

Enjeux et controverses juridiques sur les droits de la personne au Royaume-Uni (*Human Rights Act 1998*). L'exemple de la biomédecine

Claire CHARLOT*

Résumé

Avec les nombreuses avancées, notamment dans le domaine médical, le pouvoir judiciaire a été contraint d'intervenir de plus en plus fréquemment dans le traitement de problèmes de société qu'elle pensait ne pas devoir traiter au départ. La situation est devenue beaucoup plus complexe à partir de 2000 lorsque la Loi sur les droits de la personne, adoptée par le Parlement en 1998, est entrée en vigueur. Sous l'impulsion notamment d'avocats experts en ce domaine, le nombre de procès portés devant les juges britanniques et européens n'a cessé d'augmenter, notamment dans le domaine de la biomédecine. Il conviendra de s'interroger à la fois sur l'opportunité de parler d'une «judiciarisation» dans ce contexte, sachant que le droit britannique a la faculté extraordinaire de s'adapter à de nouvelles

Abstract

In the context of ever-developing medical techniques, an increasing number of lawsuits are pushing the judiciary to intervene in fields where it had feared to tread or thought it was up to the legislator to sort out matters first. Since the enforcement in 2000 of the Human Rights Act 1998, the judiciary has been faced with an increasing incidence of litigation, notably in biomedicine, which is going right up to the European Court of Human Rights on appeal. The crucial question remains whether we are seeing the development of a culture known in continental countries as “judiciarisation” or whether we are witnessing the usual scenario of judge-made law developing into a new branch of law – biomedicine – in the typical British context of a pragmatic adaptation to new circumstances.

* Professeure en Civilisation britannique à l'Université de Rennes 2-Haute Bretagne (France).

circonstances et à développer des branches du droit spécifiques, et sur l'impact de la Loi sur les droits de la personne sur le pouvoir des juges et leur indépendance.

Plan de l'article

Introduction	55
I. Vers une Loi sur les droits de la personne	58
II. La Loi sur les droits de la personne : une aubaine pour les justiciables britanniques?	62
III. Le rôle joué par l'Autorité pour la fécondation et l'embryologie humaines (AFEH) dans la création et la résolution de conflits	65
IV. Une juridicisation du monde médical	68
V. De la juridicisation à la judiciarisation	71
VI. Un nouveau pouvoir judiciaire?	73
Conclusion	78

La loi britannique sur les droits de la personne¹ (*Human Rights Act 1998*), entrée en vigueur le 2 octobre 2000, est le fruit d'un long processus politique dans lequel le Parti travailliste s'était engagé dès 1993. John Smith décide alors que l'une de ses priorités politiques sera d'intégrer les droits de la personne à la Constitution, mais de façon souple et limitée². Vainqueur des élections de 1997, son successeur Tony Blair publie en octobre un Livre blanc³ dans lequel il annonce sa volonté d'introduire un texte législatif sur les droits de la personne. Un an plus tard, la Loi sur les droits de la personne est promulguée le 9 novembre 1998.

En adoptant une loi sur les droits de la personne, l'une des motivations du gouvernement travailliste fut de ramener au Royaume-Uni, sous la houlette du Parlement britannique et dans la tradition de la souveraineté du Parlement énoncée par A.V. Dicey, un pouvoir qui, jusqu'alors, lui échappait depuis la mise en place de la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après la « CtEDH ») à Strasbourg⁴.

En effet, loin de s'être adapté à un nouveau cadre de gouvernance « global », le Royaume-Uni, sanctionné par de multiples arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme (se plaçant ainsi juste derrière l'Italie pour le nombre d'infractions à la Convention européenne des droits de l'Homme, ci-après la « CEDH »), ignore assez souvent les recomman-

¹ *Human Rights Act 1998*, R.-U., 1998, c. 42 (ci-après « Loi sur les droits de la personne »).

² John Smith, juriste éminent (QC), est alors leader du Parti travailliste (1992-1994). Il fait un discours marquant sur les droits de la personne (*A Citizen's Democracy*), le 1^{er} mars 1993, à *Church House*, sous les auspices de *Charter 88*, un groupe de pression défendant les libertés publiques (depuis novembre 2007, le groupe a intégré le groupe d'intérêt *Unlock Democracy*). En septembre 1993, le Parti travailliste publie un document intitulé *A New Agenda for Democracy: Labour's Proposals for Constitutional Reform*.

³ SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT (White Paper), *Rights Brought Home. The Human Rights Bill*, Londres, TSO, 24 octobre 1997, Cm. 3782. Le Livre blanc a été précédé d'un document travailliste, en décembre 1996, *Bringing Rights Home* et d'un rapport rédigé par une commission mixte composée de Travaillistes et de Libéraux démocrates (*Joint Consultative Committee on Constitutional Reform*, 1997, *Cook-Maclennan Agreement*) qui se sont mis d'accord pour incorporer la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et le Protocole n° 1 (§18, p. 30).

