvelle approche des cours vis-à-vis de la section 2 du *Human Rights Act* est formulée ainsi :

« (...) *Section 2 of the 1998 Act requires our courts to 'take into account' European decisions, not necessarily to follow them. Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this court not to follow that line* »⁴⁸.

Le raisonnement vient clarifier *Alconbury* à la lumière de *Horncastle*, et la position adoptée par Lord Slynn qui exigeait de suivre la jurisprudence claire et constante de la Cour en l'absence de circonstances spéciales. La Cour Suprême affirme sa volonté de pouvoir nouer un dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁹. En citant *Horncastle*, Lord Neuberger évoque la possibilité pour les cours nationales de se détacher de la jurisprudence strasbourgeoise dans la mesure où cela favoriserait le dialogue. Cependant, ce n'est pas l'approche que la Cour Suprême a souhaité adopter dans cet arrêt. En effet, *Pinnock* vient modifier la jurisprudence britannique afin de la rendre compatible avec celle de Strasbourg. Il faut relever que dans *Horncastle*, seule une décision de Chambre avait été rendue et la Cour Suprême s'était exprimée alors que le Gouvernement avait fait appel devant la Grande Chambre. Par conséquent, la jurisprudence strasbourgeoise pouvait être considérée comme insuffisamment claire et constante, justifiant ainsi la réticence de la Cour Suprême à modifier ses principes antérieurs⁵⁰. Dans *Pinnock*, les juges avaient face à eux toute une série d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui avaient tous condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 8 dans des affaires similaires. Ils pouvaient donc difficilement maintenir leur position plus longtemps.

⁴⁷ *Kay v Lambeth* [28].

⁴⁸ *Manchester City Council v Pinnock* [48].

⁴⁹ P. Sales, « Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act : A Response to Lord Irvine », *Public Law*, 2012, p. 253 à 267.

⁵⁰ S. Foster, « To follow the Supreme court or Strasbourg ? Judicial precedent and the Human Rights Act 1998 », *Coventry Law Journal*, 2010, p. 33 à 39.

Le principe de l'interprétation en miroir est laissé intact par la série d'arrêts relatifs au droit au logement. Lord Bingham et Lord Neuberger (respectivement dans *Kay* et *Pinnock*) ont cependant assoupli l'approche traditionnelle et précisé dans quelles circonstances les cours peuvent s'en détacher. On peut parler de dialogue dans le sens où les deux niveaux de juridictions ont échangé sur leurs propres visions des exigences de l'article 8 de la Convention et du respect du droit au logement. On peut par ailleurs qualifier cet échange de constructif dans la mesure où la Cour Suprême a finalement accepté de renverser son précédent, une fois qu'elle a estimé que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg avait ôté toute ambiguïté. Cependant, l'arrêt *Pinnock* ne laisse en rien présager que les juridictions britanniques puissent aller au-delà du niveau de protection des droits accordé par Strasbourg⁵¹.

2. La rigidité de l'approche du miroir

En marge des critiques adressées à l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme et du débat pour une *British Bill of Rights*, la prééminence de l'approche du miroir a tendance à s'éroder (a). Alors que les attaques sont principalement ciblées sur la question de la souveraineté des cours vis-à-vis de Strasbourg, l'argument selon lequel le principe empêche les juges nationaux d'aller plus loin dans la protection des droits de l'homme que la jurisprudence européenne devrait davantage être mis en exergue (b).

a. L'érosion du principe du miroir

Le principe du miroir est interprété avec davantage de flexibilité que lors de sa création, mais il reste un principe juridiquement contraignant pour les cours nationales. Au sein de la Cour Suprême, certains juges le perçoivent comme limitant de manière trop stricte l'évolution de la jurisprudence nationale⁵². Lord Irvine, juge à la Cour Suprême et l'un des fondateurs du *Human Rights Act*, est certainement le plus virulent de ses détracteurs. Dans son article « A British interpretation of Convention rights »⁵³, il se livre à une interprétation personnelle de la

⁵¹ K. Coombes, F. Roughley, « Thematic analysis : human rights », *Cambridge Student Law Review*, 2011, p. 26 à 32.

⁵² R. Masterman, « The Mirror Crack'd », *UK Constitutional Law Blog*, 13 février 2013, <https://ukconstitutionallaw.org/2013/02/13/roger-masterman-the-mirror-crackd/>, dernière consultation le 5 juillet 2017.

⁵³ Lord Irvine of Lairg, « A British interpretation of Convention rights », *Public Law*, avril 2012, p.237 à 252.

section 2 du *Human Rights Act*. Il considère que « *prendre en compte* » ne peut en aucun cas être interprété comme « *suivre* », « *donner effet à* » ou « *être lié* ». En ce sens, il s'appuie principalement sur l'intention du Parlement lors de la rédaction du *Human Rights Act*. Dans le Livre blanc publié par le Gouvernement travailliste en 1997, *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*⁵⁴, la loi est décrite comme devant permettre aux juges nationaux de contribuer de manière « *distinctive* » au développement de la jurisprudence des droits de l'homme en Europe. Les débats parlementaires soutiennent le même objectif, Lord Irvine⁵⁵ et le secrétaire à l'intérieur de l'époque Jack Straw⁵⁶ ayant repris les mêmes termes que ceux du Livre blanc. Les Conservateurs avaient d'ailleurs proposé de remplacer « *prendre en compte* » par « *être lié* », mais Lord Irvine avait rejeté cet amendement⁵⁷. Lord Bingham a lui-même dit lors des débats parlementaires au sujet du *Human Rights Act*, je cite : « *British judges have a significant contribution to make in the development of the law of human rights. It is a contribution which so far we have not been permitted to make* »⁵⁸. Il est vrai que cette déclaration apparaît à l'opposé du principe de *Ullah*, qui somme les juges de ne pas interpréter la Convention de façon plus généreuse que la Cour elle-même (et donc de ne pas apporter leur contribution au développement des droits de l'homme). Lord Irvine renvoie dans son article à l'opinion de Lord Brown dans *R. (on the application of Al-Skeini) v Secretary of State for Defence*⁵⁹. Ce dernier constate qu'appliquer le principe du miroir reviendrait à permettre aux Etats membres d'adopter des lois plus favorables aux citoyens en termes de protection des droits alors que les cours ne peuvent interpréter la Convention de façon plus généreuse. Et ceci dans le but d'assurer une définition uniforme des droits de la Convention dans les Etats membres. Selon lui, la formule dégagée dans *Ullah* par Lord Bingham pourrait être renversée de la manière suivante : « *pas moins, mais certainement pas plus* » (« *no less, but certainly no more* »). Il interprète le principe du miroir comme suggérant une forme d'auto-restriction de la part des cours dans leur interprétation de la Convention, ce qui peut sembler antagoniste avec un développement de la protection des droits de l'homme dans lequel les juridictions nationales auraient un rôle à jouer – et qui était l'un des objectifs du *Human Rights Act*. Alors que Lord Irvine affirme que la section 2 autorise les cours à adopter une solution contraire à celle de Strasbourg, Lady Hale a une opinion plus nuancée. Les cours ont interprété le *Human Rights Act* de manière

⁵⁴ Lire blanc du parti travailliste, *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*, 1997 (1.14).

⁵⁵ *Hansard* H.L. Deb. Vol. 582, col. 1230, 3 novembre 1997.

⁵⁶ *Hansard* H.C. Deb. Vol. 313, cols.421-422, 3 juin 1998.

⁵⁷ R. Clayton, « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case-law », *Public Law*, 2012, p. 498 à 506.

⁵⁸ *Hansard*, HL Vol.582, col. 1245, 3 novembre 1997.

⁵⁹ *R. (on the application of Al-Skeini) v Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26.

téléologique, en prenant en compte ses objectifs : ramener la protection des droits au niveau interne (« *bring rights home* ») et permettre aux citoyens de porter leurs allégations de violation des droits de l'homme directement devant les juridictions britanniques. Ainsi, elle pense que lorsqu'il existe une jurisprudence claire et constante indiquant que le requérant a des chances de l'emporter devant Strasbourg, les cours nationales doivent respecter cette jurisprudence. Mais cela ne signifie pas qu'il faille suivre toutes les décisions de la Cour⁶⁰.

Le fait de se conformer aux jugements de la Cour européenne de manière absolue implique une position de déférence qui n'est pas nécessairement bénéfique. En effet, comme le souligne le juge Bratza, cela peut affecter le dialogue qui a lieu entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹. Il est essentiel que, lorsque la Grande Chambre a clairement établi un principe, les juridictions le respectent et l'appliquent. Mais il faut également que ces dernières se sentent libres de critiquer cette jurisprudence, lorsque les principes énoncés ne sont pas assez clairs ou manquent de consistance. Se référant à l'arrêt de la Chambre des Lords *Horncastle*, dans lequel Lord Philip a rejeté l'application de l'arrêt de la Chambre de la Cour *Al-Khawaja et Tahery contre Royaume-Uni*, Sir Nicolas Bratza reconnaît même aux juridictions la possibilité de refuser l'application des principes dégagés par la Cour lorsque des aspects particuliers du droit interne ne sont pas suffisamment pris en compte. L'argument est également repris par Lord Irvine, soulignant la nécessité d'une approche à la fois critique et respectueuse de la jurisprudence de la Cour. Cependant, au lieu de défendre une meilleure protection des droits de l'homme, il axe son raisonnement sur l'importance d'autonomiser les cours britanniques vis-à-vis de Strasbourg, et de leur rendre leur « *prestige et crédibilité institutionnels* » au niveau national. L'article a été rédigé la veille de la publication du jugement de la Grande Chambre *Al-Khawaja et Tahery*, dans lequel la Cour a répondu à *Horncastle* au sujet de l'admissibilité des preuves par ouï-dire lors d'un procès. Le dialogue s'est finalement révélé efficace, la Cour prenant en compte les arguments présentés par la Chambre des Lords. Lord Irvine évoque tout de même l'éventualité d'un refus d'exécuter la décision de la Grande chambre dans le cas d'une solution contraire à celle des juges britanniques.

Le juge soutient que le Parlement a admis de manière implicite dans le choix des mots « *prendre en compte* » la possibilité pour les cours nationales d'aboutir à une solution pouvant

⁶⁰ B. Hale, « *Argentorum Locutum : Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme ?* », *Human Rights Law Review*, 2012, p. 65 à 78 (p. 70).

⁶¹ N. Bratza, « *The relationship between the UK courts and Strasbourg* », *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 505 à 512.

résulter en une violation des obligations internationales du Royaume-Uni en vertu de l'article 46 de la Convention. Or, comme il a été dit dans l'introduction, cet article oblige les Etats contractants à exécuter les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. En revanche, il n'y a aucune obligation formelle pour les juridictions nationales d'appliquer et d'interpréter la Convention de manière compatible avec la jurisprudence strasbourgeoise. Ainsi, l'argument selon lequel le refus des cours de suivre la jurisprudence de Strasbourg pourrait jouer comme un mauvais exemple pour certains Etats ne doit pas, selon lui, entrer en ligne de compte lors de l'interprétation de la section 2(1) du *Human Rights Act*. Pourtant, ainsi que le souligne Richard Clayton, cette attitude pose problème lorsque la jurisprudence en question est constante. Il renvoie au principe de droit anglais de « *judicial comity* » et à celui de l'État de droit, développés notamment par Merris Amos et Sir Philip, qui pourraient en être affectés. La position de Lord Irvine d'encourager les cours nationales à respecter moins souvent les jugements de la Cour semble en contradiction avec la raison pour laquelle le *Human Rights Act* a été adopté, puisque les divergences de solutions entre les deux niveaux de juridictions n'en seraient que plus nombreuses⁶².

Lord Irvine fait partie d'une minorité de juges qui préféreraient s'affranchir de l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme. Sa position est plutôt controversée au sein du pouvoir judiciaire, mais elle soulève des questions quant à la pertinence de la métaphore du dialogue. L'interprétation de la section 2 du *Human Rights Act* peut certes aboutir à une forme de dialogue. Pourtant, la Cour Suprême se contente souvent de réceptionner les jugements de Strasbourg sans relever leurs incohérences ou leur inadaptation au droit national. Merris Amos écrit qu'il ne s'agit pas d'un dialogue dans sa forme la plus « puissante », c'est-à-dire sous la forme d'une délibération. Selon la définition de Tremblay rapportée par Amos, le dialogue interinstitutionnel en tant que délibération (ici, entre des cours nationales et une cour supranationale) a pour but de prendre des décisions en commun et d'arriver à la meilleure solution. Or, cela ne peut aboutir que si les deux participants au dialogue sont sur un même pied d'égalité et que l'un n'a pas de position d'autorité vis-à-vis de l'autre. Il y a, de plus, l'idée d'un véritable échange entre les deux parties, chacune essayant d'intégrer l'opinion de l'autre à son propre point de vue, afin de parvenir à un résultat qui reflète le libre accord ou désaccord des participants⁶³. Le principe du miroir ne semble pas s'inscrire dans cette notion de dialogue

⁶² R. Clayton, « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case-law », *Public Law*, 2012, p. 498 à 506.

⁶³ M. Amos, « The dialogue between United Kingdom courts and the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 557 à 584.

délibératif, puisqu'il suggère une position de déférence de la part des juridictions britanniques à l'égard de Strasbourg. En effet, une application stricte de ce principe ne permet pas aux cours nationales de faire valoir leur point de vue et d'avoir une influence sur le développement du droit européen.

Le manque d'exploitation du dialogue par les cours a des répercussions au niveau politique. Roger Masterman établit une corrélation entre la rigidité d'*Ullah* et l'impopularité grandissante de l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme au Royaume-Uni⁶⁴. En effet, ce qui est au cœur des critiques, c'est la perception que les cours se font « dicter » la façon dont les droits de l'homme doivent être protégés en interne. Ainsi, le principe de Lord Bingham fait lui aussi les frais de considérations souverainistes, les mêmes qui rendent l'avenir de la Convention européenne des droits de l'homme incertain. Davantage de dialogue entre les cours nationales et Strasbourg permettrait peut-être une meilleure réception de l'autorité de cette dernière. Mais il est aussi primordial d'assouplir le principe du miroir, de manière à ne pas empêcher les cours d'aller plus loin dans la protection des droits de l'homme dans les domaines où la Cour ne s'est pas encore prononcée.

b. La nécessité d'aller plus loin que le principe du miroir comme moyen d'instaurer un dialogue efficace

Selon l'approche stricte de la section 2 du *Human Rights Act*, les cours nationales ne peuvent pas adopter une interprétation des droits de la Convention plus généreuse que celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Une interprétation plus généreuse impliquerait que les juridictions britanniques puissent offrir une protection des droits plus importante que celle de Strasbourg⁶⁵. Les droits transposés par le *Human Rights Act* seraient « un plancher », « a floor of rights »⁶⁶, plutôt qu'un « plafond » (« a ceiling »). L'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme dit « [qu'] aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ». Cet article est lu comme établissant un seuil minimal de protection des droits fondamentaux. Le « no more » établi par Lord Bingham suggère l'idée

⁶⁴ R. Masterman, « The Mirror Crack'd », *UK Constitutional Law Blog*, <https://ukconstitutionallaw.org/2013/02/13/roger-masterman-the-mirror-crackd/>, 13 février 2013, dernière consultation le 5 juillet 2017.

⁶⁵ J. Lewis, « The European Ceiling on Human Rights », *Public Law*, 2007, p. 520 à 547.

⁶⁶ *Hansard* H.L. Deb., vol.583, col. 510, 18 novembre 1998.

que la Convention garantit un niveau de protection maximal, un « *plafond* »⁶⁷, réduisant ainsi la capacité des cours à entrer dans un dialogue productif avec la Cour européenne des droits de l'homme. L'objectif d'une interprétation déférente de la part des cours est de faire en sorte que les droits de la Convention aient la même signification dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. Il est vrai qu'une approche plus restrictive de ces droits, qui réduirait le niveau de protection accordé aux individus, affaiblirait le système de la Convention. Cependant, une lecture plus généreuse des droits pourrait difficilement affecter l'efficacité de ce système⁶⁸.

Il semblerait que l'obligation de ne pas aller au-delà de la protection assurée par Strasbourg ne s'applique que pour les domaines dans lesquels la jurisprudence de la Cour est suffisamment claire et constante⁶⁹. En dehors de ces domaines, les cours nationales sont libres de décider pour elles-mêmes⁷⁰. C'est cette attitude même qui permet un dialogue constructif, permettant de développer la protection des droits de l'homme en Europe. Merris Amos rappelle que le principe de comité n'est pas absolu, et qu'il y a des exceptions pour lesquelles les juridictions peuvent adopter une interprétation plus généreuse de la Convention⁷¹.

Il existe des domaines dans lesquels la Cour de Strasbourg n'a jamais pris de décision et a peu de chance de le faire un jour. Dans ces cas-là, les cours nationales ont parfois décidé de dépasser la protection offerte par la Cour, et de mettre en place une jurisprudence davantage favorable aux minorités. Par exemple, l'arrêt de la Chambre des Lords *Limbuela*⁷² concernait trois appels qui avaient été regroupés en raison de leurs faits similaires. Il s'agissait de trois individus dont la demande d'asile avait été rejetée par le Secrétaire d'Etat britannique car elle n'avait pas été formulée dans des délais raisonnables après leur arrivée au Royaume-Uni. Le Gouvernement avait refusé d'apporter un soutien matériel aux requérants, dépourvus de logement et de toute autre forme d'assistance. La question était de savoir si le traitement dont ils avaient fait l'objet atteignait un degré de sévérité suffisant pour le faire tomber sous la définition de « traitement inhumain et dégradant » de l'article 3 de la Convention. La Chambre des Lords a conclu dans cet arrêt à une violation de l'article 3 découlant du refus de l'autorité étatique de fournir les biens et services les plus essentiels (logement, nourriture, etc.). Dans ce jugement, la Chambre des Lords s'est aventurée dans un domaine dans lequel la Cour n'avait

⁶⁷ LJ Arden, « Peaceful or Problematic ? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe », *Yearbook of European Law*, Volume 29, janvier 2010, p. 3 à 20.

⁶⁸ M. Amos, *Human Rights Law*, Hart Publishing, 2nd éd., 2014, 688 pages.

⁶⁹ Voir par exemple Lord Slynn dans *Alconbury* [26], ou Lord Neuberger dans *Pinnock* [48].

⁷⁰ Lord Irvine of Lairg, « A British interpretation of Convention rights », *Public Law*, 2012, p. 237 à 252.

⁷¹ M. Amos, « The Principle of Comity and the Relationship between British Courts and the European Court of Human Rights », *Yearbook of European Law*, 2009, p. 503 à 530 (p.507).

⁷² *R (Limbuela) v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 66.

encore pris aucune décision. Les juges britanniques, en optant pour une solution en faveur des défendeurs, ont élargi la portée de l'article 3 au-delà de la jurisprudence de Strasbourg⁷³, allant même jusqu'à créer une catégorie de droits socio-économiques qui n'existent pas au sein de la Convention⁷⁴ (notamment le droit à ne pas être réduit à un état de pauvreté par l'action délibérée de l'Etat et à bénéficier d'une assistance, ou bien de se voir attribuer le droit de travailler).

Dans *EM (Lebanon)*⁷⁵, la Chambre des Lords a été appelée à se prononcer sur le cas de l'expulsion d'une mère qui s'était réfugiée au Royaume-Uni après son divorce afin d'échapper à la loi de la Charia au Liban. Si la mère et son fils étaient renvoyés dans leur pays d'origine, le père récupérerait la garde de l'enfant, alors qu'il n'avait jamais eu aucun contact avec lui. Les juges ont donc conclu à un risque flagrant de violation de l'article 8 de la Convention, qui garantit le respect du droit à une vie de famille. La Cour européenne des droits de l'homme avait jusqu'alors seulement reconnu la possibilité d'une violation de la Convention dans le cas de renvois d'individus vers des pays où ils pourraient subir des tortures (par exemple dans *Soering contre Royaume-Uni* ou *Chahal contre Royaume-Uni*⁷⁶).

Les juridictions nationales sont particulièrement libres de décider d'elles-mêmes dans les domaines où elles disposent d'une marge d'appréciation. Tom Lewis définit la marge d'appréciation comme une doctrine de droit international de création prétorienne, qui implique de la part de la Cour une retenue dans son interprétation des droits. L'objectif est le suivant : « *To allow a degree of latitude to states as to how they protect the individual rights set out in the Convention. The margin has been held to be especially important in areas where there is said to be an absence of consensus or common practice across Europe* »⁷⁷.

Les Etats se voient donc accorder plus de latitude dans leur interprétation des droits de la Convention lorsqu'il n'existe pas de consensus ou de pratique commune parmi les autres Etats européens.

En exploitant cette marge d'appréciation, les cours ont pu étendre l'interprétation des droits garantis par la Convention sans remettre en question le principe du miroir dégagé par Lord

⁷³ E. Bjorge, « National supreme courts and the development of ECHR rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 5 à 31 (p. 19).

⁷⁴ B. Hale, « Argentoratium Locutum : Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme ? », *Human Rights Law Review*, 2012, p. 65 à 78 (p.72).

⁷⁵ *EM (Lebanon) v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 64.

⁷⁶ Cour EDH *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n°14038/88 ; Cour EDH, Grande Chambre, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, requête n°22414/93.

⁷⁷ T. Lewis, « What not to wear : religious right, the European Court, and the margin of appreciation », *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 395 à 414.

Bingham dans *Ullah*. Dans le jugement de la Chambre des Lords *In re P*⁷⁸, aussi nommé *In re G* par la doctrine, les appelants étaient un couple de sexe opposé, non-marié, qui vivaient en Irlande du Nord. La femme avait une fille de dix ans, que le couple avait élevée ensemble et que l'homme souhaitait adopter. Mais la législation irlandaise interdisait de manière générale à tous les couples non-mariés d'adopter. Les juges ont estimé que cette interdiction était une violation de l'article 14 de la Convention associé à l'article 8 car elle se basait uniquement sur le statut marital des appelants. Cet arrêt est une exception supplémentaire à la règle établie dans *Ullah*. La Chambre des Lords s'est mis d'accord sur le fait qu'il n'existait pas de jugement définitif de la part de la Cour en ce qui concerne la question de savoir si le fait d'empêcher les couples non-mariés d'adopter représentait une discrimination injustifiée aux fins de l'article 14. Dans son jugement, Lord Hoffman évoque la possibilité pour les juges d'aller plus loin que Strasbourg dans leur interprétation de la compatibilité de la loi nationale avec les articles 8 et 14⁷⁹. Cependant, il ne remet pas totalement en cause le principe du miroir. En effet, il rappelle le raisonnement de Lord Bingham, et précise que celui-ci ne s'applique pas en l'espèce car la question de droit dans *Ullah* ne portait pas sur un domaine dans lequel le Royaume-Uni avait une marge d'appréciation. Lorsque la marge d'appréciation de l'Etat entre en jeu, il revient à l'Etat en question d'interpréter les articles de la Convention et de décider de la séparation des pouvoirs entre les cours et le Parlement. Ainsi, la Chambre des Lords est libre de déterminer ce qui entre dans le champ de définition du concept de discrimination basée sur le statut marital⁸⁰. Lord Hope rappelle le « *no more, but certainly no less* » de Lord Bingham et insiste sur le fait que ce dernier ne voulait pas dire « *certainly no more* ». Il ajoute : « *The Strasbourg jurisprudence is not to be treated as a straightjacket from which there is no escape* »⁸¹. Il incite les cours à ne pas traiter la jurisprudence de la Cour comme un carcan et à s'en détacher lorsque le sujet en cause entre dans la marge d'appréciation des Etats. Lady Hale estime également que dans ce cas-là, les cours doivent former leur propre jugement⁸². Enfin, Lord Mance remarque que rien dans la Convention européenne des droits de l'homme n'empêche les Etats membres d'adopter une protection des droits plus étendue que celle fournie par le traité lui-même. Il revient donc au législateur de définir les droits de la Convention intégrés dans le droit national, et au cours britanniques de les interpréter⁸³.

⁷⁸ *P (Adoption : Unmarried Couple)* [2008] UKHL 38.

⁷⁹ *Ibid* n°78, [29].

⁸⁰ *Ibid* n°78, [31], [37] et [38].

⁸¹ *Ibid* n°78, [50].

⁸² *Ibid* n°78, [120].

⁸³ *Ibid* n°78, [129] et [130].

Selon Jonathan Herring dans son commentaire de *In Re P*⁸⁴, l'arrêt créerait une forme de traitement différencié entre les citoyens des Etats contractants. En effet, la reconnaissance d'un droit à adopter pour les couples non mariés en vertu de l'article 14 associé à l'article 8 par les juridictions britanniques donne le droit aux citoyens de formuler une requête à l'encontre leur gouvernement en cas de violation de ce droit. Le droit d'adoption pour les couples non mariés ne jouit pas d'un consensus suffisamment important parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe. Dès lors, les gouvernements détiennent une marge d'appréciation qui leur permet de ne pas reconnaître ce droit et prive les citoyens de certains Etats d'une possibilité de recours devant la Cour. L'autre conséquence de la doctrine de la marge d'appréciation est que les cours nationales ont la capacité de reconnaître des droits que la Cour elle-même ne pourrait garantir. Lady Hale a exprimé l'idée que *In re P* illustre cette catégorie d'arrêts établissant un équilibre des droits « *in a very British way* »⁸⁵. Elle explique qu'il était impossible pour Strasbourg de forcer l'Irlande du Nord à autoriser l'adoption pour les couples non-mariés car il n'existait aucun consensus parmi les Etats membres au sujet du statut marital. Son choix de constater une incompatibilité avec la Convention se justifie par la prise en compte du bien-être de l'enfant, qui est un principe fondamental au Royaume-Uni. Lorsque qu'un tel principe est en jeu et que la doctrine de la marge d'appréciation s'applique, la Cour suprême ne peut décliner de juger l'affaire simplement parce que Strasbourg ne s'est pas encore prononcée.

