

La ‘Guerre’ contre le Terrorisme et la Constitution du Royaume-Uni

Mark Elliott*

I. Introduction

Le caractère ‘non-écrit’¹ et l’extrême flexibilité de la constitution britannique sont des truismes, voire des clichés. Néanmoins, ce phénomène ne s’est jamais révélé avec autant de clarté que durant ces dix dernières années. Il n’est pas exagéré d’affirmer que ladite constitution a subi, durant cette période, des changements dramatiques;² notamment, la dévolution du pouvoir législatif et administratif,³ et la réforme des institutions judiciaires et quasi-judiciaires.⁴ Plus fondamentalement, le *Human Rights Act* (HRA), adopté en 1998,⁵ incorpore dans le droit national diverses parties de la Convention européenne des droits de l’homme. Il pose le décor dans lequel ce papier considère les dimensions juridiques de la ‘guerre’ contre le terrorisme lancée par le gouvernement britannique - et plus particulièrement, la pratique (maintenant abandonnée) de la détention à durée indéterminée, et sans jugement, de personnes étrangères suspectées de terrorisme. Ce contexte est utile pour comprendre les implications du HRA et la place des droits humains dans la constitution britannique.

* *Senior Lecturer* en droit et directeur adjoint du Centre de droit public de l’Université de Cambridge. Cet article se base sur et reproduit par endroits des parties d’articles, publiés par Oxford University Press, dans l’*International Journal of Constitutional Law*: M.C. ELLIOTT, “Detention without Trial and the ‘War on Terror’”, *International Journal of Constitutional Law*, 2006, No 4, pp. 553-566; M.C. ELLIOTT, “The UK Parliament: Bicameralism, Sovereignty and the Unwritten Constitution”, *International Journal of Constitutional Law*, 2007, No 5, pp. 1-10. Je remercie Simon Atrill, David Feldman, Brigid Hadfield, Ian Loveland, Amanda Perreau-Saussine et Iain Steele pour leurs commentaires relatifs à ces articles. Je suis aussi redevable à Rory Brown, Angus Johnston et James Nickel pour leurs conseils et avis relatifs à cet article. Je demeure, cependant, responsable pour les opinions exprimées et pour toute erreur. Traduction en français d’Axelle Reiter-Korkmaz, doctorante à l’Institut Universitaire Européen.

¹ La constitution britannique est “non écrite” dans le sens où il n’existe pas de texte constitutionnel bénéficiant d’un statut juridique particulier. Le type de règles qui, dans la plupart des pays, feraient partie de la constitution, se trouvent au contraire dans une série d’autres sources, comme des lois, des décisions de justice et des pratiques constitutionnelles établies.

² Voir, e.g., V. BOGDANOR, “Our New Constitution”, *Law Quarterly Review*, 2004, pp. 242-262.

³ **Scotland Act 1998; Northern Ireland Act 1998; Government of Wales Acts 1998-2006.**

⁴ **Constitutional Reform Act 2005.**

⁵ Dorénavant ‘HRA’.

II. Droits humains et souveraineté parlementaire

Les analyses traditionalistes de la constitution britannique soulignent le rôle central qu'y joue la souveraineté parlementaire. Selon Dicey, le juriste victorien dont les travaux ont dominé ce domaine quasiment tout au long du siècle dernier, et dont l'influence perdure jusqu'à ce jour, la notion de souveraineté parlementaire suppose que le parlement ait "le droit de faire et défaire toute loi, quelle qu'elle soit", de telle sorte que "la loi anglaise ne reconnaît à aucune personne ou institution un droit de regard ou de veto sur la législation provenant du parlement".⁶ Dans cette perspective, la seule limite des pouvoirs législatifs du parlement est politique et non légale; il n'y a aucune possibilité de contrôle judiciaire de la législation. Par conséquent, aucune norme n'est légalement immunisée contre une action parlementaire; rien n'est sacré, légalement. Bien sûr, le Royaume-Uni n'est pas un état despotique dans lequel les libertés fondamentales d'expression, d'association, de religion, et d'assemblée sont inexistantes. Cependant, selon la vision constitutionnelle traditionnelle, cela résulte seulement du choix fait par le législateur de ne pas abroger ces libertés - même si ce choix est, sans aucun doute, influencé par une combinaison de considérations pratiques et normatives; respectivement, d'impératifs politiques et de respect pour les droits humains.⁷

Dans une certaine mesure, la notion de souveraineté parlementaire et l'absence de garantie légale ou constitutionnelle des droits indérogeables dérivent du caractère non écrit de la constitution britannique. En effet, la souveraineté parlementaire comble le vide créé par l'absence de texte constitutionnel conférant et limitant les pouvoirs du parlement en matière législative. Bien entendu, l'un ne dérive pas nécessairement de l'autre. Après tout, rien n'empêche les juges de décider que les limites du pouvoir législatif sont contenues dans cette constitution non écrite,⁸ d'une manière semblable aux limites implicites découvertes par les juges d'autres pays dans le cadre de constitutions écrites.⁹ Cependant, la limitation du pouvoir législatif par référence à des normes constitutionnelles n'a pas encore été amorcée au Royaume-Uni - sans doute, en partie, parce que les juges sont extrêmement conscients du

⁶ **A.V. DICEY**, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, Macmillan, 1959, p. 10.

⁷ Voir, e.g., **A.V. DICEY**, *Law of the Constitution*, supra note 6, p. 271; **Court of Appeal for England and Wales**, *Wheeler c. Leicester City Council*, 13 Déc. 1984, 1985 AC 1054, p. 1065, per Browne-Wilkinson LJ.

⁸ Voir, e.g., **J. LAWS**, "Law and Democracy", *Public Law*, 1995, pp. 72-93; **H. WOOLF**, "Droit Public - English Style", *Public Law*, 1995, pp. 57-71.

⁹ Voir, e.g., la décision de la **High Court of Australia**, *Australian Capital Television Pty Ltd c. Commonwealth*, 1992, 177 CLR 106; selon laquelle la constitution australienne contient un droit implicite à la liberté de communication politique qui limite le pouvoir législatif.

risque de mise en cause de la légitimité d'une telle démarche en l'absence de tout texte constitutionnel.¹⁰ Alors même que la présence d'un tel texte ne rend pas nécessairement l'existence et l'étendue d'un contrôle judiciaire de la législation incontestable,¹¹ elle lui fournit une sorte d'*imprimatur*.

Le HRA ne fournit pas une telle base. On trouvera ailleurs des analyses détaillées de ce document.¹² Ici, il suffit de souligner quelques-unes de ses dispositions opérationnelles clefs, lesquelles sont toutes fondées sur le besoin de réconcilier droits humains et principe de souveraineté parlementaire. Le *White Paper* produit par le gouvernement est très clair à ce sujet et précise que "les tribunaux n'ont pas le pouvoir de casser un acte de législation primaire [...] au motif de son incompatibilité avec la Convention; cette conclusion découle de l'importance que le gouvernement attache à la souveraineté parlementaire".¹³ La pièce maîtresse du HRA est la section 3 (1), qui déclare qu' "autant que possible, la législation primaire et subordonnée doit être interprétée et appliquée d'une manière qui est compatible avec les droits protégés par la Convention". Lorsque cela est impossible, la section 4 permet à certains tribunaux d'émettre une déclaration d'incompatibilité. Cependant, cela "n'affecte pas la validité, l'opérationnalité ou l'application de ladite disposition",¹⁴ de telle sorte qu'un tribunal doit continuer d'appliquer la loi aux parties dans l'affaire, malgré son incompatibilité avec les normes internationales. La seule conséquence légale d'une déclaration en application de la section 4 est qu'elle rend *possible* le recours à une procédure accélérée, prévue à la section 10, d'amendement des lois incompatibles. Toutefois, la décision d'amender lesdits textes reste, en fin de compte, une question politique: une déclaration d'incompatibilité ne génère aucune obligation légale de modifier la loi en question. De plus, le HRA n'est pas *entrenched*.¹⁵ le parlement a la compétence légale de l'amender et de l'annuler.

Cela souligne le caractère relativement faible du régime de protection des droits humains. L'existence et l'étendue de ces droits demeurent finalement à la merci du pouvoir

¹⁰ Ce n'est pas pour dire que ce type d'objections est nécessairement insurmontable. Pour une discussion de cette question, voir, **J. LAWS**, *Law and Democracy*, *supra* note 8; "The Constitution: Morals and Rights", *Public Law*, 1996, pp. 622-635.

¹¹ Comme le démontre l'expérience des USA, à la suite de la décision de la **Cour Suprême USA**, *Marbury c. Madison*, 24 Fév. 1803, 5 US 137.

¹² Voir, e.g., **S. GROSZ, J. BEATSON and P. DUFFY**, *Human rights: The 1998 Act and the European Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000.

¹³ **Cm 3782**, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill*, London, 1997, p. 10.

¹⁴ **HRA**, Section 4(6)(a).