Par ailleurs, Merris Amos a souligné les inconvénients que soulève une adhérence stricte à la jurisprudence de Strasbourg :

« (...) *The British judicial mind has not been sufficiently exercised in relation to difficult Convention rights questions which have a particular British flavour – issues that have not ever been considered by the Strasbourg institutions and are unlikely to be considered*⁸⁶. »

Les cours ont d'autant plus d'intérêt à utiliser leur marge d'appréciation dans les matières politiquement ou socialement sensibles. En optant pour une interprétation plus généreuse des droits de la Convention, les cours britanniques contribuent à la création de principes que la Cour elle-même n'oserait développer. Une telle approche est également soutenue par la doctrine de l'instrument vivant de la Cour. En effet, Strasbourg n'étant pas lié par ses jugements antérieurs, sa jurisprudence évolue afin de refléter les conditions actuelles et l'émergence de consensus au

⁸⁴ J. Herring, « Who decides on human rights ? », *Law Quarterly Review*, 2009, p. 1 à 6.

⁸⁵ B. Hale, « *Argentorum Locutum : Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme ?* », *Human Rights Law Review*, 2012, p. 65 à 78 (p.74).

⁸⁶ M. Amos, « The Principle of Comity and the Relationship between British Courts and the European Court of Human Rights », *Yearbook of European Law*, 2009, p. 503 à 530 (p. 522).

sein des différents droits nationaux⁸⁷. L'absence de contribution de la part des juridictions britanniques à cette évolution peut donc se révéler lourde de conséquences.

La Chambre des Lords, dans *In re P*, élargit la possibilité pour les cours nationales d'ignorer la jurisprudence de Strasbourg afin de donner une interprétation plus généreuse des droits garantis par la Convention. Mais de manière générale, celles-ci restent réticentes à l'idée de s'éloigner des principes mis en place par *Ullah*⁸⁸. Cependant, il semble que les juridictions britanniques adoptent de plus en plus une « approche dynamique » vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour et fassent entorse à la doctrine du « *no more* ». Ainsi, en vient-on à se demander si les circonstances dans lesquelles les juridictions britanniques peuvent se détacher des principes établis par Strasbourg sont toujours aussi spéciales que ce qu'affirmait Lord Slynn⁸⁹. Eirik Bjorge a pris une position intéressante, peu exploitée par la doctrine. Il défend l'idée que l'attitude de déférence des cours nationales ne serait en fait pas ce que Lord Bingham avait en tête lorsqu'il a identifié le principe du miroir dans *Ullah*. Selon lui, l'arrêt lui-même n'aurait pas réussi le test du principe du miroir⁹⁰. En effet, la Chambre des Lords a conclu à la possibilité d'une violation de l'article 9 de la Convention pour l'expulsion d'une personne qui risquerait de subir des persécutions liées à sa religion dans son pays d'origine. Jusqu'ici, la Cour européenne n'avait retenu qu'une violation de l'article 3. La cour anglaise est donc allée plus loin que la jurisprudence de Strasbourg.

Pour conclure, les juridictions britanniques ont jusqu'ici peu remis en question le principe de l'interprétation en miroir. Le risque est que la réticence des cours nationales à l'idée de s'éloigner de la jurisprudence de la Cour ait pour conséquence un appauvrissement de la protection des droits de l'homme au détriment des victimes d'abus de la part des autorités étatiques, et de la société de manière générale⁹¹. Cependant, les juges assument de plus en plus la mise en œuvre d'une « *approche dynamique* » des droits de la Convention⁹².

⁸⁷ M. Amos, *Human Rights Law*, 2014, Hart Publishing, 688 pages.

⁸⁸ S. Foster, « To follow the Supreme Court or Strasbourg ? Judicial precedent and the Human Rights Act 1998 », *Conventry Law Journal*, 2010, p. 33 à 39.

⁸⁹ F. Klug, H. Wildbore, « Follow or lead ? The Human Rights Act and the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2010, p. 621 à 630.

⁹⁰ E. Bjorge, « The courts and the ECHR : a principled approach to the Strasbourg jurisprudence », *Cambridge Law Journal*, 2012, p. 289 à 300.

⁹¹ N. Ferreira, « The Supreme Court in a final push to go beyond Strasbourg », *Public Law*, 2015, p. 367 à 395.

⁹² F. Klug, H. Wildbore, « Follow or lead ? The Human Rights Act and the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2010, p. 621 à 630. Les auteurs distinguent trois approches différentes : l'approche en miroir (« *the mirror approach* »), l'approche dynamique (« *the dynamic approach* »), qui consiste à dépasser la jurisprudence strasbourgeoise, et l'approche locale (« *the municipal approach* »), qui permet aux cours d'agir comme si elles n'étaient pas liées par les jugements de Strasbourg.

Le *Human Rights Act* a été élaboré afin de transposer les droits de la Convention dans le droit britannique. La section 2, malgré son aspect rigide, a facilité la formation d'un dialogue formel entre les deux niveaux de juridictions. Un des autres objectifs de la loi était de mettre en place une forme de compromis entre préservation de la souveraineté parlementaire et protection des droits renforcée. L'articulation entre ces deux considérations fondamentales a favorisé l'émergence d'un modèle de dialogue démocratique protecteur des droits de l'homme.

B. Le *Human Rights Act* : un modèle de dialogue démocratique unique protecteur des droits de l'homme

Il est régulièrement reproché au *Human Rights Act* d'avoir opéré un transfert de suprématie du Parlement vers les juridictions. C'est même l'un des arguments pour une *British Bill of Rights*. Pourtant, la loi est ainsi faite que tout s'organise autour d'une répartition équilibrée des pouvoirs entre les différentes institutions étatiques (1). Cette répartition a permis de faciliter le dialogue entre le Parlement et les cours, améliorant de cette façon l'aspect démocratique de la protection des droits de l'homme (2).

1. La répartition des pouvoirs au sein du *Human Rights Act*

Le *Human Rights Act* est le fruit d'un compromis entre préservation de la souveraineté du Parlement et protection des droits plus étendue (a). Mais, il est indéniable qu'il a opéré un déplacement des pouvoirs vers les cours, en leur donnant pour rôle de vérifier la compatibilité des lois avec la Convention (b).

a. Le compromis entre protection des droits et préservation de la démocratie

Le *Human Rights Act* met en place des mécanismes qui permettent de préserver la souveraineté parlementaire, tout en renforçant la protection des droits de l'homme au niveau national et en assurant un plus grand respect de la Convention et des jugements rendus par la Cour de Strasbourg. Richard Bellamy analyse dans quelle mesure les éléments constitutifs de ce concept fondamental sont respectés⁹³.

⁹³ R. Bellamy, « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p.86 à 111.

Le *Human Rights Act* semble remplir les deux critères de la souveraineté parlementaire évoqués dans l'introduction. Premièrement, seul le Parlement dispose du droit d'adopter et d'abroger toute loi. La loi britannique relative aux droits de l'homme a été adoptée par le Parlement selon la procédure législative ordinaire. De plus, il ne porte pas les droits qu'il contient à un rang supérieur comme le font les constitutions. Il n'a donc pas un « *entrenched status* », c'est-à-dire un statut constitutionnel qui empêcherait le Parlement de l'amender ou de l'abroger. Le document du Gouvernement travailliste *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*⁹⁴ reconnaît que l'importance que revêt la protection des droits de l'homme justifierait d'adopter un statut qui ne pourrait être modifié ou abrogé aussi facilement que les autres actes législatifs. Mais il ajoute que cela serait incompatible avec les traditions constitutionnelles du Royaume-Uni, selon lesquelles seul un acte du Parlement peut venir annuler ou amender une loi plus ancienne. Par conséquent, la capacité législative potentiellement illimitée du Parlement reste intacte, car le *Human Rights Act* ne vient pas se placer au-dessus des autres statuts. Le deuxième critère pour maintenir la souveraineté parlementaire est le fait que nul autre organe que le Parlement ne peut passer outre ou écarter la législation. Toujours selon Bellamy, ce critère est également rempli. En effet, si la loi des droits de l'homme a permis aux cours nationales de reprendre un certain contrôle sur la protection des droits au niveau national en vérifiant la compatibilité de la loi avec la Convention, celles-ci n'ont pas le pouvoir d'abolir la législation.

Le *Human Rights Act* prévoit des mécanismes qui interagissent entre eux et visent à préserver la suprématie du Parlement. L'alinéa (2) de la section 4 permet aux plus hautes juridictions de prononcer une déclaration d'incompatibilité. Les cours peuvent ainsi déclarer qu'un statut parlementaire est incompatible avec les droits garantis par la Convention. Cependant, la clause ne donne pas le pouvoir aux cours d'annuler ou d'amender la législation primaire. Le Gouvernement a clairement écarté cette possibilité en raison de son attachement à la souveraineté du Parlement⁹⁵. À cet effet, la section 4(6) précise que la déclaration d'incompatibilité n'affecte en rien la validité des actes parlementaires. Celle-ci une fois prononcée, le Parlement n'est pas formellement contraint de modifier ou d'écarter sa législation. Ainsi, la section 4 est considérée comme l'élément clef du *Human Rights Act* permettant de garantir la souveraineté parlementaire.

⁹⁴ Livre blanc du parti travailliste, *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*, 1997 (2.11).

⁹⁵ Livre blanc du parti travailliste, *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*, 1997 (2.13).

De façon un peu similaire, la section 19 du *Human Rights Act* exige que le ministère en charge d'une proposition de loi fasse une déclaration constatant sa compatibilité avec la Convention. Lorsque ce dernier n'est pas en mesure de prononcer une telle déclaration, il doit faire part au Parlement de son intention de poursuivre avec la proposition de loi. Dans son Livre blanc, le Gouvernement exprime son souhait d'instaurer plus de transparence dans la législation relative aux droits de l'homme grâce à cette nouvelle procédure⁹⁶. Selon Richard Bellamy, le langage de la section 19(1) paraît respecter le principe de souveraineté parlementaire. La déclaration ministérielle semble clairement indiquer aux juridictions que la législation qui sera adoptée doit être considérée comme respectant les droits de la Convention⁹⁷. Les cours sont alors presque assurées de pouvoir parvenir à une interprétation conforme. En revanche, si le ministère n'a pas pu délivrer de déclaration de compatibilité, mais souhaite tout de même faire voter la proposition de loi, il y a de fortes chances pour que celle-ci ne passe pas le test de conventionalité. Les cours seront donc amenées à utiliser la section 4⁹⁸.

La section 3(1) est celle qui apparaît comme la plus éloignée du principe de souveraineté parlementaire, puisqu'elle ordonne aux cours d'interpréter les statuts du Parlement de manière compatible avec la Convention, « *autant que possible* » (« *so far as it is possible to do so* »). L'alinéa (2)(b) précise que cela n'affecte pas la validité de la législation primaire qui serait incompatible. C'est à l'interprétation des termes « *autant que possible* » que la doctrine s'est particulièrement attachée. La préservation de la souveraineté du Parlement s'illustre dans ce qui n'est pas possible, dans les limites du mécanisme d'interprétation conforme. Alison Young remarque que les termes utilisés par le Parlement sont vagues, ce qui permet d'avoir une acceptation large de la section⁹⁹. Le Gouvernement en 1997 avait clairement exprimé son intention d'aller bien au-delà de la règle qui existait avant le *Human Rights Act*, selon laquelle les cours devaient prendre en compte la Convention lorsqu'elles interprétaient toute ambiguïté dans un texte législatif¹⁰⁰. Désormais, les cours ont le devoir d'interpréter la législation conformément aux droits de la Convention. Lors des débats parlementaires, Lord Irvine avait déclaré que la section 3 s'appliquerait lorsque la législation en cause pouvait à la fois être interprétée de manière conforme et non-conforme¹⁰¹. L'interprétation qui prévaudrait serait

⁹⁶ Livre blanc du parti travailliste, *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*, 1997 (3.2).

⁹⁷ R. Bellamy, « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 86 à 111 (p. 99).

⁹⁸ D. McGoldrick, « The United Kingdom's Human Rights Act in theory and in practice », *International & Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 901 à 953.

⁹⁹ A. Young, « Judicial Sovereignty and the Human Rights Act 1998 », *Cambridge Law Journal*, mars 2002, p. 53 à 65.

¹⁰⁰ Livre blanc du parti travailliste, *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*, 1997 (2.7).

¹⁰¹ *Hansard* H.L. Deb. Vol. 582, col. 1230, 3 novembre 1997.

celle conforme. Young remarque que de telles considérations ne reflètent pas réellement l'objectif établi par le Gouvernement : « *The courts will be required to uphold the Convention rights unless the legislation is itself so clearly incompatible with the Convention, that it is impossible to do so* »¹⁰². La Chambre des Lords a établi les limites de ce qui était possible sous la section 3 dans *Ghaidan v Godin-Mendoza*¹⁰³. Lord Rodger explique que la section 3(1) ne permet pas aux juges d'agir comme des législateurs et d'adopter une interprétation qui aurait pour conséquence d'amender la législation¹⁰⁴. Le pouvoir de la cour est restreint lorsque l'interprétation conforme contredirait de manière expresse l'intention du Parlement. Young distingue deux méthodes utilisées afin d'établir la conformité d'un acte :

- « *To read down* » : cela signifie interpréter de manière stricte une disposition dont la portée est étendue, afin de la rendre compatible avec la Convention.
- « *To read in to statutes* » : cette méthode consiste à interpréter largement les actes législatifs, lorsqu'une disposition est trop stricte pour être lue conformément aux droits de la Convention¹⁰⁵ (par exemple en y ajoutant des mots afin de lui donner un autre sens).

Cependant, il n'est pas possible de distordre les termes utilisés par les dispositions, de façon à les rendre inintelligibles ou de leur donner un effet différent de celui recherché par le Parlement. La section 3 ne peut pas non plus être utilisée si cela implique d'adopter une définition qui affecterait un aspect fondamental de la loi¹⁰⁶.

Ces limitations au pouvoir des cours reflètent la crainte que ces dernières prennent trop de libertés quant à la signification des dispositions parlementaires grâce à la section 3(1), ce qui pourrait affaiblir une protection des droits dont le Parlement serait le garant. Toutefois, le rôle des cours a toujours été de clarifier la législation ambiguë et de corriger les erreurs que le législateur aurait pu faire. Elles sont les mieux placées pour adapter la législation à des cas particuliers, surtout lorsque des droits de l'homme sont en cause. De plus, Bellamy rappelle que le *Human Rights Act* tire sa source du Parlement lui-même. Lorsque les juges interprètent la législation, ils ne basent pas leur raisonnement sur des concepts moraux vagues, mais bien sur

¹⁰² Ibid n° 110 (2.7).

¹⁰³ *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

¹⁰⁴ Ibid n° 103, [110] et [122].

¹⁰⁵ A. Young, « Judicial Sovereignty and the Human Rights Act 1998 », *Cambridge Law Journal*, mars 2002, p. 53 à 65.

¹⁰⁶ M. Amos, *Human Rights Law*, Hart Publishing, 2nd éd., 2014, 688 pages.

des droits adoptés démocratiquement. Dès lors, il est possible de dire que l'interprétation des cours rendue en vertu de la section 3(1) reflète la volonté du Parlement¹⁰⁷.

Enfin, la dernière limite à ce qui est possible sous l'angle de la section 3, évoquée par Alison Young, concerne la doctrine de l'*implied repeal*. La disposition a soulevé des préoccupations quant à la question de savoir si elle annulait implicitement les actes législatifs antérieurs au *Human Rights Act* qui seraient incompatibles avec la Convention. La réponse est non, la doctrine de l'*implied repeal* ne s'appliquerait pas à la section 3(1). L'exercice de cette prérogative demeure toujours entre les mains du Parlement¹⁰⁸. Selon Young, le pouvoir des cours n'est cependant pas restreint par le rejet de l'*implied repeal*¹⁰⁹. En effet, rien n'indique jusqu'où les cours peuvent aller dans leur interprétation avant que cette interprétation n'annule de manière implicite la disposition non-conforme. Mais en pratique, les cours s'arrangent toujours pour interpréter la législation de manière compatible avec la Convention. Si une législation est clairement en contradiction avec la Convention, elles doivent alors se tourner vers la section 4 et prononcer une déclaration d'incompatibilité.

Il ressort clairement de l'analyse des dispositions du *Human Rights Act* que cet instrument législatif a été minutieusement élaboré de manière à préserver la souveraineté du Parlement. Loin de porter atteinte au processus démocratique, la place plus importante donnée aux cours dans l'interprétation des droits de l'homme le renforce. En effet, le pouvoir des cours reste encadré par le pouvoir législatif. Leur interprétation de la législation se fait constamment en référence aux actes du Parlement, donnant ainsi plus de légitimité à un modèle de protection démocratique des droits. Cependant, le *Human Rights Act* reste critiqué pour transférer trop de pouvoir aux juridictions. Ses clauses sont centrées sur une répartition des pouvoirs équilibrée entre les institutions, mais elles placent néanmoins les cours au cœur du dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme et renforcent leur rôle dans la protection des droits au niveau national.

¹⁰⁷ R. Bellamy, « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 86 à 111 (p. 104-105).

¹⁰⁸ Ibid n°107 (p.103).

¹⁰⁹ ¹⁰⁹ A. Young, « Judicial Sovereignty and the Human Rights Act 1998 », *Cambridge Law Journal*, mars 2002, p. 53 à 65 (p. 58 à 64).

b. Un déplacement des pouvoirs vers les juridictions nationales

Alors que la section 3(1) du *Human Rights Act* établit une limite au pouvoir interprétatif des cours (« *so far as it is possible to do so* »), Alison Young remarque que le Parlement a donné carte blanche aux cours pour déterminer quand il est impossible d'interpréter la législation de manière compatible avec la Convention¹¹⁰. La section 3(1) offre de nombreuses possibilités d'interprétation aux juges, détaillées dans l'arrêt *Ghaidan*. La section 4(2) est souvent présentée comme l'élément central du *Human Rights Act* visant à préserver la souveraineté du Parlement, mais cette section ne doit être invoquée qu'en dernier ressort¹¹¹. Dès lors, la section 3(1) se présente comme la voie principale pour remédier à l'incompatibilité d'une législation, et ce même lorsque celle-ci n'est pas ambiguë. Lord Rodger estime que les juridictions sont libres de choisir quelle technique d'interprétation convient le mieux¹¹². Celles-ci peuvent élargir le sens d'une expression spécifique ou bien celui de la disposition dans son ensemble (*to read in*). Elles peuvent également interpréter une clause qui a une portée étendue de manière stricte (*to read down*). Enfin, les juges peuvent modifier le langage du texte législatif. Dans tous les cas, ces derniers peuvent être amenés à se détacher de l'intention du Parlement¹¹³ ou bien déclarer quel effet la loi est supposée produire sans en altérer sa signification originelle¹¹⁴.

L'étendue de la portée de la section 3(1) s'est illustrée dans l'arrêt *Secretary of State for the Home Department v MB*¹¹⁵, décrit par Lady Hale comme une interprétation « *héroïque* » de la part de la Chambre des Lords¹¹⁶. Le *Prevention of Terrorism Act 2005* prévoit que le Secrétaire d'Etat puisse prendre une ordonnance de contrôle (« *control order* »), s'il a des motifs raisonnables de croire qu'un individu est, ou a été impliqué dans une activité liée au terrorisme et qu'il considère nécessaire, dans le but de protéger le public d'un risque de terrorisme, de lui imposer certaines restrictions (imposition d'un couvre-feu, interdiction d'accéder à certaines zones géographiques, accès à son téléphone ou à internet, etc.). L'ordonnance de contrôle doit être confirmée par une cour pour pouvoir être appliquée. Dans cette affaire, les requérants se plaignaient de ne pas avoir eu accès aux documents sur la base desquels les ordonnances avaient

¹¹⁰ Ibid n°109 (p.65).

¹¹¹ *Ghaidan v Godin-Mendoza* [46] et [50].

¹¹² Ibid n°111, [124].

¹¹³ Ibid n°111, [29] et [30].

¹¹⁴ M. Amos, *Human Rights Law*, Hart Publishing, 2nd éd., 2014, 688 pages.

¹¹⁵ *Secretary of State for the Home Department v MB and AF* [2007] UKHL 46.

¹¹⁶ B. Hale, « Argentoratium Locutum : Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme ? », *Human Rights Law Review*, 2012, p 65 à 78.

été prises, ce qui avait entraîné l'inéquité de leur procès. La majorité de la Chambre des Lords a utilisé la section 3(1) pour interpréter strictement le *Prevention of Terrorism Act 2005*. Baroness Hale a estimé que le régime des ordonnances de contrôle pouvait être conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention. En effet, les cours sont en mesure de garantir une protection procédurale adéquate aux individus soumis à une ordonnance de contrôle¹¹⁷. Les juges refuseraient de confirmer l'ordonnance si le Secrétaire d'Etat s'opposait à la publication d'une partie des motifs sur la base desquels il avait pris sa décision, dans la mesure où cela entraînerait l'inéquité du procès. Le jugement allait clairement à l'encontre de l'intention du Parlement, qui souhaitait que le ministre puisse ordonner les mesures restrictives sans en divulguer ses raisons.

Le système de la déclaration d'incompatibilité a également mis un nouveau pouvoir entre les mains des juges des plus hautes juridictions. La limitation de cette compétence aux cours les plus haut placées dans la hiérarchie dénote la puissance de la déclaration d'incompatibilité, d'un point de vue politique et moral¹¹⁸. Si le Parlement n'est pas formellement contraint d'y donner suite, il répond en général de manière positive à quasiment toutes les déclarations d'incompatibilité. Cela est dû à ce que Richard Bellamy appelle la « *culture politique* »¹¹⁹. En effet, le *Human Rights Act* a placé les juges au cœur de la protection des droits fondamentaux, augmentant par la même occasion leur légitimité auprès de l'opinion publique et politique. Par conséquent, un refus de l'organe démocratique de remédier à une incompatibilité soulevée par le pouvoir judiciaire pourrait mener à une « *crise constitutionnelle* »¹²⁰. L'arrêt *A v Secretary of State for the Home Department*¹²¹, communément appelé le « *Belmarsh case* » en est l'illustration. Après les attentats du 11 septembre 2001, le Parlement britannique a adopté l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act (ATCSA) 2001*. La section 21 autorisait le Secrétaire d'Etat à publier un certificat déclarant qu'un individu sur le territoire du Royaume-Uni présentait une menace à la sécurité nationale. La section 23 prévoyait le placement en détention pour une durée indéterminée de suspects étrangers qui ne pouvaient être expulsés et contre lesquels il n'existait aucune accusation. Afin de pouvoir déroger à l'article 5 de la Convention,

¹¹⁷ *MB and AF* [73] et [74].

¹¹⁸ D. McGoldrick, « The United Kingdom's Human Rights Act in theory and in practice, *International & Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 901 à 953.

¹¹⁹ R. Bellamy, « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 86 à 111 (p. 101).

¹²⁰ C. Crawford, « Dialogue and Declarations of Incompatibility under section 4 of the Human Rights Act 1998 », *The Denning Law Journal*, Vol.25, 2013, p.43-89.

¹²¹ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

qui garantit le droit à la liberté, le Gouvernement britannique a invoqué l'article 15 du même texte, qui autorise les Etats contractants à se soustraire à leurs obligations internationales en cas d'urgence publique menaçant la vie de la nation. En 2004, la Chambre des Lords a dû examiner l'appel interjeté par A et huit autres étrangers qui avaient été détenus conformément à la section 23 de l'*ATCSA 2001* et contestaient la légalité de leur détention. Il n'est possible de déroger à l'article 5 que dans les cas où cela est strictement requis par les exigences de la situation. Les juges ont estimé que les sections 21 et 23 ne remplissaient pas leur objectif de protéger la nation du risque d'une attaque terroriste, qui pouvait provenir à la fois de nationaux et d'étrangers¹²². Par conséquent, il y a eu violation de l'article 5. De plus, les requérants ont été traités différemment des suspects d'origine étrangère pouvant être expulsés vers un autre pays ou de ceux ayant la nationalité britannique, ce qui a emporté violation de l'article 14 de la Convention qui interdit la discrimination basée sur la nationalité ou le statut migratoire. Lord Bingham a réaffirmé le rôle des cours dans les questions juridiques : « *the greater the legal content of any issue, the greater the potential role of the court* ». Il s'est opposé aux observations de l'*Attorney General* qui considérait que la question en l'espèce était de nature politique et que les cours avaient un devoir de déférence envers le Parlement. Lord Bingham précise que la fonction des juges indépendants d'interpréter et d'appliquer le droit est universellement reconnue comme un « *point cardinal* » de l'Etat démocratique moderne, et est la pierre angulaire de l'état de droit¹²³. La Chambre des Lords a prononcé une déclaration d'incompatibilité sous l'angle de la section 4(2) du *Human Rights Act*, dénonçant l'incompatibilité de la section 23 de l'*ATCSA* avec les articles 5 et 14 de la Convention. Suite à ce jugement, le Gouvernement a d'abord exprimé son refus de modifier le régime des sections 21 à 23 de l'*ATCSA 2001*¹²⁴. Cependant, Lord Lloyd remarque que le renouvellement des sections litigieuses aurait provoqué « *une crise constitutionnelle majeure* »¹²⁵. Selon lui, l'arrêt *Belmarsh* est d'une importance particulière car le Gouvernement a été obligé de reconnaître que les cours avaient un rôle à jouer dans la protection des droits de l'homme. Alors que Lord Lloyd estime que la Chambre des Lords s'est néanmoins gardée d'outrepasser ses compétences et a fait preuve retenue, Crawford écrit que cette affaire illustre le fait que c'est aux juges et à Strasbourg de déterminer le sens des droits de la Convention. Le Gouvernement ne pouvait tout simplement pas aller à l'encontre du

¹²² Ibid n°121, voir par en ce sens Lord Bingham, [33].

¹²³ Ibid n°121, [29] et [42].

¹²⁴ Voir la description de l'affaire par C. Crawford, « Dialogue and Declarations of Incompatibility under section 4 of the Human Rights Act 1998 », *The Denning Law Journal*, Vol.25, 2013, p.43-89 (p. 61 à 69).

¹²⁵ Lord Lloyd of Berwick, « The judges and the executive – Have the goalposts been moved ? », *The Denning Law Journal*, 23 novembre 2005, p. 79 à 94.

jugement de la plus haute juridiction du pays. Lord Lloyd reconnaît que le *Human Rights Act* a donné plus de pouvoir aux cours internes, mais il préfère dire qu'il a été offert à celles-ci un nouveau rôle.

Le *Human Rights Act* possède des caractéristiques constitutionnelles. Il s'agit alors de vérifier si de telles caractéristiques renforcent le pouvoir des cours de manière considérable et menacent la suprématie du Parlement. Un statut constitutionnel se distingue des autres statuts par le fait qu'il ne peut être renversé par une législation ultérieure. Il se place donc au-dessus de la législation ordinaire d'un point de vue hiérarchique. Alison Young renvoie à la définition dégagée par Laws LJ dans l'arrêt *Thoburn v Sunderland City Council* en 2002. Un statut constitutionnel répond à deux critères : il conditionne la relation juridique entre le citoyen et l'Etat, et il élargit ou réduit l'étendue des droits fondamentaux constitutionnels¹²⁶. Young considère que le *Human Rights Act* remplit ces deux conditions. En effet, la loi régit la relation entre les citoyens et l'Etat en limitant la capacité des autorités publiques d'agir de manière incompatible avec la Convention, et celle du Parlement de légiférer de manière incompatible. De plus, en intégrant les droits garantis par la Convention, le *Human Rights Act* augmente l'étendue des droits fondamentaux que les citoyens peuvent invoquer devant les cours. Un autre élément tend à remettre en question le concept de souveraineté parlementaire. Le *Human Rights Act* ne peut être abrogé de manière implicite par une autre législation dont les dispositions seraient contraires. Pour qu'il soit amendé ou annulé, il faut que le Parlement en exprime clairement son intention (ici, c'est la doctrine de l'*express repeal* qui s'applique, à l'inverse de l'*implied repeal*). Cette procédure spécifique est exigée du fait de l'importance que revêtent les droits fondamentaux. La question est alors de déterminer si la loi des droits de l'homme consacre les droits de la Convention à la manière d'un statut constitutionnel (Young utilise le terme « *to entrench* » ou « *entrenchment of Convention rights* »). En interprétant les statuts de façon à éviter à ce qu'ils entrent en conflit avec les droits de la Convention, les cours semblent donner à ces droits un rang particulier, i.e. les consacrer. Pourtant, les cours ne peuvent aboutir qu'à un effet de consécration (« *entrenchment effect* »), en raison de leur incapacité à abroger ou à amender les droits contenus par le *Human Rights Act*. La théorie de la souveraineté parlementaire de Dicey repose sur la capacité du Parlement de préserver la démocratie et par conséquent de respecter la volonté du peuple. Une protection constitutionnelle des droits de la Convention donnerait aux cours le pouvoir de contourner la volonté du Parlement et,

¹²⁶A. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2009, 180 pages (p. 9).

indirectement, celle du peuple qui l'a élu. Finalement, le *Human Rights Act* cherche à trouver un équilibre entre démocratie et protection des droits de l'homme. Cet équilibre est rendu possible par une interaction constante entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

2. L'émergence d'un double dialogue au cœur du *Human Rights Act*

Cette partie est principalement basée sur la théorie du dialogue démocratique d'Alison Young. Hogg et Bushell ont publié un article en 1997 au sujet de la légitimité de la Charte canadienne¹²⁷. Ils estiment que, lorsqu'une décision judiciaire est susceptible d'être renversée, modifiée ou ignorée par le Parlement, alors la relation entre la cour et le corps législatif peut être conçue comme une forme de dialogue. Cette définition peut s'appliquer à l'interaction entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif dans le cadre du *Human Rights Act 1998* (a). Cependant, le dialogue n'est pas parfait et a parfois tendance à se transformer en déférence ou en un mécanisme de pressions (b).

a. L'efficacité du dialogue interinstitutionnel

Le *Human Rights Act* cherche à parvenir à un équilibre entre besoins de démocratie et besoins de droits de l'homme, qu'Alison Young décrit comme des besoins qui peuvent parfois être perçus comme contradictoires. Ce faisant, la loi relative aux droits de l'homme a favorisé l'émergence d'une nouvelle forme de dialogue : « *a democratic dialogue model of human rights protection* »¹²⁸. Il s'agit d'un dialogue interinstitutionnel protecteur des droits, dans lequel les cours n'ont pas le pouvoir de décider de façon définitive de la compatibilité d'une législation avec les droits de l'homme. Cette compétence revient au législateur, qui a la capacité de répondre au pouvoir judiciaire. Young distingue le dialogue démocratique et la déférence. Les deux concepts visent à contrer les critiques selon lesquelles une protection des droits renforcée affecterait le processus démocratique. Cependant, le dialogue démocratique vient encadrer les pouvoirs des cours et donne au législateur la possibilité de répondre aux décisions de ces

¹²⁷ P. Hogg et A. Bushell, « The *Charter* dialogue between courts and legislatures (or perhaps the *Charter of Rights* isn't such a bad thing after all) », *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, cité par R. Clayton dans « Judicial deference and the democratic dialogue », *Public Law*, 2007, p. 33 à 47.

¹²⁸ A. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2009, 180 pages (p. 116 et suivantes).

dernières. A l'inverse, sous le concept de déférence, les juridictions doivent exercer leurs compétences avec retenue, de façon à préserver la démocratie.

Le *Human Rights Act* met en place des mécanismes juridiques qui permettent de faciliter le dialogue entre le Parlement et les cours. Young estime que le dialogue est prédominant dans le cadre de la section 4. Selon Tom Hickman, cette clause se présente elle-même comme un moteur du dialogue en ce qu'elle donne la capacité au pouvoir judiciaire de soulever la non-conformité d'une loi avec les droits de la Convention, mais cette loi ne peut être amendée sans l'approbation du législateur. Ainsi, chaque branche est impliquée dans le processus de protection des droits¹²⁹. La déclaration d'incompatibilité est un avertissement adressé au législateur sur la conformité d'une disposition avec la Convention, qui peut permettre de lancer un débat au sein du Parlement. Le législateur peut décider dans quelle mesure il souhaite modifier la législation en cause. Il peut même s'opposer à une telle modification et justifier son maintien en vigueur, en particulier lorsque la juridiction a adopté une interprétation très large de la disposition et a forcé sa signification afin de la rendre conforme à la Convention. Dans ce cas-là, le Parlement peut prendre la décision de voter une nouvelle législation qui utiliserait les mêmes termes que la précédente, ou bien qui renverserait expressément la décision de la cour. Le dialogue interinstitutionnel proposé par le *Human Rights Act* ne porte donc pas atteinte au principe de la souveraineté du Parlement. Il s'agirait plus exactement d'une souveraineté « duale » ou « bipolaire », qui s'attacherait à l'intention du Parlement telle qu'exprimée par le langage utilisé par le législateur et se partagerait entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire : le législateur fait la loi, les cours l'interprètent¹³⁰.

Le dialogue démocratique ne peut être efficace si les cours ont la possibilité de contourner le processus démocratique en étant toujours les plus aptes à déterminer le contenu des droits, ou bien si le Parlement peut outrepasser la protection des droits en décidant seul de leur signification. La section 3 et la section 4 devraient s'appliquer selon que le pouvoir judiciaire ou le pouvoir législatif est le plus compétent pour remédier à la non-conformité d'une disposition. Le dialogue démocratique repose sur un consensus au sujet des caractéristiques du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif. Le premier est plus indépendant vis-à-vis des pressions politiques et son raisonnement se base sur des principes établis de longue date

¹²⁹ T. Hickman, « Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, 2005, p. 306 à 335.

¹³⁰ A. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2009, 180 pages (p. 10 et 11).

contenus dans d'autres décisions ou dans des textes législatifs. Le deuxième est plus adapté pour proposer une diversité de points de vue qui, souvent, reflètent l'opinion de l'électorat. Young distingue alors les droits contestables et les droits non-contestables, chaque institution étant mieux placée pour garantir les uns ou les autres¹³¹. Les droits non-contestables surviennent en présence de situations pour lesquelles il n'est pas possible de contester raisonnablement la compatibilité d'une législation avec les droits de la Convention. Les droits contestables entrent en jeu lorsqu'il est raisonnable d'engager un débat sur la conformité d'une législation avec un droit de la Convention, ou sur la meilleure façon de parvenir à cette conformité. Les cours devraient utiliser la section 3 lorsqu'elles sont confrontées à des droits non-contestables, et la section 4 lorsque les droits en question sont raisonnablement contestables¹³².

La distinction entre les sections 3 et 4 du *Human Rights Act* découle des différentes formes de dialogue et de relations qu'elles instaurent entre les différentes branches gouvernementales. La section 4 n'est donc pas la seule à mettre en œuvre le dialogue démocratique¹³³. Sous l'empire de la section 3, les cours sont le mieux placées pour répondre à l'incompatibilité. Cette section semble être celle qui assure la plus grande protection des droits de l'homme, puisque les interprétations conformes ne peuvent être simplement ignorées par le pouvoir législatif. A l'inverse, la section 4 fait pencher la balance en faveur du pouvoir législatif. Hickman estime que, si la clause préserve la souveraineté du Parlement, elle ne représente pas une solution idéale en termes de dialogue renforcé, dans le sens où la législation en question reste en vigueur et continue à avoir des effets délétères sur ceux qui en font l'objet. La déclaration d'incompatibilité permet seulement aux cours de constater la non-conformité d'un acte législatif avec la Convention, mais pas de la corriger. Francesca Klug écrit que le *Human Rights Act* a été élaboré de façon à créer une nouvelle dynamique entre les deux branches de l'Etat¹³⁴. L'objectif du *Human Rights Act* est d'encourager un dialogue dans lequel le Parlement peut protéger son mandat démocratique dans les domaines où la jurisprudence relative aux droits de l'homme est peu établie. Autrement dit, le législateur peut décider de ne pas amender une loi que les cours ont déclaré incompatible avec les droits de la Convention parce que son autorité émane directement de l'électorat. Cependant, les cours ne doivent pas se priver d'examiner la conformité de la législation tombant dans le champ de compétence du Parlement, car cela

¹³¹ A. L. Young, « Is dialogue working under the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, 2011, p. 773 à 800.

¹³² Ibid n°131 ou, du même auteur, *Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2009, 180 pages (p. 141-142).

¹³³ T. Hickman, « Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, 2005, p. 306 à 335.

¹³⁴ F. Klug, « Judicial deference under the Human Rights Act », *European Human Rights Law Review*, 2003, p. 125 à 133.

nuirait à la dynamique du dialogue. Le Parlement s'est aussi vu reproché le fait qu'il modifie sa législation de manière quasi-systématique suite au prononcé d'une déclaration d'incompatibilité par les juridictions. Pour ce qui est des droits contestables, le dialogue ne peut être efficace que si un débat est lancé quant à la façon de remédier à l'incompatibilité identifiée par la cour. En ce qui concerne les droits non-contestables, le législateur doit être disposé à prendre des mesures assurant une protection des droits effective et ne pas simplement se contenter d'accepter la décision du pouvoir judiciaire comme étant une interprétation juste¹³⁵.

En somme, le *Human Rights Act* a été élaboré de manière à contrer les critiques selon lesquelles il mettrait en place un modèle non-démocratique des droits de l'homme. Son objectif principal est de garantir que le pouvoir judiciaire n'impose pas une décision définitive sur les questions relatives aux droits de l'homme. Richard Clayton considère que le concept de dialogue justifie le nouveau rôle des cours d'examiner le processus décisionnel législatif¹³⁶.

b. Les limites du dialogue interinstitutionnel

La première limitation au dialogue interinstitutionnel entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif est le concept de déférence. La Convention a été transposée dans le droit britannique afin d'assurer une meilleure protection des libertés civiles, en particulier dans le contexte tendu de la lutte contre le terrorisme qui pousse les gouvernements à adopter des mesures qui restreignent ces libertés. K.D. Ewing estime que les juges ont failli à leur responsabilité de trouver un équilibre entre liberté et sécurité en temps de crise, où la démocratie s'érode¹³⁷. Son réquisitoire du *Human Rights Act* est certes contestable. Par exemple, il regrette l'existence de la section 4 qui, selon lui, affaiblirait la souveraineté parlementaire, mais prône également une plus grande utilisation de la part des cours de leur pouvoir d'examiner le respect des libertés individuelles face à l'action de l'Etat¹³⁸. Si ce raisonnement manque de logique, il soulève une critique récurrente du *Human Rights Act*, selon laquelle le pouvoir judiciaire ferait acte de trop de déférence à l'égard du Parlement dans ses jugements relatifs aux droits de l'homme. Il a en effet souvent été reproché à la législation d'offrir une protection trop faible qui se transformerait en une protection parlementaire des droits¹³⁹. Alison Young a loué le rôle

¹³⁵ A. L. Young, « Is dialogue working under the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, 2011, p. 773 à 800.

¹³⁶ R. Clayton dans « Judicial deference and the democratic dialogue », *Public Law*, 2007, p. 33 à 47.

¹³⁷ K.D. Ewing, « The Futility of the Human Rights Act », *Public Law*, 2004, p. 829 à 852.

¹³⁸ A. Lester, « The utility of the Human Rights Act : a reply to Keith Ewing », *Public Law*, 2005, p. 249 à 258.

¹³⁹ A. L. Young, « Is dialogue working under the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, Octobre 2011, p. 773-800.

de la déférence dans les affaires où la section 4 s'applique et qui concernent des droits contestables. Dans ces cas-là, le Parlement apparaît comme l'institution la plus apte à offrir un forum où débattre du contenu et de la portée des droits de la Convention. Mais cela pose surtout problème lorsque la déférence est perçue comme un mécanisme de distribution du pouvoir décisionnel entre le Parlement et les cours. Dans ce cas-là, le pouvoir penche davantage en faveur du législateur, que rien ne contraint de reconsidérer les dispositions en cause.

La déférence judiciaire n'est pas inhérente au *Human Rights Act*,¹⁴⁰ il s'agit d'une création d'origine prétorienne. Laws L.J., dans l'arrêt de Cour d'Appel *Roth*¹⁴¹, envisage le concept comme un moyen de pallier aux tensions entre la souveraineté du Parlement et les droits fondamentaux. Klug précise que le champ d'application de la section 3 est déterminé par l'interprétation par les cours des limites de la déférence. Autrement dit, le pouvoir judiciaire peut interpréter la législation conformément à la Convention tant que cela n'entre pas dans le champ de compétence du pouvoir législatif ou exécutif. Le *Human Rights Act* a mis en place des mécanismes de protection des droits qui tendent à trouver un équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, notamment par l'utilisation de la section 3. Laws L.J. reprend dans son opinion la réflexion de Lord Simon Brown L.J. : « *the court's role under [the Human Right Act] is as the guardian of human rights. It cannot abdicate this responsibility* »¹⁴². En agissant par déférence, les cours font preuve de retenue, mais cela ne signifie pas nécessairement une baisse du niveau d'exigence de leur part. Le principe de déférence ne peut être absolu sous le *Human Rights Act* car, comme le soulignent Lord Simon Brown L.J. et Laws L.J., les cours ne peuvent renoncer à leur rôle de gardien des droits de l'homme. Elles continuent à examiner les décisions adoptées par le Parlement et l'Exécutif, même dans les domaines où l'on doit accorder plus de poids aux justifications données par ces deux institutions.

Aileen Kavanagh définit la déférence de la manière suivante (cette définition est donnée dans le contexte de la sécurité nationale) :

« *Deference involves a determination of the constitutionally appropriate degree of judicial restraint in the context of a particular case. It occurs when judges assign varying degrees of weight to the judgment of the elected branches, out of respect for their superior expertise, competence or democratic illegitimacy* »¹⁴³.

¹⁴⁰ F. Klug, « Judicial deference under the Human Rights Act », *European Human Rights Law Review*, 2003, p. 125 à 133.

¹⁴¹ *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department* [2002] 1 C.M.L.R. 52, voir Laws L.J. à [75].

¹⁴² *Ibid* n°141, [81].

¹⁴³ A. Kavanagh, « Judging the judges under the Human Rights Act : deference, disillusionment and the 'war on terror' », *Public Law*, avril 2009, p. 287 à 304.

L'exercice de la déférence est délicat. Kavanagh évoque le dilemme auquel les juges sont confrontés lorsqu'ils traitent de situations ayant trait à la sécurité nationale, comme dans l'arrêt *Belmarsh*. D'une part, ils ont pour mandat constitutionnel de vérifier que les décisions du Parlement et de l'Exécutif respectent l'Etat de droit et les droits de la Convention. D'autre part, les cours doivent reconnaître l'expertise et la légitimité des branches élues dans le contexte de la sécurité nationale. L'auteur résume la déférence judiciaire comme le devoir des juridictions de reconnaître leurs propres limites institutionnelles et de respecter la compétence, l'expertise et la légitimité du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Mais l'arrêt de la Chambre des Lords *A v Secretary of State for the Home Department* a prouvé que les juges pouvaient exercer leur pouvoir de contrôle sur la compatibilité de la législation et des mesures administratives même dans le domaine de la sécurité nationale.

La déférence du pouvoir judiciaire à l'égard du législatif peut amoindrir le dialogue interinstitutionnel. Plus la retenue des cours est importante, plus celles-ci se soumettent à l'autorité du Parlement alors même que le *Human Rights Act* vise à rééquilibrer les pouvoirs entre les deux institutions. Néanmoins, l'élargissement des compétences de la branche judiciaire a permis à cette dernière d'exercer des pressions sur le Parlement dans le cadre de la section 4. La majorité des déclarations d'incompatibilité ont été acceptées par le Parlement sans nécessairement lancer un débat, réduisant ainsi les possibilités de dialogue¹⁴⁴. Christopher Crawford remarque que l'éventualité d'un dialogue démocratique n'apparaît nulle part dans le Livre blanc du Gouvernement travailliste en 1997. Certains juges ont notamment rejeté l'idée d'un dialogue. Lord Bingham a déclaré que le rôle des cours était d'écouter les affaires et de rendre des jugements, mais pas de s'engager dans un dialogue. Pour Lord Philips, le choix des termes de dialogue n'est pas juste et il serait plus approprié de parler d'une coopération entre les pouvoirs judiciaire et exécutif¹⁴⁵.

L'étude de Crawford sur les déclarations d'incompatibilité et leur réception par le Parlement démontre qu'une seule d'entre elles n'a pas résulté en une modification de la législation. Il s'agit de celle rendue par la Cour d'appel écossaise dans l'arrêt *Smith v Scott* au sujet de l'interdiction générale du droit de vote des prisonniers au Royaume-Uni. À l'heure actuelle, la loi reste inchangée. Autrement, Crawford estime que les notions de dialogue ou

¹⁴⁴ C. Crawford, « Dialogue and declarations of incompatibility under section 4 of the Human Rights Act 1998 », *The Denning Law Journal*, 2013, vol. 25, 2013, p. 43 à 89.

¹⁴⁵ Joint Committee on Human Rights, *Minutes of Evidence taken on Monday 26 March 2001 : Examination of Witnesses*, 26 mars 2001, 2000-01, HL 66-ii, HC 332-ii), [78].

d'interaction institutionnelle ne sont pas suffisamment pertinentes. En pratique, le Parlement n'a pas tellement la liberté de s'opposer à la décision judiciaire lorsqu'une déclaration d'incompatibilité a été prononcée. Pour qu'un véritable dialogue s'opère, il faudrait que les deux institutions puissent échanger leurs points de vue à propos des droits de l'homme en question dans une certaine affaire. Par exemple, la déclaration d'incompatibilité qui a été prononcée dans l'arrêt *Bellinger v Bellinger*¹⁴⁶ n'a pas engagé de dialogue avec le Parlement à proprement parler puisque ce dernier avait déjà pris des initiatives pour amender la législation contestée. Les faits de l'arrêt concernaient une femme transsexuelle qui avait été enregistrée sous le sexe masculin à la naissance puis avait subi une opération de réassignation sexuelle. Les juges avaient dans un premier temps rejeté la validité de son mariage avec un homme au motif que la section 11c) du *Matrimonial Causes Act 1973* disposait que tout mariage était nul à moins que les parties ne soient respectivement un homme et une femme au sens biologique du terme. Dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* en 2002¹⁴⁷, la Cour européenne des droits de l'homme avait conclu à une violation de l'article 8 de la Convention par le régime juridique britannique qui ne reconnaissait pas le nouveau sexe des personnes ayant subi une opération de réassignation sexuelle à l'état civil. Le Gouvernement britannique s'était engagé à remplacer le droit en vigueur à la suite de cette décision. Lorsque la Chambre des Lords a rendu son jugement dans *Bellinger v Bellinger* en 2003, l'Exécutif avait déjà annoncé son intention de présenter une nouvelle proposition de loi autorisant les personnes transsexuelles à se marier sous leur nouvelle identité sexuelle. L'année d'après, le Parlement a adopté le *Gender Recognition Act 2004*. Alison Young estime que le dialogue qui a eu lieu dans le cadre de la reconnaissance juridique des transsexuels a été fructueux dans la mesure où de nombreux débats et consultations ont été organisés afin d'élaborer la nouvelle législation¹⁴⁸. Crawford soulève néanmoins à juste titre que la réforme du droit britannique est davantage le résultat de la décision de Strasbourg que celui de la déclaration d'incompatibilité de la Chambre des Lords. Lord Nicholls lui-même reconnaît que le Gouvernement n'a pas cherché à remettre en cause la décision de la Cour dans *Goodwin* et que des procédures d'amendements étaient déjà en cours devant la Chambre des Commons. Cependant, il y a bien eu une réflexion sur la définition et la portée à donner aux droits de la Convention.

¹⁴⁶ *Bellinger v Bellinger* [2003] UKHL 21.

¹⁴⁷ Cour EDH, Grande Chambre, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, requête n°28957/95.

¹⁴⁸ A. L. Young, « Is dialogue working under the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, Octobre 2011, p. 773-800.

Le Gouvernement a dans certains cas été contraint de modifier la législation afin d'éviter de créer une crise constitutionnelle majeure¹⁴⁹ du fait de son opposition à la juridiction suprême du pays. Ainsi, dans l'affaire *Belmarsh*, le jugement de la Chambre des Lords a poussé le Gouvernement à abroger l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* et à adopter le *Prevention Terrorism Act 2005*, mais Crawford estime qu'il n'y a pas eu de dialogue entre les différentes branches. En effet, le Gouvernement a renouvelé plusieurs fois les sections en cause autorisant la détention d'individus de nationalité étrangère pour une période indéterminée et a même cherché à renverser la décision de la Chambre des Lords devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a condamné le Royaume-Uni dans un arrêt *A contre Royaume-Uni*¹⁵⁰.

Young remarque qu'il existe des pressions qui pèsent sur le modèle de dialogue démocratique dégagé par le *Human Rights Act*. Ces pressions s'exercent dans deux directions. Trop de déférence de la part des cours à l'égard du Gouvernement pourrait pousser le dialogue démocratique vers une forme de protection des droits parlementaire. Mais la réticence du Parlement à engager des débats au sujet de la protection des droits après une déclaration d'incompatibilité pourrait transformer ce dialogue en une protection constitutionnelle des droits trop importante¹⁵¹.

II. L'articulation délicate entre protection des droits de l'homme et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme

L'attitude de déférence qui a souvent été reprochée aux cours britanniques envers la Cour de Strasbourg ne reflète pas la réalité du dialogue. Il serait plus juste de parler d'influences réciproques entre les deux ordres juridictionnels, chacun impactant la jurisprudence de l'autre dans une certaine mesure (A). Dans le contexte politique actuel, le dialogue des juges semble se diversifier. Mais la crainte est que les juridictions britanniques se servent de l'argument du dialogue afin de faire peser des pressions sur la politique jurisprudentielle de la Cour (B).

¹⁴⁹ Lord Lloyd of Berwick, « The judges and the executive – Have the goalposts been moved ? », *The Denning Law Journal*, 23 novembre 2005, p. 79 à 94.

¹⁵⁰ Cour EDH, *A c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, requête n°3455/05.

¹⁵¹ A. L. Young, « Is dialogue working under the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, Octobre 2011, p. 773-800.

A. Des influences réciproques

L'interprétation en miroir n'a pas empêché les cours anglaises de développer des principes au niveau interne, qui ont influencé la jurisprudence strasbourgeoise (1). Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a également su imposer son autorité dans des domaines particulièrement sensibles de droit national (2).

1. L'influence des juridictions britanniques sur la jurisprudence de la Cour

Les cours ont parfois utilisé le dialogue afin de mettre en avant leurs différences nationales. Cela leur a permis d'avoir un rôle normatif dans l'évolution du droit de la Convention (a). Elles ont également exploité leur marge d'appréciation dans certains domaines, afin de faire valoir les spécificités de leur droit interne (b).

a. Le rôle normatif des juridictions britanniques dans le droit de la Convention

« *Dialogue gives UK courts a voice and a role in norm creation and provides an important check on the power of the ECtHR* »¹⁵². Merris Amos met l'accent sur l'importance du dialogue lorsque les Etats contractants souhaitent maintenir leurs différences nationales. Elle souligne notamment le rôle majeur des cours dans la construction de ce dialogue de sorte que les spécificités nationales du droit britannique se reflètent dans la détermination des standards de droits de l'homme européens. Le *Human Rights Act* donne une voix aux cours britanniques. En interprétant les droits de la Convention dans le cadre d'affaires internes, celles-ci peuvent envoyer un message à Strasbourg sur la façon dont il convient, selon elles, de déterminer la signification des droits de l'homme même lorsque la Cour européenne n'a encore rendu aucun jugement à ce sujet¹⁵³. Ceci s'illustre particulièrement bien dans le domaine du droit de l'immigration, particulièrement sensible d'un point de vue social et politique. La Cour européenne a, à plusieurs reprises, confirmé les principes dégagés par la Chambre des Lords. On perçoit alors la capacité des cours nationales à redessiner les contours de la jurisprudence européenne.

¹⁵² M. Amos, « The dialogue between United Kingdom courts and the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 557 à 584.

¹⁵³ Lady Justice Arden, « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe*, janvier 2010, p. 23 à 31.

Dans *Z et T contre Royaume-Uni*¹⁵⁴, la Cour a refusé la recevabilité d'une requête formulée par des chrétiennes de nationalité pakistanaise. Les deux requérantes avaient déposé une demande d'asile au motif qu'elles craignaient de subir des attaques d'extrémistes musulmans sur la base de leurs croyances religieuses si elles retournaient au Pakistan. Les deux demandes avaient été rejetées par le Secrétaire d'Etat britannique, qui estimait que les exigences de l'article 3 de la Convention n'étaient pas remplies et que la situation des chrétiens au Pakistan n'était pas suffisamment grave pour pouvoir soulever une violation de l'article 9 (droit à la liberté de religion). La requête reposait sur le fait que le test de « flagrant déni » d'un droit de la Convention établi dans *Ullah* ne pouvait s'appliquer dans le cadre de l'article 9 au risque de violer la « primauté des droits religieux ». La Cour a maintenu le test mis en place par les Lords britanniques. Elle estime que l'Etat contractant souhaitant expulser un individu vers un pays tiers à la Convention peut voir sa responsabilité engagée en vertu de l'article 9 dans des circonstances exceptionnelles, s'il existe un risque réel de violation flagrante de cet article dans l'Etat de renvoi. Les juges européens ont confirmé l'arrêt *Ullah*, dans lequel la Chambre des Lords avait conclu à la difficulté d'envisager une affaire dans laquelle il existerait une violation suffisamment flagrante de l'article 9 qui n'engagerait pas également l'article 3¹⁵⁵.