¹⁵ Selon la théorie constitutionnelle traditionnelle, il est impossible pour une loi d'être *entrenched*. Cf **Administrative Court**, *Thoburn c. Sunderland City Council*, 18 Fév. 2002, EWHC 195, 2003 QB 151.

politique; les juges n'ont pas le pouvoir constitutionnel d'ignorer ou d'annuler les actes parlementaires irréconciliables avec la CEDH.¹⁶ Pourtant, une telle analyse de la place et du statut des droits humains dans la constitution britannique contemporaine est trop pessimiste.

Les tribunaux ont, au moins dans certains cas, adopté une vue assez large des pouvoirs d'interprétation inclus dans la section 3.¹⁷ L'exigence d'une déclaration d'incompatibilité a ainsi été éludée par le recours à une interprétation créative de la législation nationale, en conformité avec les droits humains.¹⁸ La désirabilité et la légitimité de cette approche n'en demeurent pas moins controversées et ont donné naissance à une littérature assez dense.¹⁹

Cependant, ce papier concerne plus particulièrement le statut des droits humains dans la constitution britannique d'aujourd'hui. Les mesures anti-terroristes, un contexte dans lequel la protection des droits fondamentaux est soumise à des tensions particulières, serviront d'exemple pour démontrer la quasi-impossibilité pratique de ce genre de dérives, et ce, même en présence du pouvoir théorique du parlement d'outrepasser les lois fondamentales. Dans ce sens, la pratique a récemment démontré que le statut et la sécurité des droits humains demeurent prévalents au Royaume-Uni, malgré une divergence de perspective par rapport aux systèmes constitutionnels dans lesquels les libertés civiles sont *entrenched*.

Ces questions sont analysées dans la suite de l'article en référence à trois types d'événements: d'abord, la réponse du parlement britannique aux attaques du 11 septembre

¹⁶ Les juges britanniques sont, toutefois, capables de refuser d'appliquer des normes primaires incompatibles avec le droit des Communautés européennes (voir **House of Lords**, *Regina c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)*, [1991] 1 AC 603). Cela signifie que lorsque une loi nationale est prise en application ou en dérogation du droit communautaire, elle peut être ignorée dans la mesure de son incompatibilité avec les normes européennes protégeant les droits fondamentaux (Voir, e.g., **C.J.E.**, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis, Sotirios Kouvelas, Nicolaos Avdellas et al.*, C-260/89, 1991, *Recueil*, 1991, I, pp. 2925-sv.). Les droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique européen dérivent d'une multitude de sources, en ce compris la CEDH: voir **C.J.E.**, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, C-44/79, 1979, *Recueil*, 1979, I, pp. 3727-sv., § 15.

¹⁷ Voir, e.g., **House of Lords**, *Ghaidan c. Godin-Mendoza*, 21 Juin 2004, UKHL 30, 2 AC 557.

¹⁸ Seulement 14 déclarations d'incompatibilité (en excluant celles qui ont été *overturned* en appel) ont été prononcées à ce jour en vertu du HRA. Voir *Declarations of incompatibility made under section 4 of the Human Rights Act 1998*, Londres, Department for Constitutional Affairs, 2006, <http://www.dca.gov.uk/peoples-rights/human-rights/pdf/decl-incompat-tabl.pdf>

¹⁹ Voir, e.g., **A. KAVANAGH**, "The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, pp. 179-206; "Statutory Interpretation and Human Rights after *Anderson*: A More Contextual Approach", *Public Law*, 2004, pp. 537-545; **D. NICOL**, "Statutory Interpretation and Human Rights after *Anderson*", *Public Law*, 2004, pp. 274-282; **G. MARSHALL**, "The Lynchpin of Parliamentary Intention: Lost, Stolen, or Startled?", *Public Law*, 2003, pp. 236-248; **T. ALLAN**, "Parliament's Will and the Justice of the Common Law: The Human Rights Act in Constitutional Perspective", *Current Legal Problems*, 2006, pp. 27-50.

contre les Etats-Unis; ensuite, le contrôle judiciaire de cette législation en vertu du HRA; et, enfin, la réponse du parlement au constat d'incompatibilité effectué par les juges.

III. Détention sans jugement: La loi de 2001

Les attaques terroristes du 11 Septembre 2001 ont provoqué une réponse législative rapide de la part du parlement britannique. L'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*²⁰ couvre des matières aussi diverses que la propriété terroriste, la sécurité du nucléaire et de l'aviation, et les pouvoirs de la police. En particulier, la quatrième partie de cette loi établit un régime de détention extra-judiciaire illimitée des personnes suspectées de terrorisme.

En vertu de la section 21(1) de l'ACSA, un membre de l'exécutif, le *Home Secretary*, a le pouvoir de certifier pour toute personne qu'il suspecte de terrorisme s'il a des raisons de penser que sa présence sur le territoire britannique représente un risque pour la sécurité nationale. En application d'une combinaison des sections 22 et 23, les individus victimes d'une telle attestation et qui ne peuvent faire l'objet d'une expulsion -par exemple, en raison d'un risque de torture dans le pays de destination, en violation de l'article 3 de la CEDH-²¹ peuvent alternativement être emprisonnés, et ce, en vertu de certains pouvoirs d'immigration applicables aux seuls étrangers. Bien qu'il soit théoriquement possible pour ces détenus de quitter volontairement le Royaume-Uni, d'où la métaphore de 'prison à trois murs', cette possibilité relève en fait largement de l'illusion; la détention continue étant généralement préférée à la torture. Les appels contre cette certification sont portés devant la Commission spéciale d'appels relatifs à l'immigration,²² un organe judiciaire établi légalement²³ et compétent pour traiter d'informations considérées trop sensibles²⁴ pour être révélées à l'appelant ou à ses conseils légaux²⁵ (et qui sont par conséquent inadmissibles lors de procédures criminelles).

La SIAC peut annuler une attestation en l'absence de tout motif raisonnable justifiant les craintes du secrétaire d'état, l'appartenance de l'individu à un groupe terroriste

²⁰ Dorénavant 'ACSA'.

²¹ C.E.D.H., *Chahal c. UK*, 15 Nov. 1996, 23 EHRR 413.

²² Dorénavant 'SIAC'.

²³ **Special Immigration Appeals Commission Act 1997.**

²⁴ *E.g.*, parce que leur divulgation pourrait mettre au jour des sources, ce qui les placerait en danger, ainsi que les opérations d'intelligence futures.

²⁵ A la place, des 'avocats spéciaux' pourraient défendre les appelants par rapport à ces 'preuves inaccessibles'.

international ou un risque quelconque pour la sécurité nationale. Au lieu d'analyser l'exercice de ces pouvoirs de détention dans des cas particuliers, cet article se penche sur leurs implications générales au regard des droits humains. La norme centrale de référence est, à cet égard, l'article 5 de la CEDH, qui déclare que "toute personne a droit à la liberté et à la sûreté" et que "nul ne peut être privé de sa liberté" hormis dans certaines circonstances particulières. Il est clair qu'aucune de ces exceptions ne couvre la situation des personnes détenues en vertu de la loi de 2001. Ainsi, un régime de détention extra-judiciaire est la preuve d'une volonté, de la part du législateur, d'ignorer le respect des droits humains face à la perception d'un danger pour la sécurité nationale; une conclusion qui ébranle l'affirmation du statut privilégié des droits humains au Royaume-Uni. Mais ces événements peuvent aussi être interprétés de manière différente et plus adéquate; et ce, pour deux raisons.

D'abord, le régime introduit par la loi de 2001 se base sur le caractère inaliénable de l'article 3 de la CEDH.²⁶ Son but ultime est la protection du droit absolu de tout individu à ne pas faire l'objet de tortures ou de traitements inhumains ou dégradants, qui est inscrit à l'article 3 -dans le sens où ces individus ne peuvent être déportés vers des pays où ils risquent de tels traitements;²⁷ tout en adressant les difficultés inhérentes à la poursuite de suspects d'actes de terrorisme, et en gardant à l'esprit le fait que les preuves récoltées ne sont pas nécessairement admissibles dans des procédures criminelles²⁸ et que, de toutes façons, leur divulgation risque de porter préjudice aux opérations de collecte d'informations de l'Etat. Il est important, en soi, que l'article 3 soit ainsi accepté comme cadre limitatif pour tout programme législatif.

Ensuite, le fait que le parlement soit prêt à adopter un régime de détention extra-judiciaire en violation manifeste de l'article 5 de la CEDH, n'implique pas nécessairement que la Convention est tout simplement ignorée. Au contraire, le Royaume-Uni a invoqué²⁹ l'article 15, qui déclare qu' "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux

²⁶ **Convention européenne des droits de l'homme**, Article 15 § 2.

²⁷ Voir *supra*, note 21.

²⁸ Le droit britannique contemporain considère généralement que les preuves interceptées ne sont pas admissibles devant les tribunaux (voir **Regulation of Investigatory Powers Act 2000**), une position récemment endossée par le gouvernement (voir <http://security.homeoffice.gov.uk/ripa/interception/use-interception/use-interception-review/>). L'interdiction de ce genre de preuves a été sévèrement critiquée. Voir, *e.g.*, **Privy Counsellor Review Committee**, *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review: Report*, Londres, The Stationary Office, 2003, pp. 57-58.

²⁹ Voir **SI 2001/3644, The Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001**.

obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international". Puisqu'une telle dérogation est permise pour l'article 5 (mais pas pour l'article 3),³⁰ le Royaume-Uni a cherché à profiter de cette possibilité, tout en assumant que la quatrième partie de la loi de 2001 constituait une dérogation nécessaire et justifiable aux termes de l'article 15.

Il est bien évidemment difficile de dépeindre la permission de détentions extrajudiciaires comme une preuve du soutien éclatant du Royaume-Uni à la cause des droits humains; et cet article ne défend rien de tel. Ceci dit, il faut remarquer que les événements décrits plus haut constituent une preuve (même s'il s'agit d'une preuve anecdotique) de la prise en considération de la CEDH par le parlement, en tant que limite à son pouvoir législatif; face à ce qu'il percevait comme une crise réelle, à la lumière du 11 septembre. Bien que cette conclusion puisse paraître modeste, sa signification est en fait importante quand on la place dans le contexte d'une constitution caractérisée, comme nous l'avons souligné, par les notions de pouvoir législatif illimité et de souveraineté parlementaire.

IV. La réponse du judiciaire: L'affaire *Belmarsh*

Malgré la conviction du gouvernement en la compatibilité de la loi de 2001 avec la CEDH (dans le sens où il s'agirait d'une dérogation aux termes de l'article 15), les individus contre lesquels elle a été invoquée ont soulevé devant les tribunaux le manque de fondement de leur détention. Quoiqu'un appel introduit devant la SIAC concernant un cas particulier ait été couronné de succès,³¹ cet article analyse la question de la légalité du régime de détention en tant que tel. Etant donné que ce régime résulte d'un acte parlementaire, il ne peut être simplement annulé. Au lieu de quoi, dans l'affaire *Belmarsh*,³² les détenus ont cherché à obtenir une déclaration d'incompatibilité, en défendant que les conditions d'application de l'article 15 n'étaient pas satisfaites, de telle sorte que l'article 5 -avec lequel leur détention était incompatible- reste opératif. La question principale soulevée devant les tribunaux était

³⁰ **European Convention on Human Rights**, Article 15 § 2.

³¹ **Special Immigration Appeals Commission**, *M c. Secretary of State for the Home Department*, 8 Mars 2004, non publié (confirmé par **Appel**, *M c. Secretary of State for the Home Department*, 18 Mars 2004, EWCA Civ 324, 2 All ER 863.

³² Ainsi dénommée à cause de la prison dans laquelle les requérants étaient détenus. Voir **House of Lords**, *A c. Secretary of State for the Home Department; X c. Secretary of State for the Home Department*, 16 Déc. 2004, UKHL 56, 2005 2 AC 68.

donc celle de l'applicabilité de l'article 15 au cas d'espèce. Dans un jugement qui fait date, la Chambre des Lords³³ a décidé que les conditions inscrites à l'article 15 n'étaient pas remplies, et que les détentions extra-judiciaires étaient incompatibles avec l'article 5,³⁴ ainsi qu'avec l'article 14 de la CEDH. Le raisonnement de la cour offre un important aperçu de l'examen du respect des droits humains et du contrôle que les juges sont prêts à entreprendre depuis l'entrée en vigueur du HRA; d'où, l'intérêt d'examiner cette décision en détails.

Les membres de la cour ont d'abord dû se pencher sur la question de l'existence d'une "guerre" ou d'un "autre danger public menaçant la vie de la nation", et sur la question de leur compétence en la matière. En première instance, la SIAC a considéré que les preuves avancées par le secrétaire d'état justifiaient l'existence d'un état d'urgence.³⁵ La cour d'appel a émis un jugement similaire.³⁶ Et huit des neuf juges de la chambre des lords se sont rangés derrière cet avis. Lord Bingham (qui faisait partie de la majorité) a observé que, dans les affaires relatives à l'article 15, la Cour européenne des droits de l'homme contrôlait seulement de manière limitée les décisions étatiques et laissait aux autorités internes une large marge d'appréciation.³⁷ Il juge cette 'déférence' judiciaire normativement désirable, dans le cas d'espèce: l'existence d'un état d'urgence "exige de prédire les faits de manière empirique; [en particulier, de prédire] ce que diverses personnes de par le monde sont prêtes à faire ou non, quand (si jamais) elles risquent de le faire, et quelles peuvent en être les conséquences".³⁸ Selon Lord Bingham, cela implique un type de jugement que les branches politiques de l'Etat sont plus à même de poser que des magistrats. Une telle déférence est compatible avec l'approche habituelle des tribunaux britanniques en matière de sécurité nationale.³⁹ Traditionnellement, lorsque l'exécutif invoque la sécurité nationale pour justifier

³³ La Chambre des Lords, en sa capacité judiciaire, est le tribunal de dernière instance pour toutes les affaires civiles du royaume, ainsi que pour les affaires criminelles non écossaises; bien que le Constitutional Reform Act récemment adopté en 2005 (mais pas encore entré en vigueur) prévoit le transfert de ses fonctions judiciaires à une nouvelle cour suprême.

³⁴ En plus, l'ordre administratif requis pour effectuer une dérogation en vertu du HRA avait été annulé. La décision de la Chambre des Lords va plus loin que celle du tribunal de première instance (**Special Immigration Appeals Commission, A c. Secretary of State for the Home Department; X c. Secretary of State for the Home Department**, 30 Juil. 2002, HRLR 45), qui avait seulement décelé une violation de l'article 14; cette décision avait été renversée en appel (**Appel, A c. Secretary of State for the Home Department; X c. Secretary of State for the Home Department**, 25 Oct. 2002, EWCA Civ 1502, 2004 QB 335), où aucune incompatibilité ne fut condamnée.

³⁵ *Supra*, note 34.

³⁶ *Supra*, note 34.

³⁷ Voir, e.g., **C.E.D.H., Lawless c. Ireland (No 3)**, 1 Juil. 1961, 1 EHRR 15; **C.E.D.H., Irlande c. Royaume-Uni**, 18 Jan. 1978, 2 EHRR 25; **C.E.D.H., Brannigan et McBride c. UK**, 26 Mai 1993, 17 EHRR 539.

³⁸ *Supra*, note 32, § 9.

³⁹ Voir, e.g., **K. EWING**, "The Futility of the Human Rights Act", *Public Law*, 2004, pp. 829-852.

une de ses actions, les tribunaux -bien qu'ils demandent des preuves permettant d'établir l'existence d'un tel intérêt-⁴⁰ se sont en fait souvent⁴¹ contentés en matière de preuve du simple fait qu'un acteur politique ou l'autre *considérerait* l'affaire comme liée à la sécurité de l'Etat.⁴²

Il convient donc de mentionner que, quoique Lord Bingham ne soit pas le seul à cautionner une approche déférente de la question de l'existence d'un état d'urgence,⁴³ d'autres magistrats ont adopté une position plus forte. Par exemple, bien que Lord Scott accepte que "le judiciaire doive, en général, se plier à l'évaluation faite par l'exécutif de ce qui constitue un danger pour la sécurité nationale ou 'la vie de la nation' ", il indique qu'une telle déférence ne doit pas être étendue de manière aveugle, sans tenir compte de la qualité des jugements posés par l'exécutif. A cette fin, il a attiré l'attention sur le fait qu'une large part des données de l'exécutif dans ce domaine sont dérivées de "l'évaluation d'informations erronées sur la base desquelles les forces du Royaume-Uni ont été envoyées pour prendre part, et prennent toujours part, aux hostilités en Irak".⁴⁴ En conséquence, il "doute sérieusement du fait que l'état d'urgence' soit de nature à justifier le qualificatif de 'menaçant la vie de la nation' ", bien qu'il soit, finalement, prêt à laisser à l'exécutif "le bénéfice du doute". Lord Hope est également prêt à concéder la présence d'un état d'urgence mais, tout comme Lord Scott, il analyse de manière critique les affirmations du gouvernement. Ceci l'amène à conclure qu'un "état d'urgence" existait, "constitué par la menace d'attaques [terroristes]" *dans le futur*; bien que cela suffise pour qualifier l'état d'urgence "d'actuel", il s'agit d'une urgence "à un autre niveau [...] que celle qui résulterait nécessairement d'une matérialisation de ces menaces".⁴⁵ L'apport pratique de l'approche critique de Lord Hope par rapport à la question de l'*urgence publique* est lié à l'impact que cette approche va avoir sur son analyse subséquente de la question -à laquelle nous reviendrons bientôt- de la *nécessité absolue* de détentions extra-judiciaires. Comme il le

⁴⁰ Voir, e.g., **Privy Council**, *The Zamora*, 7 Avr. 1916, 2 AC 77, pp. 106-107.

⁴¹ Voir, e.g., **House of Lords**, *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*, 22 Nov. 1984, 1985 AC 374.

⁴² Pour une analyse plus détaillée du concept d'"état d'urgence" dans l'affaire *Belmarsh*, voir **T.R. HICKMAN**, "Between Human Rights and the Rule of Law: Indefinite Detention and the Derogation Model of Constitutionalism", *Modern Law Review*, 2005, pp. 655-668.