En 2005, la Chambre des Lords a examiné la requête d'une femme ougandaise séropositive qui s'était rendue à Londres où sa demande d'asile avait été rejetée¹⁵⁶. La requérante, très malade à son arrivée en Angleterre, avait été soignée à l'hôpital. En Ouganda, elle risquait de ne pouvoir bénéficier de l'assistance médicale et des médicaments dont elle avait besoin et, privée de son traitement, de voir sa santé se dégrader rapidement. Cette affaire avait soulevé la question de savoir si l'expulsion serait compatible avec l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et tout traitement inhumain.¹⁵⁷ La Cour européenne des droits de l'homme avait auparavant conclu dans l'arrêt *D c. Royaume-Uni*¹⁵⁸ que l'expulsion d'un individu souffrant du SIDA vers l'île de Saint-Kitts violerait l'article 3 de la Convention. Le requérant était arrivé à un stade tellement critique de sa maladie que son renvoi l'aurait exposé à une mort dans des circonstances particulièrement douloureuses et inhumaines¹⁵⁹ (Saint-Kitts ne disposait pas des moyens de lui prodiguer le traitement nécessaire et il n'avait aucun proche pour s'occuper de lui de retour dans son pays). Par la suite, la Cour de Strasbourg a rendu d'autres jugements sur

¹⁵⁴ Cour EDH, *Z et T c. Royaume-Uni*, 28 février 2006, requête n°27034/05.

¹⁵⁵ Ibid n°154, p.7.

¹⁵⁶ *N v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 31.

¹⁵⁷ Ibid n°156 [7].

¹⁵⁸ Cour EDH, *D c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, requête n°30240/96.

¹⁵⁹ *N v SSHD*, [54].

la question de la compatibilité de l'expulsion d'un ressortissant de pays tiers malade par un Etat contractant. Cependant, dans *N v Secretary of State for the Home Department*, Lord Nicholls a relevé le manque de clarté de la jurisprudence de la Cour concernant les circonstances exceptionnelles et les considérations humanitaires qui auraient pu mener à un prononcé de violation dans ce contexte¹⁶⁰. D reste le seul jugement dans lequel une violation d'un droit de la Convention a été constatée dans le cadre de l'expulsion d'un malade vers un Etat tiers. Les juges de la Chambre des Lords étaient confrontés à un domaine dans lequel il n'existait aucun principe bien défini. Baroness Hale a dégagé le test suivant :

« (...) *whether the applicant's illness has reached such a critical stage (i.e. he is dying) that it would be inhuman treatment to deprive him of the care which he is currently receiving and send him home to an early death unless there is care available there to enable him to meet that fate with dignity (...)* [The test] *is not met on the facts of the case* »¹⁶¹.

Dans son jugement, Lord Hope estime que l'état de N. ne peut être qualifié de critique. En effet, il semble que le traitement dont elle a besoin soit disponible en Ouganda, bien qu'à un coût très élevé, et qu'elle ait de la famille là-bas, malgré le fait qu'elle affirme que ses proches ne seraient pas en mesure de l'héberger et de s'occuper d'elle¹⁶². Dès lors, Lord Hope estime que la situation de la requérante ne rentre pas dans le champ des circonstances exceptionnelles de l'arrêt *D*.

De manière assez paradoxale, la Chambre des Lords se repose sur l'approche *Ullah* en ce qui concerne l'interprétation de la section 2 du *Human Rights Act*, et réaffirme l'obligation pour les cours de suivre la jurisprudence claire et constante de la Cour. Lord Hope considère que leur action doit se borner à la tâche suivante : « *to determine the limits of* [the extension to the article 3 obligation], *not to enlarge it beyond the limits which the Strasbourg Court has set for it* »¹⁶³. Pourtant, l'arrêt *N v Secretary of State for the Home Department* établit un test qui définit les limites de l'extension de l'article 3 à l'expulsion d'étrangers dont la santé est mauvaise, ce qui n'avait jamais été réalisé par la Cour auparavant.

Suite à ce jugement, la requérante a déposé un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme afin de contester la décision du Secrétaire d'Etat de la renvoyer chez elle et le refus de la Chambre des Lords de donner droit à son appel. Dans l'arrêt *N c. Royaume-Uni*¹⁶⁴, la Cour rappelle que l'arrêt *D c. Royaume-Uni* est le seul exemple dans lequel le requérant a pu rester

¹⁶⁰ Ibid n° 159, [14].

¹⁶¹ Ibid n° 159, [69].

¹⁶² Ibid n° 159, [51].

¹⁶³ Ibid n° 159, [23], [24], [25].

¹⁶⁴ Cour EDH, *N c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, requête n° 26565/05.

dans l'Etat contractant au risque d'une violation de l'article 3 s'il était expulsé. Les juges de Strasbourg utilisent le même test que la plus haute juridiction anglaise, à savoir¹⁶⁵ :

« La décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'Etat contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3, mais seulement dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militant contre l'expulsion sont impérieuses »¹⁶⁶.

Ils démontrent ainsi leur volonté de ne pas interpréter les droits de la Convention de façon trop extensive, au risque de dégager un droit auquel les Etats n'auraient pas consenti lors de l'élaboration du texte. Sir Nicolas Bratza rappelle à ce propos que le juge international est contraint de respecter la lettre de la Convention tout autant que le juge national¹⁶⁷.

La Chambre des Lords aurait pu adopter une interprétation plus généreuse de la Convention. En effet, les faits auraient facilement pu être traités sur le même modèle que *D. c. Royaume-Uni*¹⁶⁸. La requérante avait apporté la preuve qu'elle pourrait difficilement se procurer le traitement dont sa survie dépendait, et que sa famille ne serait probablement pas en mesure de l'aider. Les Lords eux-mêmes avaient reconnu que son expulsion l'exposerait à un risque de mort prématurée¹⁶⁹. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme Tulkens, Bonello et Spielmann expriment l'opinion dissidente selon laquelle une violation de l'article 3 aurait pu être trouvée sans extension de l'article 3 par rapport à *D*, mais seulement en considérant le caractère « extrême » des faits dans *N*¹⁷⁰.

Les cours britanniques sont généralement réticentes à l'idée d'aller plus loin que la Cour de Strasbourg dans la protection des droits. Un constat de violation aurait étendu la portée de l'interdiction des traitements inhumains bien au-delà des exigences de l'article 3. En réalité, la Chambre des Lords a rejeté l'appel en question pour des raisons plutôt pragmatiques¹⁷¹. Les juges ont tous exprimé leur compassion à l'égard de *N*. Néanmoins, Lord Nicholls observe que l'article 3 ne peut être interprété comme imposant une obligation positive aux Etats contractants

¹⁶⁵ M. Amos, « The dialogue between United Kingdom courts and the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 557 à 584.

¹⁶⁶ *N c. RU*, [42].

¹⁶⁷ N. Bratza, « Living instrument or dead letter – the future of the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 116 à 128.

¹⁶⁸ Voir l'opinion dissidente commune des juges Tulkens, Bonello et Spielmann dans *N. c. Royaume-Uni*, [19] à [24].

¹⁶⁹ Voir Lord Hope [20], Baroness Hale [67], Lord Brown [73], [91] à [93] dans *N. v. SSHD*.

¹⁷⁰ Ibid n°168 (opinion dissidente dans *N. c. Royaume-Uni*), [25].

¹⁷¹ S. Palmer, « AIDS, expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2005, p. 533 à 540.

de soigner sur leur territoire toutes les personnes souffrant du SIDA de par le monde¹⁷². Lord Hope ajoute qu'une telle obligation risquerait d'attirer de nombreux malades vers l'Europe dans l'espoir de se faire soigner, ce qui n'est pas ce à quoi les Etats membres se sont engagés en ratifiant la Convention¹⁷³. La tension qui sous-tend cette affaire est résumée par Lord Brown au paragraphe 92 :

« *The choice now is between allowing the patient to remain in the host state to enjoy decades of healthy life at the expense of that state (...) and deporting the patient to a life of rapidly declining health to a comparatively early death* ».

Il semblerait que des considérations économiques et migratoires aient prévaluées et que la Cour ait estimé qu'il s'agissait d'un problème trop sensible socialement et politiquement pour adopter une solution contraire. Le résultat de ce dialogue est très contestable d'un point de vue humanitaire. Néanmoins, les cours britanniques ont su démontrer leur capacité à établir des principes transposables au niveau supranational. La Cour de Strasbourg a, quant à elle, prouvé qu'elle portait de la valeur aux jugements des plus hautes juridictions nationales en matière de protection des droits de l'homme.

b. L'élargissement de la marge d'appréciation – *Animal Defenders International contre Royaume-Uni*

Nous avons montré précédemment que la doctrine de la marge d'appréciation a permis aux cours britanniques d'interpréter les droits de la Convention de façon plus généreuse dans certains domaines, notamment ceux qui touchent à des questions sensibles d'un point de vue social ou politique¹⁷⁴. Pour reprendre la définition de Tom Lewis citée plus haut, la doctrine de la marge d'appréciation autorise un certain degré de latitude aux Etats particulièrement lorsqu'il y a une absence de consensus ou de pratique commune en Europe¹⁷⁵. Les cours se sont alors parfois autorisées à agir comme si elles n'étaient pas liées par la jurisprudence de Strasbourg et à s'en éloigner. C'est ce que Francesca Klug et Helen Wildbore ont nommé « *l'approche locale* », ou « *municipal approach* » en anglais¹⁷⁶.

¹⁷² *N v SSHD*, [17].

¹⁷³ *Ibid* n° 172, [53].

¹⁷⁴ Voir *P (Adoption : Unmarried Couple)* [2008] UKHL 38.

¹⁷⁵ T. Lewis, « What not to wear : religious right, the European Court, and the margin of appreciation, *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p.395 à 414.

¹⁷⁶ F. Klug, H. Wildbore, « Follow or lead ? The Human Rights Act and the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2010, p. 621 à 630.

En 2008, la Chambre des Lords a rendu un jugement au sujet de l'interdiction générale de la publicité à caractère politique à la télévision ou à la radio au Royaume-Uni¹⁷⁷. La requérante était Animal Defenders International (ADI), une ONG à but non lucratif luttant contre les maltraitements animaux. En 2005, elle avait lancé une campagne qui dénonçait l'exploitation des primates par les humains. Dans le cadre de cette campagne, la requérante avait réalisé une publicité qui n'avait pas pu être diffusée en vertu de la section 321(2) du *Communications Act 2003* qui interdit la retransmission à la télévision ou à la radio de publicités à visée politique. ADI avait alors contesté la compatibilité de cette loi avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit à la liberté d'expression politique. La Chambre des Lords a rejeté à l'unanimité le recours qui lui avait été soumis. Les juges ont examiné l'affaire à la lumière de la jurisprudence de la Cour dans *VgT contre Suisse*¹⁷⁸. Cet arrêt portait sur l'interdiction de diffusion à la télévision d'une publicité dénonçant l'industrie de la viande et demandant au public d'en réduire leur consommation. La Cour avait conclu à une violation de l'article 10 de la Convention au motif que l'association à l'origine de cette publicité souhaitait seulement participer à un débat général sur la protection des animaux. Dans *Animal Defenders International* le problème juridique résumé par Lord Bingham portait sur le point de savoir si l'interférence occasionnée par la loi de 2003 avec l'exercice du droit à la liberté d'expression de la requérante était nécessaire dans une société démocratique¹⁷⁹. L'objectif de l'interdiction parlementaire était de faire en sorte que le débat politique dans le cadre du processus démocratique se déroule dans des conditions équitables¹⁸⁰. Baroness Hale a estimé que le choix du Gouvernement et des politiques ne devait pas revenir aux groupes de pressions possédant le plus d'argent. Elle a rappelé que la démocratie reposait sur l'idée que chaque individu avait la même valeur et devait être en mesure d'échanger librement et de se forger sa propre opinion sur les questions d'actualité¹⁸¹. Elle a formulé l'enjeu de cette affaire de la manière suivante : « *striking the right balance between the two most important components of a democracy : freedom of expression and voter equality* »¹⁸². Lord Bingham a souligné le risque qu'engendrerait la diffusion de telles publicités. Le public pourrait être amené à admettre des thèses essentiellement politiques non parce que le débat public en a démontré la justesse, mais parce que, par le biais d'une répétition constante, il a été conditionné à les

¹⁷⁷ *R (on the application of Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture, media and Sport* [2008] UKHL 15.

¹⁷⁸ Cour EDH, *VgT Verein gegen Tierfabrik c. Suisse*, 28 juin 2001, requête n°24699/94.

¹⁷⁹ *Ibid* n°177, [26].

¹⁸⁰ *Ibid* n°177, [28].

¹⁸¹ *Ibid* n°177 [48].

¹⁸² *Ibid* n°177 [49].

accepter. Il a considéré que cet argument n'avait pas été suffisamment examiné par la Cour dans *VgT*¹⁸³. L'interdiction se limite à la publicité politique à la télévision ou à la radio seulement du fait de l'influence considérable de ces deux médias sur le public. Lord Bingham a justifié la proportionnalité de la mesure en cause par le fait que les autres formes de médias restaient accessibles à la requérante et que celle-ci pouvait toujours participer au débat politique lors de programmes télévisés ou radiophoniques¹⁸⁴. La Chambre des Lords a également examiné le processus d'adoption de l'interdiction générale. Il s'est avéré que, lorsque le projet de loi a été présenté au Parlement, le Gouvernement n'a pas été en mesure de prononcer une déclaration de compatibilité avec la Convention conformément à la section 19(1)(a) du *Human Rights Act*, envisageant par conséquent que l'interdiction puisse être contraire à l'article 10, bien que très improbable. Il s'est cependant résolu à l'adopter en vertu de la section 19(1)(b) au motif qu'il était impossible d'adopter une version plus conciliante. Enfin, les juges se sont appuyés sur l'absence de consensus parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe quant à la question de la publicité à caractère politique afin de justifier l'existence d'une marge d'appréciation plus importante. L'idée est que les Etats seraient les mieux à même de juger des « *garanties et contrepoids* » (« *check and balances* ») nécessaires pour protéger, dans le respect de l'article 10, le respect de leurs propres démocraties¹⁸⁵.

Suite de sa défaite devant les juridictions nationales, Animal Defenders International a déposé une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme. Par une courte majorité, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 10¹⁸⁶. La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme s'est éloignée de sa propre jurisprudence dans *VgT contre Suisse*. En son paragraphe 108, elle déclare que « *la qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière (...), y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente* ». La Cour dit : « *[il] existe au sein de l'Europe une multitude de différences historiques, culturelles et politiques qu'il incombe à chaque Etat d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie (...)* Etant en prise directe et permanente avec les forces vives de leur pays, avec leur société et avec les besoins de celle-ci, les autorités nationales, tant législatives que

¹⁸³ Ibid n°177 [29].

¹⁸⁴ Ibid n°177 [32].

¹⁸⁵ Ibid n°177 [35].

¹⁸⁶ Cour EDH, Grande Chambre, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, requête n°48876/08.

judiciaires, sont en principe les mieux placées pour apprécier les difficultés particulières qu'implique la sauvegarde de l'ordre démocratique dans leur Etat »¹⁸⁷.

Pour ces raisons, l'Etat doit se voir reconnaître une « *certaine latitude* ». La Cour rejoint Lord Bingham en constatant qu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats contractants quant à la manière de réglementer la publicité politique payante à la radio et à la télévision. La marge d'appréciation de l'Etat est élargie en matière de restrictions de la liberté d'expression sur des sujets d'intérêt public dans la mesure où il existe une « *multitude de différences* » dans les visions respectives des Etats de la démocratie¹⁸⁸.

Lady Hale a qualifié *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* d'un des principaux exemples du « *dialogue fructueux* » (« *successful dialogue* »)¹⁸⁹ entre les cours britanniques et la Cour européenne des droits de l'homme. Selon elle, le jugement de Strasbourg montre le respect de la Cour pour les décisions des représentants britanniques démocratiquement élus. Le juge à la Cour européenne des droits de l'homme Spano a également exprimé une opinion favorable à l'égard du jugement de la majorité dans *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*. Il estime que lorsque la Cour examine la question de l'étendue de la marge d'appréciation à accorder à un Etat, la qualité du processus décisionnel au plan législatif et judiciaire est « *cruciale* » et potentiellement « *décisive* » dans un cas présentant des intérêts antagonistes¹⁹⁰ (en l'espèce, la liberté d'expression à caractère politique et la préservation de l'électorat contre l'influence des lobbies). Cet arrêt s'inscrit selon lui dans le processus de développement d'un principe de subsidiarité plus « *robuste et cohérent* », reformulant les critères qui régulent le niveau de déférence à accorder aux Etats membres. Il est particulièrement important dans le sens où il est habituellement délicat de concilier des mesures générales interdisant une forme d'expression protégée par l'article 10 avec le critère fondamental de proportionnalité.

En adoptant en substance le raisonnement de la Chambre des Lords et en s'éloignant de sa propre jurisprudence, la Cour s'est engagée dans un dialogue institutionnel qui s'illustre comme l'envers du principe du miroir¹⁹¹. En effet, les juges européens sont cette fois-ci revenus sur des

¹⁸⁷ Ibid n°186 [111].

¹⁸⁸ Ibid n°186 [123].

¹⁸⁹ Lady Hale, « What's the Point of Human Rights ? », Warwick Law Lecture 2013, 28 novembre 2013, p. 1 à 22 (p. 15).

¹⁹⁰ R. Spano, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, 14, p. 487 à 502 (p. 498).

¹⁹¹ J. King, « Deference, Dialogue and Animal Defenders International », *U.K. Constitutional Law Blog*, 25 avril 2013, <https://ukconstitutionallaw.org/2013/04/25/jeff-king-deference-dialogue-and-animal-defenders-international/>, dernière consultation le 31 juillet 2017.

principes établis dans une jurisprudence antérieure, afin de refléter les spécificités du droit britannique. L'approche du miroir n'est pas formellement remise en cause par l'arrêt *Animal Defenders International*. Lord Bingham reconnaît que le devoir des cours sous l'angle de la section 2 du *Human Rights Act* est de prendre en compte la jurisprudence de Strasbourg, pas de la suivre de manière stricte. Pourtant, il rappelle que la Cour européenne des droits de l'homme reste l'autorité interprétative des droits de la Convention, tel qu'il l'a lui-même établi dans *Ullah*¹⁹². Baroness Hale est également d'avis que les droits contenus dans le *Human Rights Act* sont ceux qui sont définis dans la Convention¹⁹³. Les deux juges s'opposent par ailleurs au jugement de Lord Scott. Ce dernier déclare qu'il est possible qu'il y ait une divergence d'opinion entre la Cour européenne et la Chambre des Lords en ce qui concerne l'application de l'article 10 à l'interdiction générale en cause. Il estime que lorsque les droits de la Convention ont été transposés par le *Human Rights Act*, ils sont devenus partie intégrante du droit national. Si le Royaume-Uni reste tenu par ses engagements internationaux en tant que partie contractante à la Convention, les cours ne sont pas liées par les jugements de la Cour. La Cour Suprême reste donc l'autorité suprême en ce qui concerne la définition des droits de la Convention au niveau national¹⁹⁴. La pertinence du principe du miroir n'est pas réellement discutée dans ce jugement et les arguments exposés en sa défense sont peu convaincants¹⁹⁵. Les critiques de Lord Scott démontrent que le principe n'est pas aussi « *fermement établi* » qu'il en a l'air¹⁹⁶. *Animal Defenders International* entre dans cette catégorie d'arrêts où la Chambre des Lords a décliné de suivre les règles établies par Strasbourg. Mais au lieu d'aller au-delà du dicton « *no less, but certainly no more* », rappelé par Baroness Hale, le principe du miroir s'effrite au détriment d'une protection des droits plus restrictive.

Le dialogue qui s'est opéré dans le cadre de l'application de l'article 10 à l'interdiction générale de la publicité politique au Royaume-Uni a été accueilli comme le signe positif que Strasbourg tient compte de la vision particulière qu'un Etat entretient de son système démocratique. En ce sens, il peut être qualifié de dialogue raisonnable et sensé (le terme de « *sensible dialogue* » est utilisé par Tom Lewis)¹⁹⁷. L'objectif de la mesure parlementaire en

¹⁹² *R (on the application of Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture, media and Sport* [2008] UKHL 15 [37].

¹⁹³ *Ibid* n°192, [53].

¹⁹⁴ *Ibid* n°192, [44].

¹⁹⁵ R. Clayton, « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case-law », *Public Law*, 2012, p. 498 à 506.

¹⁹⁶ A. L. Young, « Is dialogue working under the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, Octobre 2011, p. 773-800.

¹⁹⁷ T. Lewis, « *Animal Defenders International v United Kingdom* : Sensible Dialogue or a Bad Case of Strasbourg Jitters ? », *The Modern Law Review*, 2014, 77(3), p.460-492.

cause était double. Il s'agissait d'une part d'éviter que le régime publicitaire britannique ne se transforme en celui en vigueur aux Etats-Unis, où les groupes de pressions avec beaucoup d'argent ont un impact considérable sur l'opinion publique grâce à la publicité¹⁹⁸. D'autre part, la Chambre des Lords voulait empêcher d'offrir une plateforme publicitaire à des acteurs véhiculant des opinions beaucoup plus controversées que celles d'Animal Defenders International¹⁹⁹. Cependant, en s'éloignant des principes établis dans *VgT* sans toutefois opérer un revirement de jurisprudence, la Cour a créé un climat d'incertitude quant à la jurisprudence à appliquer. Il semblerait également qu'il y ait à présent un « *double standard* » selon lequel une mesure générale interdisant la publicité à caractère politique peut ne pas remplir le critère de nécessité dans la société démocratique suisse, mais satisfait ce même critère au Royaume-Uni²⁰⁰. De façon plus pragmatique, Lewis s'interroge sur l'influence du climat d'hostilité régnant au sein de la classe politique et des médias britanniques suite au jugement de la Grande Chambre dans *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, où les juges ont constaté la violation de l'article 3 du Protocole n°1 de la Convention par l'interdiction générale du droit de vote des prisonniers. Finalement, au lieu d'être un signe de la vivacité du dialogue judiciaire, l'arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* pourrait seulement être une marque de prudence de la part de la Cour, qui a préféré « *y réfléchir à deux fois avant d'interférer de nouveau avec les mécanismes de la démocratie britannique* »²⁰¹.

2. La réception des jugements européens par les juridictions britanniques dans des domaines politiquement sensibles

Si Strasbourg a parfois substitué son propre jugement à celui des cours nationales, elle demeure l'autorité finale quant à la définition des droits de la Convention²⁰². Les deux arrêts qui seront traités dans cette partie tendent à démontrer que, même dans des domaines politiquement sensibles, la Cour a su imposer sa vision de la protection des droits. Pour cela, elle n'hésite pas à s'opposer aux jugements de la Chambre des Lords, notamment en ce qui concerne la lutte contre la criminalité (a) ou la lutte contre le terrorisme (b).

¹⁹⁸ Voir en ce sens Baroness Hale dans *Animal Defenders International*, [47].

¹⁹⁹ Voir en ce sens Lord Bingham dans *Animal Defenders International*, [25].

²⁰⁰ *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, opinion dissidente des Juges Siemele, Sajo, Kalaydjieva, Vucinic et de Gaetano, [1].

²⁰¹ T. Lewis, « *Animal Defenders International v United Kingdom : Sensible Dialogue or a Bad Case of Strasbourg Jitters ?* », *The Modern Law Review*, 2014, p. 460 à 492 (p. 474).

²⁰² E. Bates, « *Who should have the final word on human rights ?* », *UK Human Rights Blog*, 6 mars 2012, <https://ukhumanrightsblog.com/2012/03/06/who-should-have-the-final-word-on-human-rights-dr-ed-bates/>, dernière consultation le 1^{er} août 2017.

a. Le régime de conservation des empreintes digitales et échantillons cellulaires et l'article 8 de la Convention – *S et Marper c. Royaume-Uni*

Le dialogue entre la Chambre des Lords et Strasbourg sur la conformité de la conservation par la police des empreintes digitales et des échantillons cellulaires avec la Convention s'est déroulé dans un climat politique hostile à l'autorité de la Cour. En effet, un an avant que la Chambre des Lords ne rende son jugement dans *S and Marper*²⁰³, la Cour de Strasbourg avait condamné le Royaume-Uni pour son interdiction générale du droit de vote des prisonniers dans *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*. Pourtant, celle-ci a su affirmer son interprétation de l'article 8 en relation avec le régime légal de stockage des données britannique en prenant le contre-pied de la plus haute juridiction du pays.

Les recours présentés devant la Chambres des Lords portaient sur le cas de deux personnes qui avaient fait l'objet d'une enquête pénale et dont les empreintes digitales et des échantillons d'ADN avaient été prélevés par la police. Le premier requérant était soupçonné d'avoir pris part à un cambriolage lorsqu'il avait onze ans mais avait été acquitté par la suite. Le second avait fait l'objet de poursuites pour harcèlement envers sa partenaire. Finalement, cette dernière avait retiré sa plainte et l'affaire avait été classée sans suite. La rétention d'empreintes digitales et de prélèvements ADN a été légalisée par la section 64(1A) du *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)*. Elle est possible pour une durée indéterminée, même après que le suspect a été relaxé ou que les charges à son encontre ont été abandonnées. La seule limitation est qu'elle ne peut être autorisée qu'à des fins de prévention ou de détection du crime, dans le cadre d'une enquête ou de la conduite de poursuites pénales. Les requérants ont contesté la conformité de cette loi avec le droit au respect de la vie privée de l'article 8 et l'interdiction de la discrimination de l'article 14. La majorité des Lords a conclu que l'article 8 n'était pas engagé dans cette affaire et que, à supposer qu'il le soit, l'ingérence était justifiée. Baroness Hale était la seule à exprimer une opinion contraire. Elle considérait que la conservation des données en question constituait une ingérence dans l'exercice du droit au respect à la vie privée mais que cette ingérence avait été justifiée dans le cas d'espèce. Dans son jugement, Lord Steyn insiste sur le pouvoir et l'efficacité des techniques de prélèvement des empreintes digitales et des échantillons d'ADN dans la lutte contre la criminalité²⁰⁴. Il estime qu'il n'y a pas de violation

²⁰³ *Regina v Chief Constable of South Yorkshire Police and Regian v Chief Constable of South Yorkshire Police* [2004] UKHL 39.