⁴³ E.g. la Baronne Hale, *supra* note 32, § 226, 'ne se sentait pas qualifiée' pour exprimer son désaccord par rapport aux conclusions de la SIAC sur ce point.

⁴⁴ *Supra*, note 32, § 154. Ces erreurs d'intelligence (voir HC898, *Review of Intelligence on Weapons of Mass Destruction*, Londres, 2004) demeurent une question politique hautement contentieuse au Royaume-Uni (et ailleurs: voir, e.g., **Commission on the Intelligence Capabilities of the United States Regarding Weapons of Mass Destruction**, *Report to the President of the United States*, Washington DC, 2005).

⁴⁵ *Supra*, note 32, § 119.

souligne, “on ne peut dire ce que les impératifs de la situation exigent sans avoir clairement à l’esprit ce qui constitue l’état d’urgence”.⁴⁶

Ceci dit, seul un juge, Lord Hoffmann, a considéré qu’il n’existait pas de “danger public menaçant la vie de la nation”. Quoiqu’il accepte la présence d’un risque réel d’attaques terroristes au Royaume-Uni, la question centrale était celle de savoir “si cette menace est une menace pour la vie de la nation”.⁴⁷ Il considère que le mot ‘nation’, à l’article 15, doit être entendu comme “un organisme social”, dont la “vie” n’est pas “purement réductible à la vie de ses membres”.⁴⁸ Par conséquent, selon Lord Hoffmann, “la violence terroriste, aussi sérieuse soit-elle, ne menace pas nos institutions gouvernementales ni notre existence comme communauté civile”⁴⁹ (une conclusion qui paraît assumer une endurance certaine dans le chef du Royaume-Uni).⁵⁰ Au contraire, selon lui, “le vrai danger menaçant la vie de la nation, au sens d’un peuple qui vit dans le respect de ses lois traditionnelles et de ses valeurs politiques, n’est pas représenté par le terrorisme mais par des lois telles que celles-ci”.⁵¹ Bien que l’explication susmentionnée puisse être interprétée comme une indication du fait que la position de Lord Hoffmann est simplement influencée par sa vision du texte de l’article 15, il s’agit là d’une interprétation réductrice de son argumentation. Un élément central de son raisonnement est la nécessité pour la cour d’évaluer pour elle-même la nature et l’étendue du danger menaçant la sûreté publique que pose le terrorisme international. Son discours n’est pas contaminé par le langage (et l’esprit) de “déférence” qui affecte, comme nous l’avons vu, (de diverses manières) les opinions des autres juges. Loin de s’incliner devant l’exécutif, Lord Hoffmann estime que l’existence d’un état d’urgence est une question que “nous devons, en tant que tribunal britannique, décider par et pour nous-mêmes”.⁵² Cette position représente une rupture radicale avec l’approche traditionnelle, et elle tranche par rapport à celle des autres juges et même, comme nous allons le voir, aux vues exprimées par Lord Hoffmann lui-même trois ans auparavant.

⁴⁶ *Ibid.*, § 116.

⁴⁷ *Ibid.*, § 95.

⁴⁸ *Ibid.*, § 91.

⁴⁹ *Ibid.*, § 96.

⁵⁰ *Ibid.*, § 95: “Il se peut que certaines nations soient trop fragiles pour survivre à un acte grave de violence. Mais tel n’est pas le cas du Royaume-Uni.”

⁵¹ *Ibid.*, § 97.

⁵² *Ibid.*, § 92.

Les huit juges qui étaient prêts à accepter l'existence d'un état d'urgence (ou, du moins, à accepter que d'autres puissent soutenir une telle position) ont donc dû se demander si un régime de détentions extra-judiciaires constituait une réponse "absolument nécessaire". Bien que, comme nous l'avons déjà expliqué,⁵³ les tribunaux britanniques aient traditionnellement insisté pour que des preuves corroborent l'affirmation par le gouvernement du fait que *la sécurité nationale serait en jeu* (même s'ils ont eu tendance à se considérer fort aisément satisfaits à cet égard), le contrôle judiciaire s'est généralement effacé devant la question de savoir *si la sécurité nationale justifie un certain type d'action*. Par exemple, la question de savoir si, dans le contexte d'une décision de déportation, des considérations de sécurité nationale peuvent justifier une violation des exigences fondamentales de justice, telles que l'obligation d'informer tout individu de ce qui lui est reproché,⁵⁴ est une question à laquelle seul l'exécutif se doit de répondre. Selon Lord Denning MR, ce type d'informations ne devrait pas être communiqué, "à part dans la mesure où *le Home Secretary pense qu'il n'y a pas de danger à le faire*".⁵⁵ De même, il a été décidé au sommet de la hiérarchie judiciaire que la question de savoir si la sécurité nationale pouvait justifier des changements dans les conditions d'emploi des fonctionnaires à l'issue d'une procédure autrement injuste était "*par excellence* une question qui n'est pas justiciable" puisqu'elle soulève des problèmes "par rapport auxquels [le pouvoir exécutif] doit avoir le dernier mot, et non les cours et tribunaux".⁵⁶ Cette doctrine, qui consacre la déférence -voire l'abdication- du pouvoir judiciaire, quand il est confronté à des questions de sécurité nationale, a été récemment perpétuée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Rehman*, qui questionnait la détermination par le *Home Secretary* de la nécessité de déporter un individu pour des raisons de sécurité nationale.⁵⁷ Dans un jugement qui limite fortement le rôle de contrôle du pouvoir judiciaire dans de telles décisions, Lord Steyn a observé qu'il est "évidemment juste pour des tribunaux nationaux de donner beaucoup de poids aux vues de l'exécutif en matière de sécurité nationale".⁵⁸ Cependant, Lord Hoffmann a considéré que "le fait de savoir si une mesure est

⁵³ Texte, notes 40 et 41.

⁵⁴ Voir, e.g., **House of Lords**, *Regina c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, *Regina c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pegg*, *Regina c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson*, *Regina c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Smart*, 24 Juin 1993, 1994 1 AC 531, p. 560, per Lord Mustill.

⁵⁵ **Appel**, *Regina c. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Hosenball*, 29 Mars 1977, 1 WLR 766, p. 782 (emphasis ajoutée).

⁵⁶ **House of Lords**, *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*, 22 Nov. 1984, 1985 AC 374, p. 412, per Lord Diplock.

⁵⁷ **House of Lords**, *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, 11 Oct. 2001, UKHL 47, 2003 1 AC 153.

⁵⁸ *Ibid.*, § 31.

dans l'intérêt de la sécurité nationale n'est pas une question de droit; mais, une question d'appréciation politique, qui ne doit pas être soumise à une décision judiciaire".⁵⁹ Il a ajouté que les événements du 11 septembre soulignent le besoin de déférence judiciaire dans cette sphère, si on prend en considération les compétences institutionnelles (selon ce Lord, l'exécutif "a un accès spécial à l'information et une expertise particulière dans ces questions") et la démocratie (puisque la gravité des conséquences éventuelles de décisions de sécurité nationale demande une "légitimité qui peut seulement être conférée à des personnes responsables devant la communauté via le processus démocratique").⁶⁰

De manière surprenante, Lord Hoffman ne se demande pas pourquoi ces inhibitions putatives du processus judiciaire n'ont pas été considérées insurmontables dans l'affaire *Belmarsh*.⁶¹ Ceci dit, la signification réelle de l'affaire *Belmarsh* consiste en la manière dont les sept autres juges de la majorité⁶² ont traité la "question de la justification" - à savoir, si la sécurité nationale justifiait des détentions extra-judiciaires (ou, pour reprendre les termes de l'article 15, si la suspension de l'article 5 était 'strictement requise par les exigences de la situation'). Au lieu de caractériser cette question comme une compétence exclusive de l'exécutif, la majorité⁶³ a exercé un contrôle détaillé des arguments avancés par le gouvernement en faveur des détentions extra-judiciaires, et les a jugés déficients. Trois points doivent être particulièrement soulignés.

En premier lieu -et il s'agit probablement du point le plus important-, ledit régime de détention ne s'applique, comme nous l'avons vu, qu'aux étrangers et non aux citoyens britanniques qui représentent une menace similaire. Tous les juges de la majorité qui se sont penchés sur la question de la justification ont considéré ce fait comme une preuve de l'absence de l'élément de nécessité requis par l'article 15. Par exemple, la Baronne Hale a fait remarquer qu' "il faut en conclure qu'il n'est pas nécessaire d'emprisonner les nationaux; que le danger qu'ils représentent a été contenu par d'autres moyens; qu'il n'y a pas de nécessité à enfermer les étrangers s'il n'est pas nécessaire d'enfermer les citoyens; et que ce n'est donc pas strictement requis par les exigences de la situation".⁶⁴ En deuxième lieu, comme nous

⁵⁹ *Ibid.*, § 50.

⁶⁰ *Ibid.*, § 62.

⁶¹ Bien que le *langage* de l'article 15 (qui s'est vu appliquer dans l'affaire *Belmarsh* mais pas dans l'affaire *Rehman*) requière un examen particulièrement rigoureux du cas d'espèce.

⁶² Seul Lord Walker s'est déclaré satisfait de la stricte nécessité du régime de détention extra-judiciaire.

⁶³ A l'exception de Lord Hoffmann, qui n'avait pas besoin d'analyser la "question de la justification".

⁶⁴ *Supra*, note 32, § 231.

l'avons déjà vu, les personnes suspectées de terrorisme étaient détenues dans ce qui a été surnommé une "prison avec trois murs". Bien que (pour des raisons mentionnées plus haut) la plupart des détenus aient jugé l'utilisation de cette possibilité inintéressante, l'un d'eux en a profité pour se rendre en France. De nouveau, cela remet sérieusement en doute la nécessité du système de détention. Comme la Baronne Hale l'a souligné, "quel sens peut-il bien y avoir à considérer qu'une personne représente un tel danger pour la vie de la nation qu'il faille l'emprisonner sans procès, mais lui permettre de partir en France, où il pourrait être relâché quasi-instantanément, comme cela s'est produit"?⁶⁵ En troisième lieu, plusieurs juges ont remarqué que le gouvernement n'a pas établi l'inadéquation d'autres mesures moins restrictives de la liberté des suspects - par exemple, le *tagging* électronique, ou une limitation de l'accès à internet et aux autres moyens de communication.⁶⁶ Cela questionne sérieusement la stricte nécessité de privations complètes de liberté. La dérogation a donc été annulée, en raison de l'incompatibilité de la section 23 de l'ACSA avec les termes de l'article 5 de la CEDH.⁶⁷

Cette décision est une preuve de la volonté du pouvoir judiciaire de vérifier si les droits fondamentaux ont été violés, même en présence de questions de sécurité nationale. L'importance de cette décision est considérable au regard de l'approche traditionnelle du droit public au Royaume-Uni et du débat suscité par l'adoption du HRA. Longtemps, il eut été impensable pour des tribunaux britanniques d'écarter des décisions administratives⁶⁸ pour des raisons de substance (et non de procédure), à l'exception de décisions aberrantes ou totalement "irraisonnables"⁶⁹ - une doctrine de retenue judiciaire qui, comme nous l'avons déjà expliqué, avait d'autant plus de force dans les cas où la sécurité nationale était en jeu. L'étendue du pouvoir libératoire introduit par le HRA, et qui encourage le recours au test de "proportionnalité" développé par la Cour européenne des droits de l'homme a fait l'objet de

⁶⁵ *Ibid.*, § 230.

⁶⁶ Voir, e.g., Lord Bingham (*ibid.*, § 35); Lord Scott (*ibid.*, § 155).

⁶⁷ La déclaration rajoute que la section 23 viole l'article 14 de la CEDH, qui précise que "la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune", en ce compris d'"origine nationale". Le même constat avait été fait en première instance, mais la décision de SIAC (*supra*, note 34) avait été annulée en appel (*supra*, note 34); la Cour d'appel a considéré que la section 23 constituait une mesure d'immigration, ce qui justifiait une différence de traitement sur la base de la nationalité. La majorité de la Chambre des Lords a jugé, au contraire, que la section 23 était essentiellement une mesure sécuritaire, et que, dans un tel contexte, des différences de traitement sur le fondement de la nationalité ne peuvent être objectivement justifiables.

⁶⁸ En dehors du contexte particulier du droit communautaire européen, le contrôle judiciaire de la *législation* ne se posait tout simplement pas avant que la section 4 du HRA ne donne aux tribunaux le pouvoir de prononcer des déclarations d'incompatibilité.

⁶⁹ Voir **Appel**, *Associated Provincial Picture Houses Ltd c. Wednesbury Corporation*, 10 Nov. 1947, 1948 1 KB 223.

sérieuses controverses. La jurisprudence et la doctrine sont divisées quant à la “déférence” due par les tribunaux aux visées politiques de l’exécutif et du législateur lorsqu’ils doivent se prononcer sur la violation de droits protégés par la CEDH.⁷⁰

Bien qu’il ne faille pas espérer que ce débat soit clôt par un seul verdict, l’affaire *Belmarsh* est à cet égard d’une très grande importance, et ce, pour deux raisons. Tout d’abord, elle écarte l’argument classique en vertu duquel les juges devraient s’en remettre aux décisions des politiciens pour des “motifs démocratiques”. Lord Bingham a considéré que le HRA “donne aux tribunaux un mandat particulier, et entièrement démocratique”,⁷¹ de contrôle des mesures qui touchent les droits humains, et a appuyé la position d’un auteur selon laquelle le HRA confie aux tribunaux la tâche de “délimiter les frontières d’une démocratie basée sur le respect des droits fondamentaux”.⁷² Ensuite, l’affaire *Belmarsh* analyse le concept de “compétence institutionnelle relative”. Cette notion avait été invoquée par les magistrats (avec divers degrés d’enthousiasme, il est vrai) pour justifier la déférence du pouvoir judiciaire quant à l’appréciation par l’exécutif de l’existence d’un état d’urgence au sens de l’article 15. Cependant, elle ne semble pas s’appliquer aussi facilement à la question de la justification. A ce niveau, la majorité s’est estimée, avec raison, parfaitement capable d’identifier les failles d’un plan législatif et a considéré que l’argument de la “prison avec trois murs” et l’absence de détention des citoyens britanniques suspectés d’être des terroristes sapient sérieusement les prétentions du gouvernement relativement au caractère ‘strictement nécessaire’ de la détention de certains étrangers. L’importance de ce constat réside dans la volonté de la majorité d’adopter une approche nuancée, selon laquelle le concept de déférence du pouvoir judiciaire face à l’exécutif et au législatif ne s’applique pas de manière uniforme pour l’ensemble d’un *cas*, mais varie au contraire d’une *question à l’autre*, en fonction (*inter alia*) de la capacité institutionnelle du tribunal en matière d’évaluation des justifications avancées par les branches politiques de l’Etat. Cette approche -

⁷⁰ La jurisprudence et la doctrine sont déjà denses. Pour des analyses récentes, voir **Appel**, *International Transport Roth GmbH c. Secretary of State for the Home Department*, 22 Fév. 2002, EWCA Civ 158, 2003 QB 728; **House of Lords**, *Regina (on the application of ProLife Alliance) c. British Broadcasting Corporation, Regina (on the application of Quintavalle) c. British Broadcasting Corporation*, 15 Mai 2003, 2003 UKHL 23, 2004 1 AC 185; **J. JOWELL**, “Judicial Deference: Servility, Civility or Institutional Capacity?”, *Public Law*, 2003, pp. 592- 601; **M. HUNT**, “Sovereignty’s Blight: Why Contemporary Public Law needs the Concept of ‘Due Deference’” in **N. BAMFORTH and P. LEYLAND**, *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart, 2003, pp. 337-370; **J. RIVERS**, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, 2006, pp. 174-207.

⁷¹ *Supra*, note 32, § 42

⁷² **J. JOWELL**, “Judicial Deference”, *supra* note 70, p. 597.

suggérée par une partie de la doctrine à propos de questions relatives aux droits humains⁷³ ou à des questions analogues⁷⁴ est la bienvenue. Elle constitue une conception plus sophistiquée de la notion de déférence, une maturation de la jurisprudence confrontée à la place croissante du HRA dans le paysage constitutionnel, et un degré de contrôle judiciaire qui semble plus approprié.⁷⁵

V. Après *Belmarsh*

La réponse à l'affaire *Belmarsh* est aussi intrigante que l'est la décision elle-même, et nous éclaire sur la place actuelle des droits humains au Royaume-Uni. Dans cette section, nous résumons la réponse du législateur et nous considérons les leçons plus générales qui peuvent en être dégagées.

Le législateur a répondu rapidement au jugement de la Chambre des Lords en annulant le régime incriminé et en le remplaçant par le *Prevention of Terrorism Act* de 2005.⁷⁶ L'adoption de cette législation par le parlement sort de l'ordinaire. Le facteur temps était important étant donné que, aux termes de la section 29 du ACSA, le régime des détentions extra-judiciaires ne pouvait rester en vigueur que s'il était renouvelé annuellement, par ordre des deux chambres législatives. Une nouvelle législation devait donc être adoptée avant la date d'échéance de l'ancienne (le 14 mars 2005), afin d'éviter que les détenus ne soient relâchés de manière inconditionnelle - une mesure qui, selon le gouvernement, aurait de sérieuses conséquences pour la sécurité nationale.⁷⁷ Dans ce contexte, un *Bill* a été introduit devant la Chambre des communes le 22 février et approuvé six jours plus tard. Cependant, il rencontra une opposition violente devant la Chambre des Lords.⁷⁸ Les pairs étaient alarmés par la proposition de permettre au *Home Secretary* de soumettre les suspects d'actes de terrorisme (indépendamment de leur nationalité) à des 'ordres de contrôle' dont l'impact sur leur liberté risquait d'être important. Ils étaient particulièrement préoccupés par les questions du standard de preuve applicable aux décisions d'adoption de ces ordres de

⁷³ E.g. M. HUNT, "Sovereignty's Blight", *supra* note 70.

⁷⁴ E.g. B. HARRIS, "Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy", *Cambridge Law Journal*, 2003, pp. 631-660.