²⁰⁴ *Ibid* n°203, [8].

de l'article 8(1) dans la mesure où les données stockées ne permettent pas d'identifier la personne et que leur utilisation est limitée à des fins spécifiques²⁰⁵. La section 3 du *Human Rights Act* oblige les juges à interpréter des dispositions générales de façon restrictive dans le but de les rendre compatibles avec la Convention. Dès lors, la section 64(1A) du *PACE* pouvait être lue comme n'autorisant l'utilisation des données que pour disculper un suspect, dans le cadre d'un appel en matière pénale ou bien d'une enquête sur une erreur judiciaire²⁰⁶. Afin de justifier l'ingérence, Lord Steyn s'est principalement reposé sur le fait que les données n'étaient employées qu'à des fins de détection et de prévention de la criminalité.

Dans *S and Marper contre Royaume-Uni*²⁰⁷, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme s'est engagée dans un examen minutieux de la conformité de la section 64(1A) du *PACE* avec l'article 8 de la Convention. Elle s'est appuyée pour cela sur l'opinion minoritaire de Baroness Hale. Elle conclut que la conservation des échantillons cellulaires et des profils ADN, ainsi que des empreintes digitales des requérants relève d'une atteinte au droit au respect de la vie privée sous l'article 8(1) de la Convention car ces éléments contiennent une quantité importante de données à caractère personnel unique, permettant l'identification de la personne. L'ingérence est prévue par la loi et poursuit un but légitime, celui de détecter et prévenir les infractions pénales. Pour vérifier la proportionnalité de l'ingérence, la Cour a comparé le régime légal du Royaume-Uni avec le droit et la pratique en vigueur dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe. La Grande Chambre constate que la plupart des Etats contractants n'autorisent le prélèvement des échantillons cellulaires que dans le cadre de procédures pénales pour des infractions suffisamment graves, et la majorité des Etats qui disposent d'une base de données ADN détruisent ou effacent les échantillons génétiques après un acquittement ou un non-lieu. Elle souligne l'exemple du droit écossais qui prévoit la conservation de l'ADN de personnes non condamnées uniquement pour les adultes accusés d'infractions violentes ou d'infractions sexuelles, pour une durée de trois ans maximum avec possibilité de prorogation de deux ans²⁰⁸. La marge d'appréciation reconnue dans cet arrêt est très restreinte en raison du fort consensus parmi les Etats membres et de la responsabilité particulière qui incombe au Royaume-Uni en tant que « pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies »²⁰⁹. A l'instar de *Hirst*, la Cour condamne le caractère général et indifférencié du

²⁰⁵ Ibid n°203, [29].

²⁰⁶ Ibid n°203, [30].

²⁰⁷ Cour EDH, Grande Chambre, *S and Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, requêtes n°30562/04 et 30566/04.

²⁰⁸ Ibid n°206, [108] et [109].

²⁰⁹ Ibid n°206, [112].

pouvoir de conservation en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles et conclut à la violation de l'article 8²¹⁰.

Les points de vue des deux instances judiciaires au sujet de l'existence d'une ingérence et de sa gravité étaient très éloignés. Le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme aurait même pu provoquer un mouvement de protestation au sein de la classe politique. Pourtant, les juges de Strasbourg ont réussi à corriger la solution de la Chambre des Lords avec habileté, en s'affirmant dans leur rôle d'examiner le droit et la pratique en vigueur dans d'autres Etats membres et en dégagant l'existence d'un fort consensus²¹¹. Après l'arrêt de la Grande Chambre, le Gouvernement britannique a fait part de son intention de modifier le droit relatif à la rétention des échantillons d'ADN. Cependant, en 2010, le Président du *Joint Committee on Human Rights* faisait part de ses inquiétudes par rapport au *Crime and Security Act 2010*, qui prévoyait la conservation de l'ADN de personnes innocentes et d'enfants pour une durée de jusqu'à six ans. Il soulevait le risque qu'une telle législation ait pour conséquence d'autres prononcés de violations par Strasbourg et appelait à un régime légal inspiré du droit écossais²¹². En 2011, la Cour Suprême a opéré un revirement de jurisprudence afin de se conformer à celle de Strasbourg²¹³. Merris Amos souligne que *S and Marper c. Royaume-Uni* s'inscrit dans la lignée de ces arrêts européens qui ont permis aux juges nationaux de prendre des décisions qu'ils n'auraient pas osé prendre sans appui au niveau supranational²¹⁴. L'affaire en question concernait le prélèvement d'échantillons d'ADN sur la personne des deux requérants. Le premier, GC, était soupçonné d'avoir agressé sa compagne. Il avait finalement été relâché sans avoir été inculpé. Le second, C, était accusé d'avoir violé sa compagne mais avait finalement été acquitté faute de preuves. Ils réclamaient tous deux un examen judiciaire quant à la légalité de la rétention de leurs échantillons d'ADN par la police. En effet, *l'Association of Chief Police Officers* avait ordonné que le pouvoir de discrétion dont disposaient les chefs de police de détruire les prélèvements soit exercé dans des circonstances exceptionnelles. Il s'avérait que ceux-ci avaient continué à conserver les profils ADN de plus d'un million de personnes dont l'innocence avait été établie, dont 200 000 avaient été ajoutés après le jugement de la Grande

²¹⁰ Ibid n°206, [125].

²¹¹ N. Bratza, « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 505 à 512.

²¹² Voir notamment en ce sens la lettre envoyée par le Président du *Joint Committee on Human Rights* au Secrétaire d'Etat le 9 septembre 2010.

²¹³ *R (on the application of GC) v The Commissioner of Police of the Metropolis and R (on the application of C) v Commissioner of Police of the Metropolis* [2011] UKSC 21.

²¹⁴ M. Amos, « The dialogue between United Kingdom courts and the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 557 à 584.

Chambre²¹⁵. Lord Judge a confirmé que les juges étaient unanimes sur la nécessité de ne plus traiter l'arrêt de la Chambre des Lords *S and Marper* comme faisant autorité²¹⁶. Lord Dyson a par ailleurs souligné l'importance pour la Cour Suprême d'exprimer ce qu'elle considérait être la position légale adéquate (i.e. celle de Strasbourg) dans un domaine aussi sensible que celui de la rétention des données biométriques. Cependant, il a estimé que le Parlement devait se voir accorder un délai raisonnable afin d'amender la législation en vigueur²¹⁷. C'est pourquoi la majorité a interprété la section 64(1A) du *PACE* de manière compatible avec l'article 8 de la Convention sous l'angle de la section 3(1) du *Human Rights Act*, en attendant que le Parlement vote une nouvelle loi.

Finalement, le *Crime and Security Act* a été abandonné au profit du *Protection of Freedoms Act 2012*. La loi introduit en Angleterre et au Pays de Galle un régime légal largement similaire au modèle écossais que la Cour de Strasbourg préconisait. Le *Joint Committee on Human Rights* a salué la nouvelle législation comme étant moins intrusive et plus proportionnée²¹⁸.

L'exemple de *S et Marper c. Royaume-Uni* illustre la capacité de la Cour à s'engager dans un échange constructif avec les juridictions nationales, aboutissant à une protection renforcée des données à caractère personnel des citoyens britanniques. Si le jugement s'est heurté à des réticences dans les premiers temps (notamment de la police), il est maintenant largement accepté par l'opinion publique²¹⁹.

b. L'expulsion d'étrangers suspectés de terrorisme et l'article 6 de la Convention : *Abu Qatada contre Royaume-Uni*

Il est plus difficile de qualifier de dialogue le contentieux existant autour du risque flagrant de violation du droit au procès équitable dans le cadre de l'expulsion de terroristes étrangers. L'affaire *Abu Qatada* a provoqué la colère d'une partie de la classe politique et de certains

²¹⁵ A. Travis, « Police breaking law by keeping DNA of the innocent, supreme court rules », *The Guardian*, 18 mai 2011, <https://www.theguardian.com/politics/2011/may/18/police-dna-database-supreme-court>, dernière consultation le 1^{er} août 2017.

²¹⁶ Ibid n°214, [77].

²¹⁷ Ibid n°214, [46] et [47].

²¹⁸ Joint Committee on Human Rights, *Human Rights Judgments : Seventh Report of Session 2014-15*, 11 mars 2015, HL Paper 130, HC 1088 (3.11).

²¹⁹ J.C. Mignon, « European court of human right is not perfect, but it's still precious », *The Guardian*, 19 avril 2012, <https://www.theguardian.com/law/2012/apr/19/european-court-of-human-rights-human-rights>, dernière consultation le 1^{er} août 2017.

médias britanniques (qui ont souvent caricaturé l'affaire)²²⁰. Certains académiciens estiment qu'*Abu Qatada* s'inscrit dans un mouvement de contestation générale à l'encontre de la jurisprudence de Strasbourg relative au droit des étrangers²²¹. Cependant, une analyse approfondie permet de dégager une position plus nuancée.

Si l'on en revient aux faits, M. Othman, également connu sous le nom d'Abu Qatada, terroriste de nationalité jordanienne, avait été condamné par contumace à deux reprises pour conspiration terroriste. Alors que ce dernier s'était réfugié au Royaume-Uni, le Secrétaire d'Etat a ordonné son expulsion vers la Jordanie. Le requérant s'est pourvu en justice à l'encontre de cette décision, alléguant un risque réel de violation des articles 3, 5 et 6 de la Convention s'il était renvoyé en Jordanie. La Commission spéciale des recours en matière d'immigration (SIAC) a déclaré que l'expulsion était justifiée par des intérêts de sécurité nationale. L'autorité en matière d'immigration a réfuté l'existence d'un risque pour le requérant de subir des actes de torture lors de sa détention dans le but de lui extorquer des aveux. M. Othman affirmait également qu'il serait soumis à une détention provisoire de plus de cinquante jours. La SIAC a estimé que le mémorandum d'entente signé entre les Gouvernements britannique et jordanien exprimait les garanties nécessaires pour que le détenu soit traduit immédiatement devant un juge afin d'examiner la légalité de sa détention, n'emportant pas violation du droit à la liberté (article 5). Cependant, le requérant maintenait que s'il était expulsé vers la Jordanie, son droit à un procès équitable en serait bafoué. En effet, il alléguait le tribunal devant lequel il serait traduit n'était ni indépendant ni impartial, et les preuves qui seraient utilisées contre lui avaient été obtenues par la torture. La SIAC a reconnu que le procès risquait d'être inéquitable dans le sens de l'article 6, mais qu'il n'existait pas de risque réel de déni total du droit à un procès équitable et donc pas de violation de la Convention.

La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galle a jugé que, si les critères pour satisfaire le test de violation des articles 3 et 5 n'étaient pas remplis, le requérant encourrait un risque réel de violation de l'article 6²²². La SIAC aurait correctement établi le test selon lequel l'expulsion de M. Othman n'emporterait violation de l'article 6 que dans la mesure où il existerait un risque réel de flagrant déni de procès équitable. Cependant, la Commission aurait commis une erreur

²²⁰ Voir parmi d'autres P. Johnston, « Abu Qatada : once again, he has made fools of us », *The Telegraph*, 17 janvier 2012, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/9020416/Abu-Qatada-once-again-he-has-made-fools-of-us.html>, dernière consultation le 2 août 2017.

²²¹ N. Hervieu, « Une Cour européenne des droits de l'homme maîtresse de son destin », *La Revue des Droits de l'Homme*, 12 mai 2014, <http://revdh.revues.org/658>, dernière consultation le 2 août 2017.

²²² *Othman (Jordan) v Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 290.

de droit en concluant que le test n'était pas satisfait en l'espèce. La Cour d'appel a rappelé que l'utilisation, dans le cadre d'un procès, de preuves obtenues par la torture était étroitement liée à l'interdiction « *fondamentale, inconditionnelle et non-dérogeable* » de la torture de l'article 3. Dès lors, un « *haut degré d'assurance* » est exigé dans le cadre de l'expulsion d'une personne vers un pays tiers où elle risque de faire l'objet d'un procès dans lequel des preuves obtenues par la torture sont susceptibles d'être utilisées²²³.

Le Secrétaire d'Etat a déposé un recours devant la Chambre des Lords à l'encontre du jugement de la Cour d'appel qui concluait que l'expulsion d'Abu Qatada engagerait la responsabilité du Royaume-Uni. L'affaire a été entendue en même temps que le cas de deux autres hommes, RB et U, qui soutenaient que leur renvoi en Algérie les exposerait à un risque réel de torture et de traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Dans un arrêt *RB v Secretary of State for the Home Department and OO v Secretary of State for the Home Department*²²⁴ la Chambre des Lords a conclu à la non-violation des articles 3, 5 et 6 de la Convention pour les deux affaires. Lord Philips reconnaît dans son opinion la justesse du raisonnement de Buxton LJ dans l'arrêt de la Cour d'appel, qui avait déclaré que l'interdiction d'utiliser des preuves obtenues par la torture relevait davantage de l'idée que l'Etat doit s'opposer de manière ferme à ce type de conduite plutôt que de l'inéquité du procès elle-même. Seulement, Lord Philips estime que ce principe s'applique à l'Etat dans lequel ce type de preuves est susceptible d'être utilisé et qu'il n'oblige en rien le Royaume-Uni à retenir un individu soupçonné de terrorisme sur son territoire, au détriment de la sécurité nationale²²⁵. La Chambre des Lords a conclu à l'unanimité que la SIAC n'avait commis aucune erreur de droit en jugeant que l'expulsion de M. Othman ne violerait pas les droits de la Convention.

L'affaire est arrivée devant la Chambre de la Cour européenne sur requête de M. Othman. Celle-ci a rendu un jugement *Othman (Abu Qatada) contre Royaume-Uni*²²⁶ le 17 janvier 2012 déclarant à l'unanimité que l'expulsion du requérant en Jordanie n'emporterait pas violation de l'article 3 et de l'article 5 de la Convention mais emporterait violation de l'article 6 en raison du risque réel que soient admis à son nouveau procès des éléments de preuve obtenus par la torture. La Cour conduit dans cet arrêt une analyse détaillée de l'état de la protection des

²²³ Ibid n°222, [48] et [49].

²²⁴ *RB (Algeria) and another v Secretary of State for the Home Department and OO (Jordan v Secretary of State for the Home Department)* [2009] UKHL 10.

²²⁵ Ibid n°224, [153].

²²⁶ Cour EDH, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2012, requête n°8139/09.

droits de l'homme en Jordanie en se fondant sur des rapports des Nations Unies et d'ONG²²⁷. Le Comité des Nations Unies contre la torture entre autres, constatait dans ses Observations finales sur la Jordanie datant du 25 mai 2010 que « *les aveux obtenus sous la contrainte seraient largement utilisés comme éléments de preuve dans les tribunaux de l'Etat partie* »²²⁸. Pour ce qui est du respect de l'article 3 de la Convention, les juges européens reconnaissent que les assurances fournies par l'Etat d'accueil dans le mémorandum d'entente « *ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour garantir une protection satisfaisante contre le risque de mauvais traitements* »²²⁹. Se basant sur les rapports internationaux, les juges admettent que le requérant encourt un risque réel de mauvais traitement²³⁰. Néanmoins, la Chambre estime que la situation générale en matière de droits de l'homme en Jordanie n'empêche pas le Royaume-Uni d'accepter quelque assurance que ce soit de la part du Gouvernement jordanien. Prenant note de la qualité supérieure des assurances diplomatiques contenues dans le protocole d'entente²³¹, la Cour conclut à la non-violation de l'article 3. La solution relative à l'article 5 est identique. Une expulsion ne pourrait entraîner la responsabilité de l'Etat contractant sous l'article 5 que si l'individu concerné était exposé à une violation flagrante de son droit à la liberté. En l'espèce, la Cour est satisfaite de la garantie des autorités jordaniennes de traduire le requérant en justice et estime que le délai de cinquante jours contesté par le requérant n'est pas de nature à constituer une violation flagrante.

Depuis l'arrêt *Soering contre Royaume-Uni* la Cour de Strasbourg reconnaît la possibilité d'engager l'article 6 dans le cadre d'une expulsion. Cependant, c'est la première fois que le principe débouche sur une condamnation. Pour qu'il y ait une violation flagrante, « *il faut qu'il y ait une violation du principe d'équité du procès garanti par l'article 6 qui soit tellement grave qu'elle entraîne l'annulation, voir la destruction de l'essence même du droit protégé par cet article* »²³². Les juges de Strasbourg se rangent à l'avis de la Cour d'appel britannique. Ils estiment que la question du respect de l'équité du procès est particulièrement significative dans la mesure où il existe un risque réel que des éléments de preuve obtenus par la torture soient admis. La Cour soulève les difficultés qu'il y a à prouver l'utilisation de la torture, pratique « *exceptionnellement diabolique tant par sa barbarie que par l'effet corrupteur qu'elle a sur la procédure pénale* »²³³. De plus, elle réfute l'idée qu'un système juridique fondé sur l'état de

²²⁷ Ibid n°226, [106] à [124].

²²⁸ Ibid n°226, [107].

²²⁹ Ibid n°226, [187].

²³⁰ Ibid n°226, [192].

²³¹ Ibid n°226, [194].

²³² *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* [260].

²³³ Ibid n°231, [276].

droit tolère l'admission d'éléments de preuve obtenus « *par une pratique aussi barbare que la torture* »²³⁴. L'expulsion du requérant en Jordanie emporterait donc bel et bien violation de l'article 6 de la Convention.

Le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme a suscité bon nombre de réactions. Plusieurs voix se sont même élevées en soutien d'une dénonciation de la Convention. L'ancien Premier ministre David Cameron a prononcé un discours devant l'Assemblée du Conseil de l'Europe quelques jours seulement après l'arrêt de la Cour. À propos de la controverse relative au prononcé de violation de l'article 6, il dit :

« (...) *when controversial rulings overshadow the good and patient long-term work that has been done, that not only fails to do justice to the work of the Court... it has a corrosive effect on people's support for human rights. The Court cannot afford to lose the confidence of the people of Europe* »²³⁵.

L'affaire s'inscrit clairement dans le contexte politique sensible de la lutte contre le terrorisme et plus largement dans le débat sur le rôle de la Cour dans le système juridique britannique²³⁶. Néanmoins, la portée de la décision de la Cour de Strasbourg mérite d'être nuancée. Strasbourg a affirmé son autorité en matière d'expulsion d'étrangers vers des pays tiers en concrétisant pour la première fois le principe selon lequel un éloignement peut soulever des questions de conformité avec l'article 6 de la Convention. Les juges européens ont adopté sur ce point une position ferme, s'opposant ainsi à la Chambre des Lords au nom de l'état de droit. Il ne s'agirait pourtant pas d'une tentative de Strasbourg d'établir de « *nouvelles règles du jeu* » (« *move the goalposts* ») ou d'outrepasser les limites de son pouvoir interprétatif²³⁷. La Cour a fondé sa solution sur le jugement de *Soering* qui avait établi qu'un Etat contractant pouvait voir sa responsabilité engagée dans le cadre de l'extradition ou de l'expulsion d'un individu dans un autre Etat, lorsqu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il ou elle serait exposé(e) à un risque réel de torture. Le principe de *Soering* appliqué à l'article 6 avait déjà été affirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence antérieure de la Cour. Le fait que la Cour d'appel britannique et la Cour de Strasbourg aient appliqué ce principe à un cas concret confirme la solidité des preuves soutenant l'existence d'un risque flagrant d'inéquité du procès.

²³⁴ Ibid n°231, [264].

²³⁵ Discours du PM David Cameron devant l'Assemblée du Conseil de l'Europe le 25 janvier 2012.

²³⁶ C. McCarthy, « Diplomatic Assurances, Torture and Extradition : The Case of Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom », *EJIL : Talk !*, 18 janvier 2012, <https://www.ejiltalk.org/diplomatic-assurances-torture-and-extradition-the-case-of-othman-abu-qatada-v-the-united-kingdom/>, dernière consultation le 3 août 2017.

²³⁷ N. Bratza, « Living instrument or dead letter – the future of the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2014, 2, p. 116 à 128.

De plus, Nicolas Hervieu rappelle que la Cour n'a pas remis en cause le mécanisme des assurances diplomatiques permettant l'expulsion d'étrangers vers des pays tiers afin qu'ils y soient jugés²³⁸. En effet, après avoir analysé en détails les rapports des Nations Unies et d'ONG faisant état de violations graves des droits de l'homme en Jordanie, les juges strasbourgeois ont tout de même conclu à la validité et à la qualité du mémorandum d'entente entre les deux Gouvernements. En d'autres termes, les Etats contractants peuvent toujours envoyer des individus vers des Etats tiers dans lesquels leurs droits fondamentaux sont susceptibles d'être transgressés. Hervieu perçoit le jugement comme « *une nouvelle tentative de la part des juges européens d'instaurer une relation constructive avec le Royaume-Uni* ».

Merris Amos envisage le dialogue autour de l'affaire *Abu Qatada* dans sa forme non-délibérée²³⁹. Les juridictions britanniques n'ont pas cherché à s'engager dans un échange avec la Cour européenne des droits de l'homme. C'est par le prisme du mécanisme judiciaire mis en place par le système de la Convention que la Cour a pu répondre à la vision de la protection des droits des étrangers soupçonnés de terrorisme de la Chambre des Lords. *Abu Qatada* illustre le fait que le dialogue ne s'articule pas seulement entre la Cour Suprême et la Cour européenne des droits de l'homme, mais qu'il peut également impliquer d'autres juridictions. En l'espèce, la Cour d'appel a correctement interprété et appliqué la jurisprudence strasbourgeoise. Paul Harvey écrit que la Cour de Strasbourg a su montrer dans cet arrêt son rôle d'arbitre entre les positions contraires des différentes juridictions britanniques²⁴⁰.

Le 27 mars 2013, la Cour d'appel britannique a rejeté la demande d'appel du Secrétaire d'Etat devant la Cour Suprême en contestation de la décision de la SIAC qui avait déclaré que M. Othman ne pouvait être expulsé²⁴¹. La Commission en matière d'immigration a tenu compte du jugement de la Cour européenne des droits de l'homme en opposition au Département de l'intérieur qui avait communiqué son intention de renvoyer M. Othman en Jordanie. La Cour d'appel a rejeté la pertinence de l'argument du Gouvernement selon lequel M. Othman était considéré comme un terroriste extrêmement dangereux. Dans son jugement, elle rappelle que

²³⁸ N. Hervieu, « Encadrements conventionnels des expulsions d'étrangers terroristes menacés dans le pays de destination », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 janvier 2012, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/01/24/expulsion-d%E2%80%99etrangers-terroristes-malgre-la-tempete-britannique-la-cour-de-strasbourg-tente-de-maintenir-le-cap-cedh-4e-sect-17-janvier-2012-othman-abu-qatada-c-royaume-uni/>, dernière consultation le 3 août 2017.

²³⁹ M. Amos, « The dialogue between United Kingdom courts and the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 557 à 584.

²⁴⁰ P. Harvey, « Keep calm and apply the European Convention on Human Rights », *UK Human Rights Blog*, 4 juin 2013, <https://ukhumanrightsblog.com/2013/06/04/keep-calm-and-apply-the-european-convention-on-human-rights-paul-harvey-2/>, dernière consultation le 3 août 2017.

²⁴¹ *Omar Othman aka Abu Qatada v Secretary of State for the Home Department* [2013] EWCA Civ 277.

la torture est « *universellement abhorrée* »²⁴² et que par conséquent, un Etat ne peut expulser une personne dans un autre Etat où il existe une réelle possibilité que des éléments de preuve aient été obtenus par des actes de torture. Ainsi, les autorités judiciaires britanniques démontrent une volonté de respecter les jugements de la Cour de Strasbourg, d'autant plus lorsque les violations des droits qui sont en jeu sont d'une telle gravité. Finalement, Abu Qatada a été renvoyé en Jordanie après que le Gouvernement britannique et le Gouvernement jordanien ont signé un nouveau traité assurant que les preuves obtenues par l'usage de la torture ne seraient pas retenues contre lui²⁴³.

B. Les craintes d'une jurisprudence européenne cédant face aux pressions britanniques

L'un des défis majeurs pour Strasbourg en ce début de XXIème siècle est la fameuse question du droit de vote des prisonniers, qui fragilise son autorité de façon considérable. La problématique dans cette partie sera de voir dans quelle mesure le conflit qui oppose le Gouvernement et le Parlement britanniques à Strasbourg a un impact sur les jugements nationaux relatifs à la protection des droits de la Convention (1). Dans ce contexte, il s'agit de se demander si le dialogue des juges relève d'une dynamique positive ou bien d'une forme de pression de la part des juridictions britanniques sur la politique jurisprudentielle de la Cour (2).

1. Le dialogue des juges dans le contexte sensible du droit de vote des détenus

Lors d'une conférence de 2013, Lord Sumption a abordé la question du rôle des juges dans la création du droit²⁴⁴. Le ton du discours est particulièrement critique à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme. En principe, la Cour interprète la Convention à la lumière de l'évolution des mœurs sociales communes aux démocraties européennes au nom de la doctrine de l'instrument vivant. Pourtant, en pratique, le juge estime que les juges européens se servent de cette doctrine afin d'imposer leur propre vision de la démocratie. Selon lui, la Cour avait été initialement conçue comme garante des droits et libertés individuels contre le despotisme qui a plongé l'Europe dans deux guerres mondiales lors du siècle dernier. Or,

²⁴² Ibid n°241, [58].

²⁴³ Auteur anonyme, « Abu Qatada deported from UK to stand trial in Jordan », *BBC*, 7 juillet 2013, <http://www.bbc.com/news/uk-23213740>, dernière consultation le 3 août 2017.