⁷⁵ Il faut, cependant, se rappeler que cette affaire s'est posée dans le contexte particulier de l'article 15, dont les termes sont particulièrement sévères.

⁷⁶ Dorénavant 'PTA'.

⁷⁷ Voir **Statutory Instrument 2004/751, Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (Continuance in force of sections 21 to 23) Order 2004.**

⁷⁸ En sa capacité législative, plutôt que judiciaire.

contrôle, de l'étendue du pouvoir des cours et tribunaux dans l'adoption et la révision de ces décisions, du moment auquel il s'exercerait, et de la période pendant laquelle ladite législation resterait en vigueur. L'opposition entre la Chambre des Lords et une Chambre des communes dominée par le gouvernement mena à une impasse totale, les amendements soumis par cette dernière étant rejetés de manière systématique par la première.⁷⁹ Finalement, un compromis a été forgé, à l'issue d'une session qui dura une nuit entière, et la nouvelle législation entra en vigueur le 11 mars, en temps voulu pour permettre l'imposition d'ordres de contrôle à l'encontre des personnes détenues sous le régime de la loi de 2001.

La nouvelle loi permet au *Home Secretary* d'adopter un ordre de contrôle contre un individu s'il "a des motifs raisonnables de suspecter que l'individu en question est, ou a été, impliqué dans des activités liées aux terrorisme" et qu'il "juge l'adoption d'un ordre de contrôle imposant des obligations à cet individu nécessaire pour des raisons liées à la protection des membres du public contre un risque de terrorisme".⁸⁰ Le *Home Secretary* doit⁸¹ obtenir la permission de la cour⁸² avant d'adopter un tel ordre (à l'exception des cas d'urgence,⁸³ qui doivent -à la place- passer devant une cour dans les sept jours de l'adoption de l'ordre).⁸⁴ Les individus peuvent aussi faire appel des décisions de renouvellement ou de modification de l'ordre, adoptées par le *Home Secretary*, et contre tout refus de révocation ou de modification de l'ordre.⁸⁵

Suite à l'adoption du PTA, la dérogation susmentionnée à l'article 5 de la CEDH a été annulée,⁸⁶ parce que le gouvernement a anticipé que les ordres de contrôle ne limiteraient pas, pour le moment, la liberté (ou les autres droits) des individus d'une manière incompatible avec la Convention. Pourtant, il est clair que les pouvoirs de contrôle conférés par la loi sont suffisamment larges pour inclure des restrictions à la liberté -par exemple, des arrestations à domicile-⁸⁷ en violation de l'article 5. Si le gouvernement veut permettre l'imposition de tels ordres de contrôle, une nouvelle dérogation devra être introduite. De plus, la loi spécifie que

⁷⁹ L'approbation des *deux* chambres (et celle du souverain) est généralement requise pour qu'un *Bill* devienne un *Act of Parliament*.

⁸⁰ PTA, section 2(1). L'expression 'activité liée au terrorisme' est définie à la section 1(9).

⁸¹ A part pour les ordres de contrôle prononcés avant le 14 mars 2005 contre des individus qui, à l'époque de l'adoption de cet ordre, faisaient l'objet d'une certification aux termes de la section 21 de l'ACSA.

⁸² PTA, section 3(1)(a).

⁸³ *Ibid.*, section 3(1)(b).

⁸⁴ *Ibid.*, section 3(4).

⁸⁵ *Ibid.*, section 10.

⁸⁶ Voir **Statutory Instrument, 2005/1071, The Human Rights Act 1998 (Amendment) Order 2005**.

⁸⁷ Ce qui est clairement envisagé par la section 1(5).

les ordres de contrôle qui, suite à une telle dérogation, imposent des restrictions à la liberté individuelle qui ne sont pas compatibles avec l'article 5, peuvent seulement être imposés par un tribunal. Un tel ordre peut seulement rester en vigueur si ledit tribunal est (*inter alia*) "convaincu, après avoir évalué les diverses probabilités, que la personne contrôlée est un individu qui est, ou a été impliqué dans des activités liées au terrorisme" et "considère que l'imposition d'obligations à la personne contrôlée est nécessaire pour des raisons de protection des membres du public contre un risque de terrorisme".⁸⁸ Toutes les procédures introduites sur base du PTA sont soumises à des règles particulières qui spécifient, *inter alia*, que les informations trop sensibles ne seront pas communiquées ni à l'individu en question ni à ses conseils, et que ses intérêts seront représentés par un "avocat spécial" si cela s'avère nécessaire.⁸⁹

Il est évident que le but du PTA était de permettre un haut niveau de contrôle et de supervision des personnes suspectées de terrorisme sans pour autant violer la CEDH. Aucune tentative de dérogation visant à permettre des privations de liberté n'a été envisagée, une démarche qui aurait sans aucun doute été attaquée sur la base de l'article 15. Pour l'instant, le gouvernement se contente d'adopter des ordres de contrôle non-dérogatoires -dans le sens d'ordres compatibles avec la CEDH- mais trouve que l'article 5 l'empêche d'aller aussi loin qu'il le désirerait en termes de restriction du mouvement, de la conduite, *etc.* des suspects. Dans deux cas récents, des ordres de contrôle ont été annulés par les tribunaux parce qu'ils imposaient des conditions si onéreuses qu'elles équivalaient à une privation de liberté au sens de l'article 5.⁹⁰

Cependant, le simple fait que les dispositions de 2001 aient été abrogées et remplacées par le régime du PTA est significatif. Les tribunaux britanniques n'ont pas le pouvoir constitutionnel d'annuler les actes parlementaires incompatibles avec la CEDH, donc -comme le souligne Lord Scott dans l'affaire *Belmarsh*- les "conséquences [d'une déclaration

⁸⁸ PTA, section 4(7).

⁸⁹ Voir **Statutory Instrument, 2005/656, The Civil Procedure (Amendment No 2) Rules 2005**, qui insère une nouvelle partie 76 dans les Civil Procedure Rules de 1998. Il a été plaidé, quoique sans succès, devant **Appel, Secretary of State for the Home Department c. MB**, 1 Août 2006, EWCA Civ 1140, 3 WLR 839, que le régime procédural établi par la loi de 2005 était incompatible avec l'article 6 § 1 de la CEDH.

⁹⁰ **Appel, Secretary of State for the Home Department c. JJ et al.**, 1 Août 2006, EWCA Civ 1141, 3 WLR 866; **Queen's Bench Division (Administrative Court), Secretary of State for the Home Department c. E**, 16 Fév. 2007, EWHC 233 (Admin.). Voir, pour une vue d'ensemble des ordres de contrôle en vigueur, et des restrictions ainsi imposées, **A. CARLILE, Second Report of the Independent Reviewer pursuant to Section 14(3) of the Prevention of Terrorism Act 2005**, Londres, Home Office, 2007, pp. 3-5.

d'incompatibilité via le HRA] sont politiques et non légales".⁹¹ En droit interne, le législateur est libre d'ignorer le verdict des tribunaux concernant l'incompatibilité de la législation existante avec les standards de protection des droits humains. Mais il est clair que les politiciens ne se sont pas réellement sentis capable d'adopter une telle approche et que le jugement adopté dans l'affaire *Belmarsh* a constitué une pression morale -si non légale-⁹² à l'égard des organes politiques de l'Etat. Suite à l'affaire *Belmarsh*, le *Home Secretary* a déclaré qu'il "acceptait la déclaration d'incompatibilité prononcée par la Chambre des Lords" et son "verdict, selon lequel les nouvelles mesures législatives doivent s'appliquer de manière égale aux nationaux et aux non-nationaux".⁹³ Il a ensuite précisé que le nouveau *Bill* était "conçu pour répondre à la critique émise par la Chambre des Lords quant au caractère disproportionné et discriminatoire de la législation précédente".⁹⁴ Cet épisode suggère que, même en l'absence d'un pouvoir d'annulation, le HRA est capable de contenir au moins dans une certaine mesure les pires excès du majoritarisme lorsque les droits d'une minorité extrêmement impopulaire -comme le sont les personnes suspectées d'actes de terrorisme- sont en jeu.⁹⁵ Le simple fait que les tribunaux aient le pouvoir de se prononcer sur la compatibilité d'une législation avec les normes de respect des droits humains soumet les organes politiques du gouvernement à une pression nouvelle -et qui semble, considérable-,⁹⁶ rendant plus difficile le maintien en vigueur d'une législation incompatible avec les droits fondamentaux.⁹⁷

⁹¹ *Supra*, note 32, § 142.

⁹² Bien qu'en droit interne une déclaration d'incompatibilité n'impose pas de modification de la loi, les parties qui ont obtenu une telle déclaration risquent de poursuivre l'affaire devant la CEDH au cas où la loi n'est pas amendée en leur faveur. Les Etats parties à la CEDH sont obligés de se conformer aux arrêts de la Cour de Strasbourg (article 46) et de reconnaître "à toute personne relevant de leur juridiction" les droits protégés par la Convention (article 1). Donc, quoique le HRA ne crée pas d'obligation légale (en droit national) de révision de la loi, une telle déclaration ne fait qu'anticiper, ou au moins indiquer, la possibilité d'une obligation internationale.