²⁴⁴ Lord Sumption, « The Limits of Law », *27th Sultan Azlan Shah Lecture in Kuala Lumpur*, 20 novembre 2013, p. 1 à 15.

aujourd'hui, elle interprète les droits de la Convention en outrepassant l'intention de ses fondateurs. Lord Sumption occulte dans ce discours tous les litiges entre les cours britanniques et Strasbourg qui ont prouvé leur capacité au dialogue. Sa critique à l'encontre de la Cour se porte notamment sur l'existence d'un « *déficit démocratique* » dû au fait que celle-ci juge trop d'affaires soulevant des aspects fondamentalement politiques. Il s'appuie sur l'exemple de *Hirst contre Royaume-Uni*, dans lequel la Cour n'aurait pas prêté assez d'attention aux garanties démocratiques de la privation du droit de vote des détenus au Royaume-Uni. On s'intéressera à la position des cours britanniques dans un contexte politique national hostile à la jurisprudence européenne.

a) La position relativement ferme de la Cour sur le droit de vote des prisonniers

Le 8 octobre 2010, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé le jugement de la Chambre²⁴⁵, condamnant le Royaume-Uni pour la violation de l'article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention. La section 3 du *Representation of People Act 1983* interdit aux prisonniers de voter aux élections législatives et municipales. Le requérant, M. Hirst, avait écopé d'une peine d'emprisonnement perpétuelle discrétionnaire et avait saisi la *High Court* sur le fondement de l'article 4 du *Human Rights Act* afin qu'elle prononce une déclaration d'incompatibilité de la loi avec l'article 3 du Protocole 1. Cette disposition garantit la tenue « [d'élections] *libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* ». La demande de déclaration d'incompatibilité avait été refusée par la *Divisional Court*. Celle-ci avait déclaré que le détenu avait perdu le privilège de s'exprimer sur la façon dont le pays était gouverné pendant la durée de sa détention pour avoir perpétré un crime grave.

La Grande Chambre a reconnu que les termes de l'article 3 du Protocole 1 ne garantissent pas expressément le droit de vote, mais que la Cour a déjà dégagé ce droit dans sa jurisprudence antérieure du fait de son caractère « [crucial] *pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'état de droit* »²⁴⁶. La majorité des juges a rejeté l'idée que la capacité de voter était un privilège mais bien un droit qui doit être octroyé au plus grand nombre de personnes possible²⁴⁷. Or, selon les informations du Gouvernement, la section 3 du *Representation of the People Act 1983* affecterait potentiellement plus de 48 000 individus au

²⁴⁵ Cour EDH, *Hirst contre Royaume-Uni*, 30 mars 2004, requête n°74025/01.

²⁴⁶ Cour EDH, Grande Chambre, *Hirst (n°2) contre Royaume-Uni*, 6 octobre 2006, requête n°74025/01, [58].

²⁴⁷ Ibid n°246, [59].

Royaume-Uni. De plus, la mesure restrictive englobe des peines allant d'un jour d'emprisonnement à la perpétuité, pour des actes relativement mineurs jusqu'aux actes les plus graves²⁴⁸. La Cour a remarqué dans cet arrêt que le Parlement n'avait pas mené de débat de fond sur la question de savoir si l'interdiction se justifiait toujours, à la lumière de la politique pénale moderne et des normes en vigueur en matière de droits de l'homme²⁴⁹. Les juges européens ont réaffirmé l'ampleur de la marge d'appréciation et ont admis qu'il y avait un désaccord entre les différents Etats contractants. Cependant, ils ont relevé que les Etats prévoyant des mesures restrictives générales et automatiques étaient minoritaires²⁵⁰. La Cour en a conclu que la disposition en cause imposait une interdiction générale et automatique à tous les détenus pour toute la durée de leur détention, quelle que soit la durée de leur peine, la nature ou la gravité de l'infraction²⁵¹.

Face à la résistance du Parlement britannique à remédier à l'incompatibilité et au nombre croissant de requêtes dénonçant une violation de l'article 3 du Protocole 1 pour des faits similaires à *Hirst*, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt pilote en 2010. Dans le jugement *Greens et MT contre Royaume-Uni*²⁵², la Chambre a déclaré que la privation du droit de vote des requérants résultait de l'absence d'amendement de la section 3 du *Representation of People Act 1983*, suite à l'arrêt *Hirst* et que cela suffisait à conclure à une violation de l'article 3 du Protocole 1. Les juges ont constaté qu'il y avait environ 2500 requêtes similaires en attente devant la Cour et qu'il y aurait autour de 70 000 individus susceptibles de présenter de telles requêtes. Strasbourg a estimé que le manquement du Gouvernement à remplir ses obligations sous la Convention portait atteinte à l'effectivité de cette dernière et a laissé six mois au Gouvernement et au Parlement pour y remédier, sous la supervision du Conseil des Ministres chargé de surveiller l'exécution des arrêts. La Cour marque ainsi sa « *position jurisprudentielle* » quant à la question du droit de vote des prisonniers²⁵³. Nicolas Hervieu prédit que l'issue du contentieux « *sera déterminante pour l'autorité de la juridiction strasbourgeoise à l'égard des Etats parties et, par voie de conséquence, pour la pérennité de son rôle dans l'espace européen* ».

²⁴⁸ Ibid n°246, [77].

²⁴⁹ Ibid n°246, [79].

²⁵⁰ Ibid n°246, [81].

²⁵¹ Ibid n°246, [82].

²⁵² Cour EDH, *Greens et MT c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, requête n°60041/08.

²⁵³ N. Hervieu, « Rejet de la demande de renvoi en Grande Chambre dans le contentieux sensible du droit de vote des détenus au Royaume-Uni », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 avril 2011, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/04/14/droit-de-vote-des-detenus-une-epreuve-de-force-cruciale-pour-l%E2%80%99avenir-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme/>, dernière consultation le 6 août 2017.

En 2012, la Grande Chambre a confirmé les principes dégagés dans *Hirst* dans un arrêt *Scoppola contre Italie*²⁵⁴. Lorsque l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre, le Gouvernement britannique est intervenu afin de faire savoir à la Cour que les conclusions auxquelles elle était parvenue dans *Hirst* étaient « *erronées et [que] celle-ci devrait revenir sur cette jurisprudence* ». Le Royaume-Uni a également remarqué qu'il y a eu des discussions au sein de la Chambre des Commons sur la question de la compatibilité de la section 3 de la loi de 1983 avec « *les lignes directrices établies dans cette affaire* » et que celle-ci s'est majoritairement opposée à restreindre la portée de la disposition litigieuse²⁵⁵. En réponse, la Cour rappelle notamment au paragraphe 95 que, s'il y a eu une évolution au niveau européen et dans le système de la Convention, celle-ci s'est opérée en faveur d'une diminution des limitations du droit de vote des détenus condamnés. Cette observation exclut dès lors un possible réexamen des principes dégagés dans *Hirst*. Néanmoins, l'arrêt *Scoppola* vient apporter quelques concessions. En effet, la Grande Chambre vient préciser que « *l'application d'une interdiction du droit de vote en l'absence d'une décision judiciaire ad hoc n'emporte pas à elle seule violation de l'article 3 du Protocole n°1* ». De plus, les juges strasbourgeois ont convenu que la mesure incriminée du droit italien ne présentait pas les « *caractères de généralité, d'automaticité et d'application indifférenciée qui, dans l'affaire Hirst (n°2), l'ont conduite à un constat de violation de l'article 3 du Protocole n°1* »²⁵⁶. Le juge David Thor Björgvinsson a rédigé une opinion dissidente, estimant que la position adoptée par la majorité dans *Scoppola* était incompatible avec les conclusions de la Cour dans l'arrêt *Hirst*. Considérant que « *la législation italienne est aussi peu nuancée que la législation britannique* », le juge européen regrette qu'il ait été « *désormais retiré à l'arrêt Hirst toute sa portée en tant que jurisprudence de principe protégeant le droit de vote des détenus en Europe* ». Si *Hirst* demeure l'autorité en vigueur, *Scoppola* s'inscrirait dans une tentative d'apaisement des tensions politiques entre le Royaume-Uni et la Cour de Strasbourg, ravivées notamment par l'affaire *Abu Qatada*²⁵⁷. La Cour ne peut cependant pas pour autant céder aux pressions exercées par le Royaume-Uni, au risque de fragiliser sa propre autorité²⁵⁸.

²⁵⁴ Cour EDH, Grande Chambre, *Scoppola c. Italie* (n°3), 22 mai 2012, requête n°126/05.

²⁵⁵ Voir en ce sens les paragraphes [75] à [80].

²⁵⁶ Ibid n°254, [108].

²⁵⁷ N. Hervieu, « Droit de vote des détenus : La diplomatie jurisprudentielle au service d'une paix des braves sur le front européen des droits de l'homme », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 23 mai 2012, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/05/23/la-diplomatie-jurisprudentielle-au-service-dune-paix-des-braves-sur-le-front-europeen-des-droits-de-lhomme-cedh-g-c-23-mai-2012-scoppola-c-italie-n-3/>, dernière consultation le 6 août 2017.

²⁵⁸ N. Hervieu, « Poursuite du bras de fer entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 10 septembre 2011,

b) L'attitude réceptive des juridictions britanniques

Jean-Paul Costa cite l'arrêt *Hirst* comme l'exemple le plus célèbre de conflits persistants entre la Cour de Strasbourg et les cours nationales. Il souligne que, bien que la résistance actuelle émane principalement du Gouvernement, le litige tire son origine du refus de la *Divisional Court* de donner droit à l'appel du requérant qui se plaignait d'une violation de l'article 3 du Protocole n°1 de la Convention²⁵⁹. Deux arrêts plus récents illustrent tout particulièrement la manière dont les juridictions britanniques ont réceptionné le jugement de la Cour.

Pour la première fois dans *Smith v Scott*²⁶⁰, la question de l'effet de *Hirst* sur le droit national a été portée devant les cours britanniques²⁶¹. La Cour d'appel écossaise avait été saisie du cas d'un individu dont la demande d'inscription sur les registres électoraux avait été rejetée en raison de sa condamnation pénale. La question devant les juges d'appel était de savoir si, à la lumière de *Hirst*, la section 3 de la loi de 1983 pouvait être interprétée conformément à la Convention sous l'angle de la section 3 du *Human Rights Act* et, le cas échéant, si la juridiction pouvait prononcer une déclaration d'incompatibilité en vertu de la section 4(2). En se basant sur les principes dégagés dans l'arrêt *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, la Cour d'appel a refusé de lire la disposition litigieuse en y ajoutant que les interdictions de voter seraient appliquées à la discrétion du juge. La cour considérait qu'une telle interprétation reviendrait à « légiférer pour son propre compte »²⁶², du fait du caractère général de l'interdiction du droit de vote pour tous les prisonniers purgeant leur peine. Pour ce qui est de la section 4, les juges écossais ont souligné que le Gouvernement ne paraissait pas avoir pour projet immédiat d'amender la loi de 1983. La question du droit de vote des prisonniers est complexe, mais elle n'est pas nouvelle. Et le Gouvernement a été plus réactif dans des affaires passées impliquant des aspects plus sensibles, comme dans *Bellinger* où des avancées législatives avaient déjà été réalisées lorsque la Chambre des Lords s'est prononcé sur l'incompatibilité du droit britannique avec l'article 8 de la Convention. Constatant l'absence de volonté de la part du Gouvernement de présenter une

<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/09/11/londres-vs-strasbourg-match-sans-fin-mais-decisif-sur-le-droit-de-vote-des-detenus/>, dernière consultation le 6 août 2017.

²⁵⁹ J.P. Costa, « The relationship between the European Court of Human Rights and the national courts ? », *European Human Rights Law Review*, 2013, 3, p. 264 à 274.

²⁶⁰ *Smith v Scott* [2007] C.S.I.H. 9.

²⁶¹ A. Kesby, « Prisoner voting rights and the effect of *Hirst v. United Kingdom (No 2)* on national law », *The Cambridge Law Journal*, 2007, p. 258 à 260.

²⁶² *Ibid* n°260, [27].

nouvelle loi corrigeant la violation, la Cour d'appel écossaise a décidé de prononcer une déclaration d'incompatibilité. Cependant, l'utilisation de la section 4(2) par la Cour d'appel écossaise est restée sans réponse de la part du Parlement.

Dans le jugement de la Cour Suprême *Chester v Secretary of State for Justice*²⁶³, les deux requérants, M. Chester et M. McGeoch avaient écopé de peines de prison à perpétuité pour meurtre. M. McGeoch avait également commis plusieurs actes de violence durant sa détention et tenté de s'évader. Ils soutenaient que leur inéligibilité à voter aux élections du Parlement européen de 2009 pour le premier et aux élections municipales et du Parlement écossais pour le second, violait leurs droits sous l'angle de la Convention. Les juges ont refusé de prononcer une déclaration d'incompatibilité. Lady Hale a dit que même si la section 3 du *Representation of People Act 1983* avait été amendée, les prisonniers auraient probablement été exclus du droit de vote. L'arrêt a surtout réaffirmé l'approche des cours britanniques à l'égard de la jurisprudence claire et constante de la Cour, en particulier lorsqu'il s'agit de jugements de la Grande Chambre – et qui plus est, confirmés à plusieurs reprises, comme en l'espèce dans deux arrêts de la Grande Chambre, *Hirst* et *Scoppola*. Lord Mance a souligné la valeur du dialogue entre la Cour Suprême et la Cour de Strasbourg, en citant notamment les raisonnements de Lord Phillips dans *Horncastle* et de Lord Neuberger dans *Pinnock*. Ce dialogue a permis aux cours nationales de faire valoir des points de vue divergents et de refuser de suivre la jurisprudence strasbourgeoise lorsqu'un principe fondamental était en jeu ou bien lorsque la Cour avait mal cerné un aspect important du droit national. Cependant, Lord Mance pense que le dialogue est rendu plus difficile lorsque la Cour a tranché l'affaire en Grande Chambre²⁶⁴. Dans son commentaire de *Chester*, Andrew Tickell suggère que cet arrêt pourrait venir poser des limites au modèle du dialogue entre juges, préconisé par *Horncastle*²⁶⁵. Cette supposition est confirmée par le commentaire de Lord Mance au paragraphe 34, qui estime que la mise en place d'un « *dialogue significatif* » en ce qui concerne le droit de vote des prisonniers n'est plus à espérer. Lady Hale reconnaît l'aspect particulièrement sensible du sujet, puisque la majorité de l'opinion publique s'oppose à accorder à des délinquants le droit de vote. Mais la démocratie implique bien plus que de respecter le point de vue de la majorité. Il s'agit également de sauvegarder les droits des minorités, y compris celles qui sont impopulaires²⁶⁶. Lord Sumption a souscrit aux

²⁶³ *Chester v Secretary of State for Justice and McGeoch v The Lord President of the Council and another (Scotland)* [2013] UKSC 63.

²⁶⁴ Ibid n°263, [25] à [27].

²⁶⁵ A. Tickell, « Prisoner voting gambits : disappointment all round in Chester, McGeoch and Moohan », *Edinburgh Law Review*, 2014, p. 289 à 295.

²⁶⁶ Ibid n°263, [86] et [88].

opinions de Lord Mance et de Lady Hale, bien qu'étant mal à l'aise avec l'idée de considérer les prisonniers comme une minorité. L'expression « *prendre en compte* » de la section 2 du *Human Rights Act* dans le langage courant n'implique rien de plus que de considérer les décisions de la Cour de Strasbourg. Pourtant, le juge déclare qu'une décision de la Cour représente bien plus qu'une simple opinion sur le sens à donner aux droits de la Convention : « *A decision of the European Court of Human Rights is more than an opinion about the meaning of the Convention. It is an adjudication by the tribunal which the United Kingdom has by treaty agreed should give definitive rulings on the subject* »²⁶⁷.

Lord Sumption perçoit le châtement des auteurs de crimes comme une réaffirmation de l'état de droit et des valeurs fondamentales communes à la société que les personnes condamnées ont violées. L'interdiction générale et automatique du droit de vote des prisonniers reflète l'idée que l'emprisonnement est plus qu'une simple privation de liberté : il s'agit d'exclure le prisonnier de la société de manière temporaire et par conséquent de lui retirer le droit de participer à la vie publique²⁶⁸. La Grande Chambre aurait pu assouplir sa position dans *Scoppola*, mais elle a maintenu les principes établis dans *Hirst*. Dès lors, considérer la privation du droit de vote des prisonniers comme un aspect fondamental du droit britannique apparaît comme une « *suggestion extrême* » qui se doit d'être rejetée par la Cour Suprême²⁶⁹.

Il y a un certain paradoxe dans ce jugement. D'une part, les juges ont suivi l'approche traditionnelle des juridictions britanniques en rejetant la suggestion de l'*Attorney General* de s'éloigner de la jurisprudence de la Cour. L'attitude contraire aurait très certainement eu pour conséquence d'accroître les différends entre le Royaume-Uni et Strasbourg²⁷⁰ et d'appuyer la position du Gouvernement britannique. D'autre part, la Cour Suprême aurait pu décider de prononcer une nouvelle déclaration d'incompatibilité, afin de marquer sa désapprobation envers le retard qu'a pris sciemment le Gouvernement dans la proposition d'une nouvelle législation conforme à la Convention²⁷¹. Au contraire, Lord Mance affirme clairement qu'il ne considère pas la privation du droit de vote des prisonniers comme un aspect fondamental du droit britannique : « *It makes it difficult to see prisoner disenfranchisement as fundamental to a stable democracy and legal system such as the United Kingdom enjoys* »²⁷². Le Professeur

²⁶⁷ Ibid n°263, [121].

²⁶⁸ Ibid n°263, [128].

²⁶⁹ Ibid n°263, [138].

²⁷⁰ E. Bates, « Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg », *Human Rights Law Review*, 2014, p. 503 à 540.

²⁷¹ S. Briant, « Dialogue, diplomacy and defiance : prisoners' voting rights at home and in Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 243 à 252. Le commentaire est fait à l'égard du jugement de Cour d'Appel mais peut tout aussi bien s'appliquer à celui de la Cour Suprême.

²⁷² *Chester and McGeoch*, Lord Mance à [35].

Gearty souligne l'idée que l'adage de Lord Rodger « *Argentoratum locutum : iudicium finitum – Strasbourg a parlé, l'affaire est close* » n'est qu'un mythe²⁷³, ce que démontre l'arrêt *Chester*. En effet, il est fort probable que si la plus haute juridiction du pays avait prononcé une déclaration d'incompatibilité, le Parlement aurait entrepris les réformes nécessaires afin de se conformer à la jurisprudence européenne, contrairement à ce qui s'est passé après *Smith v Scott*.

La notion du dialogue entre les juges dans le cadre du contentieux relatif au droit de vote des détenus est complexe. Les juridictions britanniques ont soit adopté pleinement le jugement de la Cour dans *Hirst*, soit refusé de s'éloigner de cette jurisprudence avec un enthousiasme modéré. Strasbourg a quant à elle, maintenu une position ferme malgré l'opposition virulente que sa jurisprudence a suscitée. Un recul de sa part sur la question risquerait d'affaiblir son autorité, déjà fragilisée par la remise en question de sa légitimité par le Royaume-Uni.

2. La place du dialogue dans la mise en œuvre de la politique jurisprudentielle de la Cour

Il est un principe fermement établi que les juridictions britanniques se doivent de suivre la jurisprudence claire et constante de la Cour, en particulier lorsque celle-ci a été confirmée par la Grande Chambre. Ce précepte est même applicable dans les domaines les plus sensibles de la protection des droits. Il n'empêche que les cours ont su faire valoir certaines traditions et pratiques juridiques qu'elles jugeaient fondamentales. La délimitation entre volonté d'entrer dans un dialogue et résistance des cours est alors parfois difficile à tracer. Dans *La Politique Juridique Extérieure*, Guy de Lacharrière analyse l'impact des politiques nationales des Etats dans le cadre des relations internationales²⁷⁴. L'ouvrage s'inscrit plutôt dans le système judiciaire général du droit international et le contexte historique de la Guerre Froide. Néanmoins, le concept de politiques juridiques extérieures a des résonances dans le cadre du dialogue entre les juridictions britanniques et la Cour européenne des droits de l'homme. De Lacharrière prête en commun aux politiques juridiques des Etats « *la volonté des gouvernements concernés de déterminer leurs conduites* [dans le cadre des relations internationales] *en fonction de leurs propres objectifs* ». L'auteur aborde le concept de politique jurisprudentielle qui consiste pour les tribunaux internationaux permanents à prendre position

²⁷³ C. Gearty, « On fantasy island : British politics, English judges and the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2015, p. 1 à 8.

²⁷⁴ G. de Lacharrière, *La Politique Juridique Extérieure*, éd. Economica, 1983, 236 pages.

sur une série d'affaires. Une telle politique engendre une jurisprudence cohérente reposant sur l'existence de précédents, qui viennent préciser les contours du droit international²⁷⁵. Il est indéniable que les juges supranationaux ont un « *rôle créateur* » qu'ils exercent par une interprétation dynamique et libérale des traités. Ainsi, ils conservent la capacité de suivre l'évolution de la société²⁷⁶. C'est le principe même de la doctrine de l'instrument vivant pratiquée par la Cour de Strasbourg. Cependant, les instances judiciaires internationales doivent composer avec les politiques nationales des gouvernements. De Lacharrière évoque les positions des Etats au sujet des méthodes d'interprétation des juges internationaux, et rappelle que la compétence de ces juges est obligatoire. Dès lors, si un Etat n'est pas d'accord avec la politique jurisprudentielle de la juridiction internationale, il doit quand même se résoudre à l'appliquer. Autrement, cela aurait pour conséquence de provoquer une crise majeure pouvant se terminer sur une sortie de l'Etat de l'organisation internationale²⁷⁷. Le scénario est facilement envisageable dans le cas du Royaume-Uni, puisque depuis plusieurs années, il règne un climat de « crise » au sein du Conseil de l'Europe dû à l'attitude réfractaire de ce Gouvernement. Mais c'est justement cet état de crise qui pousse la Cour européenne des droits de l'homme à moduler sa jurisprudence. Ainsi, l'activité de la Cour est-elle pleinement ancrée dans une politique jurisprudentielle. Les juges européens sont soucieux de développer le droit de la Convention tout en mettant en œuvre un dialogue équilibré entre avancée dans la protection des droits et respect des spécificités juridiques et sensibilités politiques de chacun. Deux domaines de la Convention ont soulevé des questions quant à cet équilibre : la conformité du régime d'admissibilité des preuves par ouï-dire avec l'article 6 de la Convention (a) et l'atteinte portée par le régime de la peine à perpétuité réelle à l'article 3 de la Convention (b).

a. L'admissibilité des preuves par ouï-dire : entre dialogue exemplaire et recul des droits de la défense

L'échange juridictionnel qui a eu lieu entre la Cour Suprême du Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'admissibilité des preuves par ouï-dire est certainement celui qui illustre le mieux la notion du dialogue des juges. Majoritairement qualifié de dialogue exemplaire et efficace (i), il soulève néanmoins certaines inquiétudes quant à l'éventualité d'un recul de la protection des droits de la défense (ii).

²⁷⁵ Ibid n°274 (p.155-156).

²⁷⁶ Ibid n°274 (p.162 à 172).

²⁷⁷ Ibid n°274 (p. 173).

i. L'efficacité du dialogue judiciaire illustrée par les arrêts *Al-Khawaja* et *Horncastle*

La première affaire devant la Cour concernait M. Al-Khawaja, un expert en médecine rééducative accusé d'avoir agressé sexuellement deux de ses patientes après les avoir placées sous hypnose. L'une d'entre elles, S.T., s'était suicidée après avoir fait une déposition à la police. La déclaration était capitale en ce qu'elle constituait le seul fondement du chef d'accusation. Le juge de la Crown Court a autorisé le témoignage à être lu devant le jury et M. Al-Khawaja a été condamné à l'unanimité pour les deux chefs d'agression. Son appel devant la Cour d'appel a été débouté au motif que la recevabilité de la déposition faite par la plaignante décédée ne portait pas nécessairement atteinte au droit à un procès équitable de l'article 6 de la Convention. Le requérant a sollicité auprès de la Chambre des Lords l'autorisation de lui soumettre un point de droit d'intérêt général mais la demande a été rejetée. La seconde affaire portait sur M. Tahery. Il s'était battu avec S., qui avait été poignardé à plusieurs reprises dans le dos. Aucun des témoins interrogés sur les lieux n'avait vu M. Tahery porter les coups. S. lui-même était dans l'incapacité d'identifier son agresseur. Quelques jours plus tard, T., qui faisait partie de la même communauté que S., avait déclaré à la police qu'il avait vu le requérant le poignarder. Il soutenait être trop terrorisé pour comparaître en personne au procès. Le juge de fond a autorisé à ce que le témoignage de T. soit lu devant le jury, estimant que la peur éprouvée était réelle. M. Tahery a été déclaré coupable de blessures visant à causer des lésions corporelles graves par le jury. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel plénière, soutenant que son droit à un procès équitable avait été méconnu car il n'avait pas pu soumettre T. à un contre-interrogatoire. La Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait pas eu d'injustice dans la tenue du procès et le requérant s'est vu refuser l'autorisation d'interjeter appel.

Les deux requérants invoquaient devant la Cour une violation de l'article 6(1) et (3) d) de la Convention, qui garantit le droit à un procès équitable et le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation des témoins à décharge. Dans l'arrêt *Lucà c. Italie*²⁷⁸, la Cour a énoncé au paragraphe 40 :

« *Si l'accusé a eu une occasion adéquate et suffisante de contester [des dépositions anonymes ou de témoins absents], au moment où elles sont faites ou plus tard, leur utilisation ne se heurte pas en soi à l'article 6§§1 et 3 d). Il s'ensuit cependant que les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation*

²⁷⁸ Cour EDH, *Lucà c. Italie*, 21 février 2001, requête n°33354/96.

se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats ».

Les parties s'accordaient sur le fait que les condamnations prononcées se fondaient exclusivement ou dans une mesure déterminante sur les dépositions de S.T. et de T. Dans les deux affaires, la Cour a estimé que les éléments compensateurs avancés par le Gouvernement n'étaient pas suffisants pour contrebalancer les inconvénients causés à la défense par la recevabilité des dépositions en tant que preuve. Elle a conclu à la violation de l'article 6(1) combiné avec l'article 6(3) d) de la Convention dans les deux chefs.

La particularité de cet arrêt est qu'il a suscité une réponse de la part de la Cour Suprême britannique, qui s'est directement adressée à Strasbourg par le biais d'un jugement. *R v Horncastle*²⁷⁹ portait sur des faits similaires à l'arrêt *Al-Khawaja*. Dans la première affaire devant la Cour Suprême, la victime était décédée avant l'ouverture du procès et sa déposition avait été lue au jury. La Cour d'appel avait conclu que la condamnation des requérants se fondait sur le témoignage écrit « *dans une mesure déterminante* » (« *to a decisive extent* »), bien qu'il existât d'autres éléments de preuve. L'autre affaire concernait un kidnapping. La victime avait fait une déposition à la police mais s'était enfuie juste avant le début du procès car elle était effrayée de témoigner. D'après la Cour d'appel, la condamnation des requérants ne reposait pas, dans une mesure déterminante, sur la lecture de la déposition aux jurés. La Cour Suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel à l'unanimité dans un jugement rédigé par Lord Phillips. A l'inverse de Strasbourg, la juridiction suprême a considéré qu'une condamnation fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déclaration d'un témoin que la défense n'avait pas eu l'occasion de contre-interroger n'emportait pas automatiquement violation de l'article 6. *Horncastle* crée une nouvelle exception à l'approche traditionnelle de la section 2 du *Human Rights Act* :

*« There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accomodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course »*²⁸⁰.

Le but d'une telle approche est de permettre à la Cour de Strasbourg de reconsidérer sa position dans des affaires impliquant un aspect particulier du droit britannique. C'est ainsi que, selon Lord Phillips, un « *dialogue précieux* » peut se mettre en œuvre. La décision vient redéfinir la

²⁷⁹ *R v Horncastle* [2009] UKSC 14.

²⁸⁰ *Ibid* n°279, [11].

relation entre les juridictions britanniques et la Cour européenne des droits de l'homme. Lord Phillips estime que l'introduction du critère de la preuve « *unique ou déterminante* » dans le droit britannique soulèverait des difficultés d'ordre pratique. Il relève notamment le caractère paradoxal d'une telle règle. En effet, il semble que plus la preuve est convaincante et présente donc un caractère déterminant, moins elle peut être invoquée. De plus, le *Criminal Justice Act 2003* fournit les garanties suffisantes pour exclure une condamnation qui serait contraire au droit à un procès équitable, même si cette condamnation est fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur une preuve par ouï-dire²⁸¹. Lord Phillips estime que la Cour de Strasbourg n'a pas pris en compte dans son arrêt *Al-Khawaja* le fait que la procédure pénale britannique prévoyait les garanties suffisantes contre l'inéquité du procès. Ainsi, il déclare qu'il serait injuste pour la Cour Suprême de retenir le test de la preuve unique ou déterminante à la place des dispositions de la loi de 2003, qui parviennent à un équilibre entre la préservation de l'équité du procès et les intérêts des victimes en particulier et de la société de manière générale. Lord Phillips espère que Strasbourg saura prendre en considération les raisons qui l'ont amené à décliner l'application de *Al-Khawaja* comme il a lui-même pris en compte la jurisprudence strasbourgeoise dans son raisonnement²⁸². Merris Amos qualifie ce dialogue de « *délibération* »²⁸³ dans le sens où la Cour Suprême a délibérément cherché à converser avec Strasbourg sur la procédure à appliquer pour déterminer si l'admissibilité des preuves par ouï-dire est compatible avec l'article 6.

Le dialogue était facilité dans cet arrêt par le fait que la Cour avait seulement rendu un jugement de Chambre. Lord Brown va même jusqu'à dire que *Al-Khawaja* ne fait pas autorité. La solution de la Cour ne deviendra définitive que si elle est confirmée par la Grande Chambre²⁸⁴. Dès lors, *Horncastle* vient préciser quels jugements les juridictions britanniques se doivent d'appliquer dans les affaires relatives aux droits de l'homme, en vertu de la section 2 du *Human Rights Act*²⁸⁵.

Finalement, le dialogue s'est soldé de manière positive. En effet, la Cour a réexaminé l'affaire *Al-Khawaja et Tahery*²⁸⁶ en Grande Chambre et a choisi d'assouplir la règle de la preuve unique ou déterminante. Elle a rappelé « *les risques inhérents aux témoignages par ouï-*

²⁸¹ Ibid n°279, [91] et [92].

²⁸² Ibid n°279, [108].

²⁸³ M. Amos, « The dialogue between the United Kingdom courts and the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 557 à 584.

²⁸⁴ Ibid n°279, [121].

²⁸⁵ R. Clayton, « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case-law, *Public Law*, 2012, p. 498 à 506.

²⁸⁶ Cour EDH, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2011.

dire », qui justifie l'importance du caractère unique ou déterminant d'une preuve « *dans l'appréciation de l'équité globale de la procédure* ». Le critère de la preuve unique ou déterminante doit être contrebalancé par des éléments suffisamment compensateurs, telles que des garanties procédurales solides²⁸⁷. La Grande Chambre reformule l'examen à appliquer afin de déterminer si l'admission d'une preuve par ouï-dire portera atteinte à l'article 6(1) et (3) d). Dorénavant, la Cour examine en premier lieu s'il était nécessaire d'admettre le témoignage par ouï-dire litigieux. En second lieu, elle vérifie si ce témoignage a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation. Enfin, la Cour regarde si l'admission du témoignage a été contrebalancée par des éléments suffisants pour assurer l'équité²⁸⁸. Pour ce qui est du cas de M. Al-Khawaja, la formation strasbourgeoise réitère le fait qu'en l'absence de déposition du témoin décédé, le premier chef d'accusation n'aurait pas été retenu, ce qui en fait une preuve déterminante. Cependant, malgré les difficultés causées à la défense et l'existence de risques inhérents à ce type de preuve, la Cour a estimé qu'il y avait des éléments compensateurs suffisants, notamment la fiabilité de la déposition qui avait été enregistrée par la police et corroborée par plusieurs éléments. Dès lors, l'admission de la déposition de S.T. n'a pas emporté violation de l'article 6(1) combiné à l'article 6(3) d). Dans l'affaire *Tahery*, la Grande Chambre n'a toutefois pas souhaité revenir sur le constat de violation. Le caractère unique ou déterminant du témoignage non vérifié (puisque'il n'a été corroboré par aucun autre témoignage) en faisait une preuve pesant lourd dans la balance. La défense n'ayant pas pu contester la sincérité et la fiabilité de T. au moyen d'un contre-interrogatoire, la Cour a jugé que les éléments compensateurs n'étaient pas suffisants pour assurer l'équité du procès.

Le juge Bratza a rédigé une opinion concordante²⁸⁹, dans laquelle il estime que « *la présente affaire constitue un bon exemple du dialogue judiciaire évoqué par Lord Phillips entre les juridictions nationales et la Cour européenne sur l'application de la Convention* ». En effet, la Cour aurait pu se contenter de tenir compte du point de vue de la Cour Suprême sur le critère de la preuve unique et déterminante. Au lieu de cela, elle a réexaminé les garanties procédurales contenues dans le *Criminal Justice Act 2003* et a pris en compte de la rigidité de ce critère, qui était évoqué comme l'une des difficultés principales par Lord Phillips. De façon extra-juridictionnelle, Nicolas Bratza disait au sujet de *Horncastle* que la liberté que prenaient les cours à critiquer la jurisprudence de Strasbourg était bénéfique et permettrait de « *cimenter une*

²⁸⁷ Ibid n°286, [147].

²⁸⁸ Ibid n°286, [152].

²⁸⁹ Opinion concordante du juge Bratza dans l'arrêt de *Grande Chambre Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*.

relation » solide entre les deux niveaux de juridiction²⁹⁰. Le juge Costa, a lui-aussi qualifié *Al-Khawaja et Tahery* de « véritable dialogue judiciaire ». Selon ses propres mots, la solution adoptée par la Grande Chambre est une « position nuancée » qui reflète clairement le raisonnement de la Cour Suprême²⁹¹.

Après le prononcé de violation de l'article 6 par la Chambre, la Cour a subi une nouvelle salve d'attaques, notamment vis-à-vis de l'inflexibilité de sa jurisprudence et de son manque de compréhension de certains aspects des droits nationaux²⁹². Le contexte dans lequel la Grande Chambre allait rendre son jugement était donc particulièrement sensible (d'autant plus que la question du droit de vote des prisonniers est toujours loin d'être réglée). Cet arrêt est important dans la mesure où la Cour s'est prononcée de manière indirecte sur la façon dont elle doit prendre en compte les jugements des juridictions locales. En ce sens, on peut affirmer que la solution dégagée est « nuancée ». D'une part, les juges européens n'ont pas complètement cédé à la Cour Suprême, maintenant le critère de la preuve unique et déterminante et considérant que la recevabilité de la déposition de T. dans l'affaire *Tahery* affectait l'équité du procès. D'autre part, la Cour a assoupli ce critère et a reconnu que les cours britanniques étaient parfois mieux placées pour juger de certains aspects du Common law. Finalement, l'arrêt de la Grande Chambre a permis de ménager les sensibilités politiques au sein du Royaume-Uni vis-à-vis de l'Europe. Le Professeur Gearty souligne que Strasbourg a besoin d'un Royaume-Uni engagé dans le processus européen, ce qu'a prouvé le dialogue sur les preuves par ouï-dire.

Dans la suite du feuilleton judiciaire relatif à l'admissibilité des preuves par ouï-dire, les requérants dans l'arrêt *Horncastle* ont déposé une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a confirmé sa jurisprudence dans un jugement de Chambre *Horncastle et autres contre Royaume-Uni*²⁹³ de 2014. Elle a conclu à la non-violation de l'article 6(1) et (3) d) de façon unanime en appliquant les principes établis par la Grande Chambre dans *Al-Khawaja et Tahery*, selon lesquels l'admission d'une preuve obtenue par ouï-dire n'entraîne pas automatiquement une violation.

²⁹⁰ N. Bratza, « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 505 à 512.

²⁹¹ J.P. Costa, « The relationship between the European Court of Human Rights and the national courts ? », *European Human Rights Law Review*, 2012, p. 264 à 274.

²⁹² C. Gearty, « *Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom* », *UK Constitutional Law Association*, 9 janvier 2012, <https://ukconstitutionallaw.org/2012/01/09/onor-gearty-al-khawaja-and-tahery-v-united-kingdom/>, dernière consultation le 8 août 2017.

²⁹³ Cour EDH, *Horncastle et autres c. Royaume-Uni*, 16 décembre 2014, requête n°4184/10.

ii. Le risque d'un recul dans la protection des droits de la défense

Francesca Klug et Hellen Wildbore remarquent que les cas pour lesquels les juridictions britanniques ont décliné de suivre un arrêt de Strasbourg sont rares. Toutefois, la mise en œuvre d'une telle approche consiste souvent pour les cours à démontrer que la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation à tort²⁹⁴. Cela s'est vérifié avec l'arrêt *Animal Defenders International* (précédemment développé) et se confirme avec *Al-Khawaja et Tahery*. Dès lors, on peut s'interroger sur les bienfaits d'une telle attitude sur le développement de la protection des droits. L'arrêt *Horncastle* n'aborde pas les dangers inhérents à l'utilisation de témoignages anonymes ou de personnes absentes lors d'un procès pénal²⁹⁵. Si le *Criminal Justice Act 2003* prévoit des garanties procédurales, le principe quasi-absolu d'exclusion des preuves par ouï-dire de Common law a connu des assouplissements considérables au fil des ans. Cet argument est développé dans l'opinion partiellement dissidente des juges Sajo et Karakas²⁹⁶. Ces derniers estiment que l'invitation de la part de la Cour Suprême à clarifier les principes sous-tendant la règle de la preuve unique ou déterminante reflètent « une véritable préoccupation à l'égard de la jurisprudence [de la Cour] » et « appelle un examen soigneux permettant un dialogue de bonne foi ». Cependant, ils estiment que c'est la première fois que la Cour abaisse le niveau de protection d'un droit de la Convention en l'absence de raison nouvelle et impérieuse. Les juges s'adonnent à une analyse de l'approche de la Cour et du Royaume-Uni à l'égard de la preuve par ouï-dire et de l'équité du procès. La règle de la preuve unique ou déterminante a toujours été une limite claire posée par la Cour en matière de procès équitable. Son abandon partiel au profit d'un examen global de l'équité du procès représente « un sacrifice d'un droit expressément garanti par la Convention ». En effet, même si l'approche du « contrepoids » n'a pas entraîné d'abus politiques au Royaume-Uni, ils rappellent que de nombreuses condamnations reposant sur un ouï-dire non vérifié se sont révélées être des erreurs judiciaires dans d'autres Etats. Ils terminent sur ces mots : « Cette évolution est extrêmement préoccupante pour l'avenir de la protection judiciaire des droits de l'homme en Europe ». Les juges de la minorité estiment à juste titre que l'infléchissement de la jurisprudence de la Cour a causé un recul dans les droits de l'accusé, dont la protection est

²⁹⁴ F. Klug, H. Wildbore, « Follow or lead ? The Human Rights Act and the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2010, p. 621 à 630.

²⁹⁵ M. Requa, « Absent witnesses and the UK Supreme Court : judicial deference as judicial dialogue ? », *International Journal of Evidence & Proof*, 2010, p. 208 à 231.

²⁹⁶ Opinion commune en partie dissidente et en partie concordante des juges Sajo et Karakas dans l'arrêt de Grande Chambre *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*.

cruciale « pour l'équité du procès et la bonne administration de la justice ». L'approche anglaise reste incertaine et ne garantit pas l'équité du procès de manière absolue puisque dans l'affaire *Tahery*, la Grande Chambre a réaffirmé le constat de violation. Néanmoins, l'atteinte reste minimale et le droit relatif à l'admissibilité des preuves par oui-dire est toujours encadré par des principes établis de longue date, notamment par l'examen de la procédure dans son ensemble. Il faut seulement espérer que ce revirement de jurisprudence partiel ne soit pas de mauvais augure pour le droit de vote des prisonniers, comme le souligne Nicolas Hervieu²⁹⁷.

Lord Kerr espérait en 2009 que l'arrêt *Horncastle* constituerait l'avènement d'une nouvelle approche du dialogue entre les cours britanniques et la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁸. Aujourd'hui, les cours n'ont pas réellement remis en cause le principe du miroir, consacré en 2004, mais l'exception dégagée par Lord Phillips a récemment été de nouveau invoquée. Si l'atteinte aux droits de la défense était réelle mais relativement faible dans l'arrêt *Al-Khawaja*, l'autorité de la Cour vis-à-vis des droits des détenus a encore une fois été remise en question dans le cadre du droit à un examen de révision de la peine pour les condamnations à perpétuité réelle.

b. Les peines de perpétuité réelle : vers une nouvelle approche du dialogue des juges ?

Dans la période précédant la publication du jugement de la Grande Chambre *Al-Khawaja et Tahery*, Lady Hale s'interrogeait sur ce qui se passerait si la Cour maintenait la position de la Chambre²⁹⁹. Jusqu'alors, les cours nationales n'avaient jamais manqué d'appliquer une décision rendue par la Grande Chambre. Par exemple, dans le contentieux relatif au logement, la Cour Suprême avait finalement adopté la solution de la Cour européenne prononcée par la Grande Chambre, qui avait clarifié sa jurisprudence antérieure³⁰⁰. Lady Hale avait évoqué la possibilité pour les juges de refuser de prononcer une déclaration d'incompatibilité et de déclarer que la Cour Suprême n'était pas d'accord avec la décision de

²⁹⁷ N. Hervieu, « Admissibilité des preuves par oui-dire et droit de contre-interrogatoire en matière pénale », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 décembre 2011, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/12/19/la-guerre-europeano-britannique-de-la-preuve-par-oui-dire-n%E2%80%99aura-pas-lieu-cedh-g-c-15-decembre-2011-al-khawaja-et-tahery-c-royaume-uni/>, dernière consultation le 8 août 2017.

²⁹⁸ Lord Kerr, « The conversation between Strasbourg and national courts – dialogue or dictation ? », *Irish Jurist*, 2009, p. 1 à 12.

²⁹⁹ B. Hale, « Argentoratum Locutum : Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme ? », *Human Rights Law Review*, 2012, p. 65 à 78 (p.77).

³⁰⁰ Voir en ce sens *Kay c. Royaume-Uni et Manchester City Council v Pinnock*.

la Grande Chambre. Il semble que c'est cette voie que la Cour d'appel britannique ait suivie dans l'arrêt *McLoughlin*.

i. Entre dialogue des juges et résistance des juridictions britanniques

En 2013, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt *Vinter et autres contre Royaume-Uni*³⁰¹ dans lequel elle traitait de la question de la réclusion à perpétuité obligatoire (*mandatory sentence of life imprisonment*). Selon le *Criminal Justice Act 2003*, la juridiction qui prononce la peine doit fixer une période minimale d'emprisonnement en fonction de la gravité de l'infraction commise que le détenu devra purger à des fins de châtement et de rétribution. Le détenu peut demander sa libération une fois la période minimale d'emprisonnement accomplie. Cependant, la juridiction peut prononcer une peine de perpétuité réelle (*whole life orders*) à la place d'une période minimale d'emprisonnement si elle estime que l'infraction est d'une gravité exceptionnelle. La révision de la peine est alors soumise à la discrétion du ministre en vertu de la section 30 du *Crime (Sentences) Act 1997*. Celui-ci n'exercera ce pouvoir que pour des motifs d'humanité, si le détenu est atteint d'une maladie mortelle en phase terminale ou frappé d'une invalidité grave³⁰². Les trois requérants dans l'arrêt *Vinter* avaient été condamnés pour meurtre à la réclusion à perpétuité réelle. Ils alléguaient l'incompatibilité de leur peine avec l'article 3 de la Convention. La Chambre a conclu à la non-violation de l'article 3 dans le cas des trois requérants, mais a constaté que la politique suivie par le ministre en matière d'élargissement pour motifs d'humanité pouvait théoriquement avoir pour conséquence qu'un détenu, dès lors qu'il ne souffrirait pas d'une maladie mortelle en phase terminale ou d'une invalidité physique, reste en prison quand bien même aucun motif légitime d'ordre pénologique ne justifierait son maintien en détention³⁰³. L'affaire a fait l'objet d'un réexamen devant la Grande Chambre, à la demande des requérants. Celle-ci a confirmé le critère dégagé par la Chambre selon lequel toute peine nettement disproportionnée était contraire à l'article 3 de la Convention, et que ce critère ne pourrait être satisfait que dans des cas rares et exceptionnels. Les juges ont interprété l'article 3 comme exigeant que les peines perpétuelles soient soumises à un réexamen au cours duquel les autorités puissent vérifier l'existence de motifs d'ordre pénologiques justifiant le maintien en détention. S'il n'y a pas de

³⁰¹ Cour EDH, Grande Chambre, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, 9 juillet 2013, requêtes n°66069/09, 130/10 et 3896/10.

³⁰² Ibid n°301, [12].

³⁰³ Cour EDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2012, requêtes n°66069/09, 130/10 et 3896/10.

consensus au niveau des Etats sur les modalités, il semblerait qu'il se dégage une tendance en faveur d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle, suivis de réexamens périodiques. L'absence d'un tel réexamen dans le droit pénal méconnaîtrait les exigences de l'article 3 de la Convention. Après avoir établi ces principes, la Cour a reproché à la législation britannique de manquer de clarté quant aux possibilités d'élargissement pour les condamnés à perpétuité. La Cour d'appel avait interprété dans les arrêts *R v Bieber* et *R v Oakes*³⁰⁴ le libellé de la section 30 de la loi de 1997 comme respectant les exigences de l'article 3 de la Convention à condition que le ministre utilise son pouvoir discrétionnaire de façon moins stricte. La Cour a conclu à une violation de l'article 3 dans le sens où la politique suivie par le ministre en matière d'élargissement pour motifs d'humanité ne respectait pas l'interprétation donnée par la Cour d'appel, et que l'absence d'un mécanisme spécial de réexamen ne satisfaisait pas les exigences de l'article 3. Cependant, elle a précisé que le constat de violation ne signifiait pas que les requérants avaient une perspective d'élargissement imminent.

L'arrêt *R v Newell ; R v McLoughlin*³⁰⁵ est particulièrement notable en ce que la Cour d'appel s'est lancée dans une explication du droit anglais adressée à la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg, rappelant ainsi l'affaire *Horncastle*. L'affaire *Newell* portait sur le recours de M. Newell, qui estimait que sa condamnation à la perpétuité réelle infligée pour le meurtre d'un autre prisonnier pendant sa détention, alors qu'il purgeait déjà une peine de réclusion à perpétuité pour un meurtre précédent, était contraire à l'article 3 de la Convention. Dans l'affaire *McLoughlin*, le défendeur était un homme qui avait commis un meurtre alors qu'il avait déjà été condamné pour meurtre et homicide involontaire. Le juge de première instance avait interprété l'arrêt *Vinter* comme interdisant l'imposition d'une peine de perpétuité réelle et avait alors prononcé une peine de réclusion assortie d'une période punitive de quarante ans. L'*Attorney General* avait alors interjeté appel à l'encontre de cette décision. Reprenant l'arrêt *Vinter*, la Cour d'appel a estimé qu'elle ne pouvait souscrire à la conclusion de la Grande Chambre car le droit applicable en Angleterre et au Pays de Galle était suffisamment clair en ce qui concerne les « *possibilités exceptionnelles d'élargissement des détenus condamnés à la perpétuité réelle* ». La Cour d'appel est revenue sur ce droit, et rappelle que le pouvoir de réexamen en vertu de la section 30 de la loi de 1997 s'applique en présence de circonstances

³⁰⁴ *R v Bieber* [2009] 1 WLR 223 et *R v David Oakes and others* [2012] EWCA Crim 2435, [2013] 2 Cr App R (S).

³⁰⁵ *R v. Newell ; R v. McLoughlin* [2014] EWCA Crim 188.

exceptionnelles. L'expression « *circumstances exceptionnelles* » est suffisamment claire sans avoir besoin d'être précisée. Le devoir incombant au ministre d'examiner toutes les circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier la libération du détenu pour des motifs d'humanité n'est pas limité par le manuel sur les peines de durée indéterminée, qui expose une politique « *extrêmement restrictive* ». Les juges d'appel considèrent également que l'expression « *motifs d'humanité* » doit être interprétée de manière compatible avec l'article 3. Dès lors, les motifs à prendre en compte ne se limitent pas à ceux qui sont exposés dans le manuel mais doivent au contraire être appréciés largement. Enfin, la décision du ministre doit être motivée au regard des circonstances de chaque affaire, et elle est soumise à un examen par la voie d'un contrôle juridictionnel. Pour toutes ces raisons, la Cour d'appel soutient que le droit anglais ne prive pas les détenus de la possibilité d'une libération en cas de circonstances exceptionnelles. De plus, il apparaît difficile de préciser à l'avance quelles circonstances peuvent justifier une libération dans la mesure où l'atrocité du crime appelait à une peine d'emprisonnement à vie. Sans même discuter l'interprétation de la section 2 du *Human Rights Act* comme Lord Phillips l'avait fait dans *Horncastle*, la Cour d'appel appelle les juges à continuer à appliquer le régime prévu par le *Criminal Justice Act 2003*, malgré la conclusion de la Grande Chambre dans *Vinter*.

La question de la compatibilité du régime britannique relatif au réexamen des peines de perpétuité réelle avec l'article 3 de la Convention est revenu devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Hutchinson*. Le requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité pour le meurtre d'une famille et le viol de la fille. Le juge de fond avait initialement recommandé une peine minimale de dix-huit ans mais le ministre avait décidé de lui infliger une peine de réclusion à la perpétuité réelle. Après l'entrée en vigueur du *Criminal Justice Act 2003*, le requérant a saisi la *High Court* d'une demande de réexamen de sa peine au motif que c'est la période punitive de dix-huit ans qui aurait dû lui être appliquée. Cependant, la haute juridiction a conclu que la gravité des infractions était telle que seule une peine de perpétuité réelle pouvait être prononcée. M Hutchinson a déposé une requête devant la Cour de Strasbourg après avoir été débouté de son appel par la Cour d'appel. La Grande Chambre a confirmé la position de la Chambre³⁰⁶ dans un jugement récent du 17 janvier 2017³⁰⁷. La question était de savoir si, à la lumière de la décision *McLoughlin*, la situation du requérant quant à sa peine de perpétuité réelle répondait à présent aux exigences de l'article 3

³⁰⁶ Cour EDH, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, 1^{er} juin 2015, requête n°57592/08.

³⁰⁷ Cour EDH, Grande Chambre, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2017, requête n°57592/08.

telles qu'exposées dans l'arrêt *Vinter*. La Cour a estimé que la Cour d'appel avait répondu explicitement aux critiques exprimées dans l'arrêt *Vinter* et avait clarifié le contenu du droit interne³⁰⁸. Cette dernière aurait donné suffisamment de précisions quant à la portée, aux critères et aux modalités de réexamen par le ministre, ainsi qu'à l'obligation pour celui-ci de libérer un détenu purgeant une peine de perpétuité réelle dont le maintien en détention ne peut plus être justifié par des motifs légitimes d'ordre pénologique. La Cour note notamment de façon intéressante que les cours nationales ont une obligation légale de prendre en compte la jurisprudence relative à l'article 3 de la Convention et que ceci représente une garantie additionnelle importante. On a là une référence à la section 2 du *Human Rights Act* que la Cour d'appel n'a même pas pris la peine de faire dans l'arrêt *McLoughlin*³⁰⁹. La Grande Chambre conclut finalement que la peine de perpétuité réelle au Royaume-Uni peut à présent être considérée comme compressible, en conformité avec l'article 3 de la Convention.

ii. L'avenir incertain de la protection des droits à la lumière de la politique jurisprudentielle de Strasbourg

Le juge Pinto de Albuquerque est certainement celui qui a le mieux exprimé les inquiétudes soulevées par l'arrêt *Hutchinson*³¹⁰. Dans une opinion dissidente aux conclusions de la majorité de la Grande chambre, il s'est interrogé sur l'avenir du système de la Convention. La Cour de Strasbourg a réaffirmé certaines garanties dans l'exercice du pouvoir du Secrétaire d'Etat de réviser les peines de perpétuité réelle. Toutefois, celle-ci s'est satisfaite de l'absence de définition des « *circonstances exceptionnelles* » dans le cadre desquelles une révision est possible. Il estime que le pouvoir donné au Secrétaire d'Etat est illimité, si ce n'est que la section 30 du *Crime (Sentences) Act* doit être interprétée de manière conforme à la Convention et à la jurisprudence de la Cour. Il accuse la Cour de complaisance, notamment du fait que le Gouvernement britannique n'a jamais été en mesure de citer un exemple de libération d'un individu condamné à une peine de perpétuité réelle depuis l'entrée en vigueur de l'article 30 de la loi de 1997. De plus, il n'y a aucune preuve que le système opère de manière conforme à la Convention. Le juge dénonce le « *défaut actuel de clarté et de sécurité dans le cadre juridique interne* », que la Cour a justifié en affirmant que le ministre allait exercer une politique

³⁰⁸ Ibid n°307, [38] à [41].