⁹³ C. CLARKE, HC Deb, *Hansard*, 26 Jan. 2005, col. 306.

⁹⁴ C. CLARKE, HC Deb, *Hansard*, 22 Fév. 2005, col. 151.

⁹⁵ Cf D. NICOL, "Law and Politics after the Human Rights Act", *Public Law*, 2006, pp. 722-751, ici p. 741. Il considère le régime du PTA comme une "limitation drastique et sans précédent de la liberté individuelle, qui substitue au risque d'incarcération à *Belmarsh* d'une minorité le risque pour tous d'être consigné à domicile". Il faut cependant observer que: d'abord, qu'on approuve ou non le régime du PTA, il est important de remarquer que son adoption dérive de l'affaire *Belmarsh* et est fonction de la manière dont le gouvernement comprend la CEDH; ensuite, l'article 5 de la CEDH limite les restrictions qui peuvent être imposées par des ordres de contrôle (voir note 90 et texte). Même en présence d'une dérogation en vertu de l'article 15, qui permette l'adoption d'"ordres de contrôle dérogatoires" en violation des termes de l'article 5, le respect des conditions d'application de l'article 15 ferait l'objet d'un contrôle judiciaire.

⁹⁶ Voir *supra* note 18; 14 déclarations d'incompatibilité (en excluant celles qui ont été cassées en appel) ont été prononcées en vertu du HRA. Dans dix de ces cas, la loi incompatible a été annulée ou amendée; le gouvernement réfléchit encore à la manière de répondre à deux autres affaires; un cas est en appel; et la dernière affaire sera couverte par l'adoption d'une nouvelle loi qui fera partie d'un ensemble de réformes prévues.

⁹⁷ D. NICOL, "Law and Politics", *supra* note 95, p. 745; prétend que les politiciens ne devraient pas se sentir liés par une déclaration judiciaire d'incompatibilité; que le parlement devrait se considérer libre d'"affirmer sa propre interprétation des droits humains". Selon Nicol, cela est dû au "rôle de valeurs politiques contestées dans le jugement de questions relatives aux droits individuels". Il faut, pourtant, se rappeler que Nicol reconnaît (*ibid.*,

Mais ceci nous amène à notre dernière observation - le fait qu'en droit interne, il n'est pas *impossible* d'adopter ou de maintenir en vigueur une telle législation. Malgré le HRA, le Royaume-Uni n'a pas (encore) tourné le dos à la doctrine traditionnelle. La souveraineté du parlement demeure la position orthodoxe; et il semble donc que le respect des droits humains -et le ressort des tribunaux en matière de droits fondamentaux- soit soumis à des considérations politiques et à la volonté de politiciens. Bien sûr, cela ne veut pas dire que le parlement est complètement libre d'abroger en toute discrétion les libertés individuelles. Cependant, en dernière instance, la prévention et la dissuasion de tels excès législatifs ne passent pas directement par la voie légale; mais dépendent, au contraire, de facteurs tels que l'opinion publique et la pression (considérable) que peuvent exercer des médias vigilants.⁹⁸ Ceci dit, en présence d'une nette volonté politique, il n'existe pas d'interdiction légale visant l'adoption (ou le maintien en vigueur) d'une loi qui entre clairement en conflit avec la protection des droits fondamentaux.⁹⁹ Et rien en droit interne n'empêche même le parlement d'amender ou de supprimer le HRA. En effet, cette possibilité a été explicitement envisagée récemment par des politiciens. On a reporté que le premier ministre, Tony Blair, pensait à limiter le ressort des tribunaux en matière de droits humains suite à une embarrassante défaite du gouvernement dans une affaire de droit d'asile.¹⁰⁰ Plus récemment, et plus crucialement, Blair a suggéré, après les attaques terroristes de Londres du 7 juillet 2005, qu'il comptait solliciter une révision du HRA au cas où celui-ci freinerait le cours de la guerre contre le terrorisme.¹⁰¹ De tels commentaires nous rappellent que, considérant la situation constitutionnelle actuelle du Royaume-Uni, même sous une forme récemment édulcorée, les compétences des tribunaux britanniques en matière de contrôle de la compatibilité des actions

p. 729) que le caractère de "sanction politique" d'une déclaration d'incompatibilité "se confond avec son caractère légal", étant donné les implications -sur le plan international- d'un arrêt de violation de la CEDH par la Cour de Strasbourg (voir *supra* note 92). Il s'ensuit que, même si la position de Nicol concernant la nature des droits fondamentaux est acceptée en théorie; en pratique, le régime légal actuel -dont le HRA et la CEDH sont des éléments constitutifs- limite la liberté d'action des politiciens de manière importante, et demande un réalignement des pouvoirs politique et judiciaire contraires aux assertions traditionalistes par rapport à la souveraineté parlementaire.

⁹⁸ Voir aussi A.V. DICEY, *Law of the Constitution*, *supra* note 6, chapitre 1, sur les "limites externes" de la souveraineté parlementaire.

⁹⁹ Cependant, si le parlement désire qu'une loi soit interprétée de manière contraire aux droits fondamentaux, il doit indiquer clairement que telle est son intention, vu la manière dont les tribunaux conçoivent leur devoir d'interprétation des lois en conformité avec la CEDH, en vertu de la section 3 du HRA: voir, *e.g.*, **House of Lords**, *Ghaidan c. Godin-Mendoza*, 21 Juin 2004, UKHL 30, 2 AC 557. Le fait d'indiquer de manière suffisamment claire pareille intention crée souvent (quoique pas inévitablement) des problèmes politiques pour le parlement.

¹⁰⁰ *The Daily Telegraph*, 20 Fév. 2003.

¹⁰¹ T. BLAIR, *Downing Street Press Conference*, 5 Août 2005, <http://www.pm.gov.uk/output/Page8041.asp>

de l'exécutif et du législatif avec les normes de protection des droits humains sont soumises au pouvoir de la majorité.

Bien sûr, cette observation ne tient que tant que la doctrine orthodoxe de la souveraineté parlementaire, décrite plus haut, est reconnue. Pour conclure, il faut remarquer que cette position traditionaliste est de plus en plus contestée par le monde académique et les tribunaux. L'appartenance du Royaume-Uni à l'Union Européenne et la doctrine de la primauté du droit européen sont en partie responsables de ce changement de perspective.¹⁰² La ratification de traités internationaux comme la CEDH est un autre facteur. Au regard des obligations internationales de respect des droits fondamentaux découlant de ces traités, l'idée que le parlement puisse bénéficier d'un pouvoir illimité en vertu de clauses de droit interne paraît irréaliste, voire notionnelle. Suite à ces considérations (et d'autres), la doctrine s'est interrogée, pendant un certain temps, sur l'application contemporaine de la notion de souveraineté parlementaire. Plus généralement, ils ont questionné la compatibilité d'une telle concentration de pouvoir dans les mains du législatif avec le statut de démocratie moderne et libérale du Royaume-Uni.¹⁰³ Si ces questions se sont posées et l'authenticité d'une telle notion a été mise en doute, c'est parce que le concept de souveraineté parlementaire est en lui-même incertain. Bien que la souveraineté parlementaire soit issue d'une interprétation usuelle de la constitution britannique, sa nature et son étendue ont toujours fait l'objet de doutes. Puisque l'autorité législative du parlement ne dérive pas d'un texte constitutionnel, on a défendu que la souveraineté parlementaire est essentiellement un "fait politique" qui a émergé suite à l'empressement des tribunaux à reconnaître et appliquer les actes du parlement.¹⁰⁴ En conséquence, la souveraineté parlementaire dépend effectivement de la relation entre le législatif et le judiciaire, un produit de l'empressement des tribunaux à reconnaître la valeur légale des actes du parlement. Selon cette position, la suprématie du parlement est, d'une certaine manière, conditionnée par l'accord continu du pouvoir judiciaire.

¹⁰² Sur les implications de cette doctrine vis-à-vis de la souveraineté parlementaire, voir **House of Lords**, *Regina c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)*, 11 Oct. 1990, 1991 1 AC 603; **Queen's Bench Division (Administrative Court)**, *Thoburn c. Sunderland City Council*, 18 Fév. 2002, EWHC 195, 2003 QB 151.

¹⁰³ Voir, e.g., **T. ALLAN**, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 1993; *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

¹⁰⁴ **H.W.R. WADE**, "The Basis of Legal Sovereignty", *Cambridge Law Journal*, 1955, pp. 172-197, ici p. 189.

L'étendue du pouvoir des tribunaux de supprimer légitimement leur reconnaissance de la validité légale des actes parlementaires -par exemple, en refusant d'appliquer les lois qui violent les principes de base du constitutionalisme- est controversée. Elle divise la doctrine,¹⁰⁵ mais ce n'est pas ici l'endroit pour rapporter ce débat. Pourtant, il faut remarquer que la conception traditionnelle de l'autorité illimitée du parlement, et de l'incapacité du pouvoir judiciaire à restreindre des infractions graves aux règles de l'état de droit et aux principes constitutionnels, se trouve plus que jamais contestée. Il faut particulièrement souligner que cette pression n'émane pas seulement de revues juridiques mais aussi de compte-rendu judiciaires, dans lesquels des juges établis questionnent de manière ouverte la position traditionaliste.