³⁰⁹ Ibid n°307, [70].

³¹⁰ Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de Grande Chambre *Hutchinson c. Royaume-Uni*.

différente de celle qui était toujours en vigueur après *Vinter*.³¹¹ Plus généralement, l'arrêt touche selon lui « *au problème fondamental de la compatibilité avec la Convention de l'article 2 de la loi sur les droits de l'homme tel qu'appliqué en l'espèce par la Cour d'appel d'Angleterre et du Royaume-Uni* ». En déclarant que la Cour a mal compris le droit anglais concernant le mécanisme de réexamen de la peine de perpétuité réelle³¹², la Cour d'appel a appliqué de manière implicite les principes dégagés dans *Alconbury* et *Horncastle*³¹³. Il rappelle que le fait que la Grande Chambre soit revenue sur l'arrêt *Vinter* n'est pas un cas isolé puisque c'est ce qui s'est produit dans les arrêts *Al-Khawaja et Tahery* et *Animal Defenders International*. Ajoutés au manquement du Royaume-Uni d'exécuter l'arrêt *Hirst*, ces jugements sont autant de signes que « *la Cour est en pleine crise existentielle* »³¹⁴. Le risque est que les rares occasions identifiées par Lord Phillips dans *Horncastle*, pour lesquelles les Etats membres peuvent s'éloigner de la jurisprudence de la Cour se diversifient et que les Etats en profitent au détriment des minorités. L'arrêt *Hutchinson* représente, d'après le juge Pinto de Albuquerque, un potentiel « *séisme* » pour le système de la Convention, car il s'inscrit dans un mouvement de réduction du rôle de la Cour de Strasbourg qui prend de plus en plus d'ampleur³¹⁵. Le juge distingue deux situations. La première est celle où les Etats contractants offrent un niveau de protection plus élevé que celui offert par la Convention. L'interprétation plus généreuse de la Convention est prévue par la Convention elle-même en son article 53 et ne présente aucun danger car les juges nationaux ne peuvent jamais se tromper « *par excès de progrès* ». Le juge européen estime par ailleurs que la réticence des juridictions britanniques à aller plus loin que la Cour dans la protection des droits, en vertu du principe dégagé dans l'arrêt *Ullah*, ne devrait pas permettre aux Etats de contourner leurs obligations sous la Convention en ne donnant pas leur plein effet aux droits qu'elle consacre³¹⁶. La deuxième situation survient lorsque le niveau de protection national garanti est inférieur à celui offert par la jurisprudence européenne. Dans ce cas-là, les Etats n'ont pas d'autre choix que de mettre en œuvre « *pleinement et de bonne foi* » les arrêts et décisions de la Cour, et d'appliquer le dicton de Lord Rodger : « *Argentoratum locutum, iudicium finitum – Strasbourg a parlé, l'affaire est close* »³¹⁷.

Enfin, « *l'arrêt McLoughlin illustre la faiblesse potentielle du modèle de la loi sur les droits de l'homme, lorsqu'une juridiction interne ne prend pas pleinement en compte la*

³¹¹ Ibid n°310, [31] à [33].

³¹² *R v McLoughlin*, [30].

³¹³ Ibid n°310, [25].

³¹⁴ Ibid n°310, [35].

³¹⁵ Ibid n°310 [38].

³¹⁶ Ibid n°310, [41] et [42].

³¹⁷ Ibid n°310, [43].

jurisprudence de la Cour de Strasbourg »³¹⁸. En effet, en invoquant de façon implicite les rares occasions pour lesquelles les juges nationaux peuvent décliner de suivre les jugements européens, la Cour d'appel a manqué de remédier aux lacunes du droit interne identifiées dans l'arrêt *Vinter*. Dans son commentaire de Hutchinson, Matthew Stanbury replace le dialogue qui s'est engagé autour de la question des peines de perpétuité réelle dans son contexte politique³¹⁹. En effet, il constate qu'il existait un mécanisme de révision de la peine au bout de vingt-cinq ans de réclusion jusqu'en 1997. Le nouveau système de la section 30 du *Crime (Sentences) Act 1997* introduit par le Gouvernement travailliste a remplacé ce mécanisme réfléchi et proportionné, qui n'avait de plus jamais résulté en la libération d'un détenu. La réponse de la Cour d'appel à la Cour européenne des droits de l'homme dans *McLoughlin* est une « réprimande hostile » à l'égard de l'autorité de cette dernière. Le juge Pinto de Albuquerque est juste dans sa critique de la décision de la Cour du point de vue de la protection des droits de l'homme. Il est vrai que la Grande Chambre a accepté l'application d'un droit qui manque de clarté et présente un risque pour la sécurité juridique et la cohérence de la jurisprudence strasbourgeoise. Mais il faut se rappeler que la Cour de Strasbourg est toujours engagée dans un bras de fer avec le Royaume-Uni au sujet du droit de vote des prisonniers. Ainsi, elle a probablement jugé sage de ne pas s'opposer à l'une des plus hautes juridictions britanniques dans un domaine qui impacte un nombre relativement limité d'individus (le nombre de condamnés à une peine de perpétuité réelle est faible et celui dont la détention ne serait plus justifiée par des motifs d'ordre pénologique l'est encore davantage). Par conséquent, en revenant sur les principes établis dans l'arrêt *Vinter*, la Cour a peut-être voulu préserver le dialogue avec les juridictions britanniques et, plus largement, sa propre autorité.

³¹⁸ Ibid n°310, [48].

³¹⁹ M. Stanbury, « Case comment : Hutchinson v UK (57592/08) », *Sentencing News*, Avril 2017, p. 8 à 10.

Conclusion :

Nous avons passé en revue les différentes formes que prend le dialogue entre les juridictions britanniques et la Cour européenne des droits de l'homme. La nature de ce dialogue est unique du fait de l'existence d'un instrument législatif qui réorganise le système juridique du Royaume-Uni. La loi place les cours anglaises au cœur de la protection des droits de la Convention par le biais des sections 2 et 3 tout en faisant en sorte de préserver la souveraineté du Parlement par le mécanisme de la déclaration d'incompatibilité. Le *Human Rights Act* est structuré autour d'un équilibre complexe entre consécration des droits de l'homme et respect des principes fondamentaux de la Constitution britannique non-écrite.

Autour de la loi relative aux droits de l'homme se sont développées les facettes multiples de la relation entre les cours nationales et Strasbourg. La Chambre des Lords a choisi une interprétation plutôt stricte de l'obligation pour les cours de prendre en compte la jurisprudence européenne. Cette approche ne menace pas le système de la Convention et apparaît comme rassurante par rapport aux contestations vindicatives qui fragilisent de plus en plus l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle permet également d'assurer davantage de sécurité juridique et de consolider les fondations de l'état de droit. Cependant, le principe du miroir participe à la montée du mécontentement d'une partie de la classe politique à l'égard de l'autorité de la Cour. Finalement, la réticence des cours à l'idée de s'éloigner de la jurisprudence strasbourgeoise est peut-être contradictoire avec l'objectif premier du *Human Rights Act*, qui était de permettre aux juges anglais de contribuer au développement du droit de la Convention au niveau interne. Les cours gagneraient à être plus audacieuses dans leur interprétation et à ne pas hésiter à aller au-delà des principes établis par Strasbourg. En effet, les jugements nationaux acquièrent plus facilement de légitimité aux yeux de l'opinion publique que ceux pris par une instance supranationale, qui semble loin des réalités internes. La Chambre des Lords a pu par exemple élargir la portée des articles 3 et 8 combiné à l'article 14, en prenant des décisions dans des domaines où la Cour ne se serait jamais aventurée du fait de leur caractère socio-économique ou de l'existence d'une marge d'appréciation. Ces jugements ont d'ailleurs soulevé peu de contestation. Les décisions élargissant des aspects sensibles de la protection des droits de l'homme auront plus de chances d'être bien acceptées au niveau national si elles émanent de la plus haute juridiction du pays. Pour citer à nouveau le juge Pinto de Albuquerque, « les

juridictions internes peuvent se tromper par excès de prudence, mais certainement pas par excès de progrès »³²⁰.

Toutefois, les cours ont à plusieurs reprises exprimé le désir de s'engager dans un dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme. L'invocation de l'argument du dialogue dans la jurisprudence britannique a rendu le principe du miroir plus flexible, créant ainsi des exceptions à l'approche rigide établie par Lord Bingham. On peut en distinguer principalement trois. La première entre en jeu lorsque la Cour de Strasbourg n'a pas suffisamment pris en compte un aspect fondamental du droit interne (cf. *Horncastle*). La deuxième exception s'applique quand il existe un précédent d'une cour nationale contradictoire avec la jurisprudence européenne (cf. *Kay*). Enfin, la troisième exception peut être invoquée si l'Etat dispose d'une marge d'appréciation (cf. *Animal Defenders International*). Le dialogue des juges est bénéfique au développement de la protection des droits de la Convention. Il permet à la jurisprudence de la Cour d'évoluer de manière plus dynamique et de défier des interprétations qui ne refléteraient pas suffisamment les différences nationales. La Cour affirme elle-même qu'elle n'est pas une cour de quatrième instance et que ses décisions ne sauraient s'imposer sur celles des cours nationales. Si l'on veut que le dialogue en tant que délibération, tel que défini par Tremblay, s'applique à la relation entre Strasbourg et les juridictions britanniques, alors celles-ci ont tout intérêt à faire valoir leurs divergences d'opinion. Le problème est que, en pratique, les exceptions à l'interprétation en miroir ont toujours été appliquées par les juges anglais de manière à restreindre la portée des droits de la Convention. Peggy Ducoulombier rappelle que la possibilité de ne pas suivre la jurisprudence européenne avait été initialement conçue comme une « *dérogation exceptionnelle* » au principe du miroir. Pourtant, il semblerait que les cours soient de plus en plus enclines à se servir de cette option, « *sous couvert de dialogue* »³²¹.

Ce constat rejoint la question de la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme. De Lacharrière définissait ce concept comme le fait pour un tribunal supranational d'élaborer une jurisprudence cohérente reposant sur l'existence de précédents, qui viendrait préciser les contours du droit international. Cela supposerait que l'établissement des principes se fasse indépendamment de toute politique nationale des Etats. Or, dans le cadre du droit de la Convention, on constate une tendance dans la jurisprudence européenne à céder aux exigences

³²⁰ Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de Grande Chambre *Hutchinson c. Royaume-Uni*, cf. plus haut la référence n°310 au paragraphe [41].

³²¹ P. Ducoulombier, « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le cas britannique », *Revue du droit public*, n°1, 1^{er} janvier 2016, p. 223 à 235.

britanniques. Jusqu'ici, le pouvoir judiciaire du Royaume-Uni a toujours fait partie des bons élèves parmi les ordres juridictionnels européens. Le Common law prévoit les garanties nécessaires pour assurer la pérennité de la démocratie et de l'état de droit. Le *Human Rights Act* n'a d'ailleurs fait que renforcer le rôle des juges dans le contrôle du respect des droits fondamentaux. Mais la diversification des exceptions au principe du miroir, bien que rares, font craindre une politique jurisprudentielle européenne qui pêcherait par excès de prudence et finirait par entraver le développement de la protection des droits de la Convention. Les arrêts *Al-Khawaja et Tahery* et, de manière plus prononcée, *Hutchinson*, vont dans le sens d'un recul de la protection des droits de minorités impopulaires aux yeux de l'opinion publique.

Un assouplissement du principe du miroir est souhaitable dans le cadre d'un élargissement de la portée des droits de la Convention. Mais le risque est que les cours l'interprètent avec davantage de flexibilité dans le but de faire valoir de plus en plus de spécificités nationales, ce qui réduirait la protection des droits. L'évolution du dialogue laisse envisager un tel scénario, de même que le contexte politique actuel. En effet, le parti conservateur menace depuis plusieurs années de dénoncer la Convention européenne des droits de l'homme, notamment en raison du conflit relatif au droit de vote des prisonniers. La Première Ministre Theresa May a récemment écarté le projet de remplacer le *Human Rights Act 1998* par une *British Bill of Rights* durant la procédure de sortie de l'Union européenne, mais ses promesses de « déchirer » la loi relative aux droits de l'homme en juin dernier ne présage rien de bon. Suite aux attaques terroristes successives qui ont touché le Royaume-Uni, le Gouvernement a accusé la Convention et la jurisprudence de la Cour d'entraver la lutte contre le terrorisme³²². Il a annoncé qu'il chercherait à s'en retirer temporairement en vertu de l'article 15 qui permet des dérogations à certains droits de la Convention. La dernière fois que le Royaume-Uni a invoqué une dérogation afin de mettre en place le régime des ordonnances de contrôle sur des étrangers suspectés de terrorisme présents sur le territoire britannique, la Chambre des Lords a conclu à l'illégalité d'une telle mesure. Il ne reste donc plus qu'à espérer que les juges anglais ne feront pas preuve de déférence envers le pouvoir exécutif, si une telle occasion venait à nouveau à se présenter. Les cours sont loin d'exprimer la même hostilité envers la Cour que le Gouvernement. Elles continuent à jouer leur rôle de garant de la Convention au niveau national. On peut regretter leur trop grande réticence à aller plus loin que la protection offerte par la jurisprudence européenne. Le dialogue est, en soi, signe que les cours

³²² A. Travis, « UK would have to declare state of emergency to change human rights law », *The Guardian*, 7 juin 2017, <https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jun/07/uk-would-have-to-declare-state-of-emergency-to-change-human-rights-laws>, dernière consultation le 16 août 2017.

prennent la protection des droits de la Convention au sérieux et veulent y apporter leur contribution. Néanmoins, le jugement de la Cour d'appel dans l'arrêt *McLoughlin* soulève des interrogations quant à la relation que les cours nationales entretiendront avec la Cour de Strasbourg dans l'avenir. Le « *scénario pré-catastrophe* »³²³ prédit par le juge Pinto de Albuquerque semble encore loin, mais il émerge des tendances qui rendent la protection des droits de certaines catégories de personnes incertaine. L'éventuel remplacement du *Human Rights Act* par une *British Bill of Rights* ne fragiliserait pas nécessairement le système de la Convention. Les Etats contractants sont libres de mettre en œuvre les droits qu'elle garantit au niveau interne de la manière dont ils le souhaitent. Mais les déclarations du Gouvernement laisse présager qu'un nouvel instrument viserait à restreindre les droits de certaines catégories d'individus, en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Bien qu'indirectement lié à notre sujet, l'ébranlement actuel des fondations européennes au sein du Royaume-Uni pose la question de savoir ce qu'il adviendra du système de la Convention dans le contexte du Brexit. En effet, l'Union européenne apportait une double garantie à la protection des droits, notamment par le biais de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des valeurs proclamées par les traités.

³²³ Ibid n°320, paragraphe [35].

Bibliographie :

I. Ouvrages

Amos M., *Human Rights Law*, Hart Publishing, 2nd éd., 2014.

Antoine A., *Droit constitutionnel britannique*, 2016, Lextenso éditions.

De Lacharrière G., *La Politique Juridique Extérieure*, éd. Economica, 1983.

Young A., *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, 2009, Hart Publishing.

II. Articles

Amos M., « The dialogue between United Kingdom courts and the European Court of Human Rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2012.

Amos M., « The Principle of Comity and the Relationship between British Courts and the European Court of Human Rights », *Yearbook of European Law*, 2009.

Arden M., « An English Judge in Europe », Neill Lecture, 2014.

Arden M., « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe*, 2010.

Arden M., « Peaceful or Problematic ? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe », *Yearbook of European Law*, Volume 29, 2010.

Barbé V., « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006.

Bates E., « Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg », *Human Rights Law Review*, 2014.

Bellamy R., « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *International Journal of Constitutional Law*, 2011.

Bingham T. H., « The European Convention on Human Rights : time to incorporate », *Law Quarterly Review*, 1993.

Bjorge E., « National supreme courts and the development of ECHR rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2011.

Bjorge E., « The courts and the ECHR : a principled approach to the Strasbourg jurisprudence », *Cambridge Law Journal*, 2012.

Boateng P., Straw J., « *Bringing rights home: Labour's plans to incorporate the European Convention on Human Rights into UK law* », *European Human Rights Law Review*, 1997.

Bratza N., « Living instrument or dead letter – the future of the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2014.

Bratza N., « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011.

Briant S., « Dialogue, diplomacy and defiance : prisoners' voting rights at home and in Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011.

Clayton R., « Judicial deference and the democratic dialogue », *Public Law*, 2007.

Clayton R., « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case-law », *Public Law*, octobre 2012.

Coombes K. et Roughley F., « Thematic analysis : human rights », *Cambridge Student Law Review*, 2011.

Costa J.-P., « The relationship between the European Court of Human Rights and the national courts ? », *European Human Rights Law Review*, 2012.

Crawford C., « Dialogue and Declarations of Incompatibility under section 4 of the Human Rights Act 1998 », *The Denning Law Journal*, Vol.25, 2013.

Ducoulombier, « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public*, 2016.

Ewing K. D., « The Futility of the Human Rights Act », *Public Law*, 2004.

Ferreira N., « The Supreme Court in a final push to go beyond Strasbourg », *Public Law*, 2015.

Foster S., « To follow the Supreme court or Strasbourg ? Judicial precedent and the Human Rights Act 1998 », *Coventry Law Journal*, 2010.

Gearty C., « On fantasy island : British politics, English judges and the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2015.

Hale B., « Argentoratum Locutum : Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme ? », *Human Rights Law Review*, 2012.

Hale B., « What's the Point of Human Rights ? », Warwick Law Lecture 2013, 28 novembre 2013.

Herring J., « Who decides on human rights ? », *Law Quarterly Review*, 2009.

Hickman T., « Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, 2005.

Hogg P. et Bushell A., « The *Charter* dialogue between courts and legislatures (or perhaps the *Charter of Rights* isn't such a bad thing after all) », *Osgoode Hall Law Journal*, 1997.

Kavanagh A., « Judging the judges under the Human Rights Act : deference, disillusionment and the 'war on terror' », *Public Law*, 2009.

Kesby A., « Prisoner voting rights and the effect of *Hirst v. United Kingdom (No 2)* on national law », *The Cambridge Law Journal*, 2007.

Klug F., « Judicial deference under the Human Rights Act », *European Human Rights Law Review*, 2003.

Klug F. et Wildbore H., « Follow or lead ? The Human Rights Act and the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2010.

Lester A., « The utility of the Human Rights Act : a reply to Keith Ewing », *Public Law*, 2005.

Lewis J., « The European Ceiling on Human Rights », *Public Law*, 2007.

Lewis T., « *Animal Defenders International v United Kingdom* : Sensible Dialogue or a Bad Case of Strasbourg Jitters ? », *The Modern Law Review*, 2014.

Lewis T., « What not to wear : religious right, the European Court, and the margin of appreciation, *International and Comparative Law Quarterly*, 2007.

Lord Irvine of Lairg, « A British interpretation of Convention rights », *Public Law*, avril 2012.

Lord Kerr, « The conversation between Strasbourg and national courts – dialogue or dictation ? », *Irish Jurist*, 2009.

Lord Lloyd of Berwick, « The judges and the executive – Have the goalposts been moved ? », *The Denning Law Journal*, 2005.

Lord Sumption, « The Limits of Law », *27th Sultan Azlan Shah Lecture in Kuala Lumpur*, 20 novembre 2013.

Masterman R., « Section 2(1) of the Human Rights Act 1998 : binding domestic courts to Strasbourg ? », *Public Law*, 2004.

McGoldrick D., « The United Kingdom's Human Rights Act in theory and in practice, *International & Comparative Law Quarterly*, 2001.

Nield S., « Article 8 again- the continuing dialogue ! », *Conveyancer and Property Lawyer*, 2010.

Palmer S., « AIDS, expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2005.

Requa M., « Absent witnesses and the UK Supreme Court : judicial deference as judicial dialogue ? », *International Journal of Evidence & Proof*, 2010.

Sales P., « Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act : A Response to Lord Irvine », *Public Law*, 2012.

Spano R., « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014.

M. Stanbury, « Case comment : Hutchinson v UK (57592/08) », *Sentencing News*, 2017.

Tickell A., « Prisoner voting gambits : disappointment all round in Chester, McGeoch and Moohan », *Edinburgh Law Review*, 2014.

Tremblay L. B., « The legitimacy of judicial review : The limits of dialogue between courts and legislatures », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 2005.

Young A., « Is dialogue working under the Human Rights Act », *Public Law*, 2011.

Young A., « Judicial Sovereignty and the Human Rights Act 1998 », *Cambridge Law Journal*, 2002.

III. Rapports parlementaires

A. Rapports du Joint Committee on Human Rights

Joint Committee on Human Rights, *Minutes of Evidence taken on Monday 26 March 2001 : Examination of Witnesses*, 26 mars 2001, 2000-01, HL 66-ii, HC 332-ii)

Joint Committee on Human Rights, *Human Rights Judgments : Seventh Report of Session 2014-15*, 11 mars 2015, HL Paper 130, HC 1088

B. Rapport de la Chambre des Commons

Simson Caird J., « Prisoners' voting rights : developments since May 2015 », *Commons Briefing Paper*, 15 février 2016.

IV. Débats parlementaires

Hansard H.L. Deb. Vol. 582, col. 1230, 3 novembre 1997.

Hansard, HL. Deb. Vol. 582, col. 1245, 3 novembre 1997.

Hansard H.L. Deb., vol. 584, col. 1271, 19 janvier 1998.

Hansard H.C. Deb. Vol. 313, cols. 421-422, 3 juin 1998.

Hansard H.L. Deb., vol.583, col. 510, 18 novembre 1998.

V. Documents consultatifs de partis politiques

Livre blanc du parti travailliste, *Rights Brought Home : the Human Rights Bill*, 1997.

Parti Conservateur, *Protecting Human Rights in the UK: The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws*, 2014.

VI. Sitographie

Amos M., « The UK and the European Court of Human Rights », *UK Constitutional Law Blog*, 24 novembre 2014, <https://ukconstitutionallaw.org/2014/11/24/merris-amos-the-uk-and-the-european-court-of-human-rights/>.

Bates E., « Who should have the final word on human rights ? », *UK Human Rights Blog*, 6 mars 2012, <https://ukhumanrightsblog.com/2012/03/06/who-should-have-the-final-word-on-human-rights-dr-ed-bates/>.

David Cameron, Discours devant l'Assemblée du Conseil de l'Europe le 25 janvier 2012, <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-on-the-european-court-of-human-rights>.

English R., « Eviction of council of tenants was breach of human rights », *UK Human Rights Blog*, 23 septembre 2010, <https://ukhumanrightsblog.com/2010/09/23/strasbourg-finds-limited-violation-of-article-8-in-possession-proceedings-case/#more-4247>.

English R., « Kay », *Human Rights & Public Law Update – 1 Crown Office Row*, avril 2006, http://www.1cor.com/1315/?form_1155.replyids=942.

Gearty C., « Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom », *UK Constitutional Law Association*, 9 janvier 2012, <https://ukconstitutionallaw.org/2012/01/09/conor-gearty-al-khawaja-and-tahery-v-united-kingdom/>.

Harvey P., « Keep calm and apply the European Convention on Human Rights », *UK Human Rights Blog*, 4 juin 2013, <https://ukhumanrightsblog.com/2013/06/04/keep-calm-and-apply-the-european-convention-on-human-rights-paul-harvey-2/>.

Hervieu N., « Admissibilité des preuves par ouï-dire et droit de contre-interrogatoire en matière pénale », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 décembre 2011, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/12/19/la-guerre-europeano-britannique-de-la-preuve-par-oui-dire-n%E2%80%99aura-pas-lieu-cesdh-g-c-15-decembre-2011-al-khawaja-et-tahery-c-royaume-uni/>.

Hervieu N., « Droit de vote des détenus : La diplomatie jurisprudentielle au service d'une paix des braves sur le front européen des droits de l'homme », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 23 mai 2012, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/05/23/la-diplomatie-jurisprudentielle-au-service-dune-paix-des-braves-sur-le-front-europeen-des-droits-de-lhomme-cesdh-g-c-23-mai-2012-scoppola-c-italie-n-3/>.

Hervieu N., « Encadrements conventionnels des expulsions d'étrangers terroristes menacés dans le pays de destination », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 janvier 2012, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/01/24/expulsion-d%E2%80%99etrangers-terroristes-malgre-la-tempete-britannique-la-cour-de-strasbourg-tente-de-maintenir-le-cap-cesdh-4e-sect-17-janvier-2012-othman-abu-qatada-c-royaume-uni/>.

Hervieu N., « Poursuite du bras de fer entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 10 septembre 2011, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/09/11/londres-vs-strasbourg-match-sans-fin-mais-decisif-sur-le-droit-de-vote-des-detenus/>.

Hervieu N., « Rejet de la demande de renvoi en Grande Chambre dans le contentieux sensible du droit de vote des détenus au Royaume-Uni », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 avril 2011, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/04/14/droit-de-vote-des-detenus-une-epreuve-de-force-cruciale-pour-l%E2%80%99avenir-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme/>.

Hervieu N., « Une Cour européenne des droits de l'homme maîtresse de son destin », *La Revue des Droits de l'Homme*, 12 mai 2014, <http://revdh.revues.org/658>.

King, « Deference, Dialogue and Animal Defenders International », *U.K. Constitutional Law Blog*, 25 avril 2013, <https://ukconstitutionallaw.org/2013/04/25/jeff-king-deference-dialogue-and-animal-defenders-international/>.

Masterman R., « The Mirror Crack'd », *UK Constitutional Law Blog*, 13 février 2013, <https://ukconstitutionallaw.org/2013/02/13/roger-masterman-the-mirror-crackd/>.

McCarthy C., « Diplomatic Assurances, Torture and Extradition : The Case of Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom », *EJIL : Talk !*, 18 janvier 2012, <https://www.ejiltalk.org/diplomatic-assurances-torture-and-extradition-the-case-of-othman-abu-qatada-v-the-united-kingdom/>.