L'exemple le plus frappant de ce phénomène est la décision rendue récemment par la Chambre des Lords dans l'affaire *Jackson*.¹⁰⁶ Bien que la question de la souveraineté parlementaire telle qu'elle est traditionnellement conçue ne se soit pas directement posée dans le cas d'espèce, il est extrêmement frappant de noter que trois des magistrats qui l'ont néanmoins abordée, sont arrivés à des conclusions clairement opposées à la conception traditionnelle. Lord Steyn a décrété que, d'un point de vue "logique" et "strictement légal", le parlement peut passer 'des lois oppressives et complètement contraires à la démocratie', comme "l'abolition du contrôle judiciaire des abus flagrants du pouvoir [exécutif]"¹⁰⁷ (ou, vraisemblablement, la détention infinie sans incrimination ni procès de personnes suspectées d'actes de terrorisme). Mais ce magistrat doute de l'exactitude de l'analyse traditionnelle qui confère un pouvoir sans limite au législateur. Cette interprétation repose sur une conception "pure et absolue" de la souveraineté parlementaire qui, pense-t-il, n'a plus sa place en Grande-Bretagne aujourd'hui. Il défend une théorie selon laquelle la suprématie du parlement dépend de sa reconnaissance par le pouvoir judiciaire: les juges ont, selon lui, "créé ce principe", et pourraient donc également l'abroger. Si le parlement en venait à affirmer un pouvoir extravagant tendant, par exemple, à supprimer le contrôle judiciaire de ses actes, les tribunaux "pourraient être amenés à considérer s'il s'agit là d'un principe constitutionnel de

¹⁰⁵ Comparer, e.g., T. ALLAN, *Constitutional Justice*, supra note 103, chapitre 7; J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament*, Oxford, Oxford University Press, 1999, chapitre 10.

¹⁰⁶ **House of Lords**, *Regina (on the application of Jackson) c. Attorney General*, 13 Oct. 2005, UKHL 56, 2006 1 AC 262.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 102. Cet exemple est bien choisi: le gouvernement a essayé de faire passer en 2003 une loi qui empêche le contrôle judiciaire de certaines décisions relatives au droit d'asile et à l'immigration, mais y a finalement renoncé suite aux pressions exercées par des politiciens et des juges. Voir A. LE SUEUR, "Three Strikes and It's Out? The UK Government's Strategy to Oust Judicial Review from Immigration and Asylum Decision Making", *Public Law*, 2004, pp. 225-233.

base que même un parlement souverain... ne peut pas abolir”.¹⁰⁸ Lord Hope a exprimé, de manière aussi saisissante, que “la souveraineté parlementaire n’est plus, si jamais elle le fut, absolue”.¹⁰⁹ Et la Baronne Hale a observé que les tribunaux pourraient bien rejeter une tentative parlementaire de “subversion des règles de l’état de droit visant à éliminer tout contrôle judiciaire des actions gouvernementales affectant les droits de l’individu”.¹¹⁰

L’importance de ces remarques ne devrait pas être sous-estimée. Bien que des académiques¹¹¹ et des magistrats aient -en dehors du contexte judiciaire-¹¹² questionné, depuis un certain temps déjà, de manière ouverte, le sens et la signification d’un pouvoir illimité du législateur dans le contexte d’une démocratie moderne et libérale, il convient de souligner que ces sentiments sont maintenant exprimés par la plus haute cour du royaume. Cela ouvre une fenêtre, dans le temps, pour que la sécurité des droits fondamentaux au Royaume-Uni puisse finalement être octroyée non par un processus politique, mais par une défense judiciaire des restrictions non articulées jusqu’ici du pouvoir législatif, inhérentes à son ordre constitutionnel.

VI. Conclusions

La “guerre contre le terrorisme” fournit un contexte utile pour l’évaluation de l’étendue de la protection légale des droits fondamentaux au Royaume-Uni aujourd’hui, après les modifications de la constitution britannique -en particulier l’adoption du HRA- mentionnées au début de cet article. Dans ce contexte, on peut espérer un respect des droits humains même soumis aux plus fortes tensions, étant donné la gravité potentielle et l’étendue de la menace constituée par le terrorisme, et le contrôle judiciaire le plus déférent, considérant le fait que la sécurité nationale est en jeu, de même que l’approche traditionnelle des tribunaux britanniques face à cette question.

Le présent article tend à démontrer qu’une certaine image émerge des événements postérieurs au 11 septembre, en particulier de l’adoption et du traitement d’un régime de détention extra-judiciaire, qui suggère que les normes de protection des droits humains sont

¹⁰⁸ Voir *supra* note 106, § 102.

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 104.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 159.

¹¹¹ Voir *supra*, note 103.

¹¹² Voir *supra*, note 8.

plus profondément ancrées -et donc plus difficiles à ignorer- qu'on ne pourrait le penser de prime abord. Bien que le HRA ne place pas légalement les droits fondamentaux au-delà des pouvoirs du législateur, il est évident que cet acte a entraîné d'importants changements dans le processus plus large d'adjudication, d'adoption des lois et de conduite politique. Donc, quoique les implications d'une déclaration d'incompatibilité sur la base du HRA demeure politique et non légale, ces implications ne doivent pas être sous-estimées. En présence des conditions politiques appropriées, il est clair qu'une forte condamnation judiciaire d'une certaine législation en tant qu'elle viole des droits fondamentaux va peser de manière considérable -et parfois irrésistible- sur le législateur dans le sens d'un amendement ou d'une abolition desdites provisions. De cette manière, le HRA crée une tension salutaire entre les branches législative et judiciaire de l'état. Selon le *Lord Chief Justice of England and Wales*, "le *Human Rights Act* a limité l'action législative et exécutive qui aurait autrement répondu à l'irruption d'actes internationaux de terrorisme au cours de cette dernière décennie".¹¹³

Il n'est, cependant, pas difficile d'envisager des circonstances particulières -les retombées immédiates d'une attaque terroriste en est un exemple probant-, dans lesquelles le climat public et politique deviennent tels qu'il serait possible pour le législateur de résister aux pressions suscitées par une déclaration judiciaire d'incompatibilité. Donc, dans ce sens, la position des droits humains au Royaume-Uni dépend *en dernière analyse* du politique plutôt que du légal -et y est ainsi subordonné-, une situation intimement liée au concept de souveraineté parlementaire. Tant que cette conception restera dominante, tout -y compris le respect des droits humains- sera soumis à la volonté de la majorité (parlementaire). Le fait que cette vue soit maintenant remise en question au niveau le plus élevé du pouvoir judiciaire constitue peut-être l'illustration la plus claire de l'étendue du mouvement opéré dans la tectonique des plaques constitutionnelles au Royaume-Uni. Dans l'affaire *Roth*, Laws LJ reflète cette impression de tremblement de terre, suscitée par la remise en question des vieilles orthodoxies et l'ignorance de ce qui va combler le vide juridique créé en leur absence. Il affirme que, "dans l'état actuel de son évolution, le système britannique se trouve à un niveau intermédiaire entre la souveraineté parlementaire et la souveraineté constitutionnelle".¹¹⁴ Il reconnaît ainsi que le temps n'est pas encore venu de reléguer la souveraineté parlementaire aux oubliettes de l'histoire, mais qu'il semble clair que les

¹¹³ N. PHILLIPS, "Terrorism and Human Rights", University of Hertfordshire Law Lecture, 19 Oct. 2006, www.judiciary.gov.uk/publications_media/speeches/2006/sp191006.htm.

¹¹⁴ Appel, *International Transport Roth GmbH c. Secretary of State for the Home Department*, 22 Fév. 2002, EWCA Civ 158, 2003 QB 728, § 71.

théoriciens du droit constitutionnel -qu'ils soient juges ou académiques- sont de plus en plus prêts à accepter l'émergence de limites constitutionnelles à l'autorité législative du parlement britannique.

Dans de nombreuses situations, comme dans l'affaire *Belmarsh*, le HRA continuera de jouer le rôle de soupape de sécurité, en permettant aux tribunaux de se prononcer sur les effets qu'une loi a sur les droits fondamentaux - et, ensuite, de formater voire de diriger la réponse du législateur. Mais ce processus n'est pas inexorable, surtout si les politiciens succombent à la tentation d'amender le HRA, et de supprimer ou de restreindre les pouvoirs qu'il confère aux tribunaux. Comme nous l'avons déjà vu, une telle possibilité a été envisagée dans le contexte particulier de la guerre contre le terrorisme. Dans ce cas, les juges seraient appelés à trancher entre l'adhérence à la volonté du législateur et le respect des normes constitutionnelles. Bien sûr, même dans les Etats dotés d'une constitution écrite, la revendication judiciaire d'un pouvoir de contrôle constitutionnel peut prêter à controverse. Mais les tribunaux britanniques sont, sans aucun doute, conscients du fait que c'est doublement le cas en l'absence d'une constitution écrite. Par ailleurs, il est fascinant de constater que, au moins certains juges, revendiquent, au minimum, à titre de test, de tels pouvoirs.