⁴ La CtEDH a commencé à fonctionner le 18 septembre 1959. À la suite du Protocole n° 11, une nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme a remplacé l'ancienne le 1^{er} novembre 1998, coïncidant pratiquement avec l'entrée en vigueur de la Loi sur les droits de la personne au Royaume-Uni. La nouvelle Cour a désormais en charge toute la procédure judiciaire, de la recevabilité des requêtes au prononcé des arrêts.

dations qui lui sont faites par la Cour, surtout dans des domaines politiquement sensibles comme la sécurité nationale ou à caractère éthique comme l'orientation sexuelle⁵. Il est cependant parfois contraint d'agir (dans les cas où il y a eu violation de l'un des droits reconnus par la Convention européenne des Droits de l'Homme) et de mettre sa législation en conformité avec les arrêts de Strasbourg ou alors d'introduire un texte législatif là où il y avait un vide juridique⁶. Avec l'adoption de la Loi sur les droits de la personne, on peut faire l'hypothèse que le Royaume-Uni rejette un nouveau mode de gouvernance qui correspondrait, selon les propos de Pierre Muller, « à une situation dans laquelle la production des cadres d'interprétation du monde (les référentiels qui déterminent le contenu de l'action publique) tendent à échapper aux acteurs gouvernementaux [...] »⁷. Il souhaite en effet reprendre l'initiative politique et se réappropriier son droit en faisant appliquer lui-même, et à son niveau de gouvernance, les droits de la personne, du moins tels qu'il les interprète. On notera ici que le gouvernement Blair a préféré introduire au Parlement une loi modifiant la Constitution plutôt qu'une Charte, à l'instar du Canada, qui aurait été plus contraignante et sur laquelle il eût été difficile de revenir.

Par ailleurs et de façon ironique, bien que le gouvernement s'en défende énergiquement, en faisant passer la défense des droits de la personne du niveau de gouvernance européen à celui de l'État nation, le gouvernement britannique n'a fait que déplacer le problème et a de fait donné

⁵ Dans ce dernier domaine, les exemples abondent surtout lorsqu'il est question de transsexualisme. Le Royaume-Uni ignore les recommandations faites par la Cour dans les affaires *Rees v. United Kingdom*, (1986) 9 EHRR 56 et *Sheffield and Horsham v. United Kingdom*, (1997) 27 EHRR 163, mais sera finalement contraint d'agir suite à l'arrêt *Goodwin*, le 11 juillet 2002 (*Christine Goodwin v. United Kingdom*, (2002) 35 EHRR 18). À la suite de quoi le gouvernement fera adopter par le Parlement le *Gender Recognition Act 2004*, R.-U., 2004, c. 7. Un groupe de travail interministériel sur le sujet avait été créé en avril 1999 mais n'avait pas encore rendu ses conclusions.

⁶ Par exemple, dans les affaires liées à l'âge du consentement sexuel légal, différent au départ entre hétérosexuels et homosexuels. Le gouvernement fera adopter deux lois qui abaisseront l'âge légal de 21 ans à 18 ans (*Criminal Justice and Public Order Act 1994*, R.-U., 1994, c. 33), puis de 18 ans à 16 ans (*Sexual Offences (Amendment) Act 2000*, R.-U., 2000, c. 44) pour les relations homosexuelles.

⁷ Pierre MULLER, « L'analyse cognitive des politiques publiques: une sociologie politique de l'action publique », *Revue française de science politique*, 2000.50-2.189, 205.

aux juridictions supérieures anglaises⁸, et notamment à la Chambre des Lords, un pouvoir accru de dire le droit. Il conforte ainsi nombre de détracteurs de la Loi sur les droits de la personne qui avaient répété à satiété pendant les débats au Parlement que cette nouvelle loi renforcerait le pouvoir du juge aux dépens de celui du législateur. Si l'on considère les deux piliers de la Constitution britannique, à savoir la suprématie du Parlement et la primauté du droit (*the Sovereignty of Parliament and the Rule of Law*), on peut s'interroger sur l'incidence qu'a eu la nouvelle Loi sur la nature même de la Constitution dans sa modification de l'équilibre des pouvoirs.

Afin d'évaluer la portée de la nouvelle Loi sur les droits de la personne sur les relations entre droit et politique, nous nous pencherons sur certaines affaires portées devant les cours avant et après 2000, date de l'entrée en vigueur de la loi. Il sera intéressant d'étudier les différentes approches de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CtEDH) et des juridictions supérieures anglaises (en particulier la Chambre des Lords) et de répondre aux deux problématiques suivantes : dans quelle mesure la Loi sur les droits de la personne a-t-elle encouragé la CtEDH à intégrer la nouvelle jurisprudence anglaise dans ses arrêts ? Et le droit anglais, fondé sur la *Common Law*, a-t-il commencé à se « continentaliser » ?

Par ailleurs, la possibilité, pour les justiciables anglais et gallois, de recourir désormais aux services des juridictions nationales pour toute infraction aux droits de la personne a-t-elle entraîné une modification des comportements ? En d'autres termes, peut-on parler de juridicisation et de judiciarisation ? Enfin, la nouvelle Loi réussit-elle à régler les problèmes au niveau national ou constate-t-on que la CtEDH joue toujours un rôle de dernier recours ?

Le champ d'influence de la Loi sur les droits de la personne étant très vaste, nous avons décidé de nous limiter à la sphère privée et plus précisément à des affaires touchant de près ou de loin à la biomédecine, un domaine d'autant plus intéressant qu'il met en contact des acteurs aussi

⁸ Nous limiterons notre étude à l'examen du système judiciaire anglais et gallois qui repose sur la *Common Law*, contrairement à son homologue écossais, plus proche du droit romain. La *Loi sur les droits de la personne* entrera d'ailleurs en vigueur plus tôt en Écosse qu'en Angleterre où il faudra deux ans pour former les juges.

variés que le gouvernement, le législateur, certains organismes de contrôle, des professions spécialisées et des groupes de pression.

I. Vers une Loi sur les droits de la personne

Le Royaume-Uni a été l'un des premiers États signataires de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH)⁹ et le premier pays à la ratifier, le 8 mars 1951. Pourtant, le gouvernement britannique était très hostile, dès le départ, à la mise en place d'une cour européenne. Un compromis sera trouvé, permettant aux États contractants de choisir, de façon optionnelle, de se soumettre à la juridiction de la nouvelle Cour et d'autoriser une saisine individuelle – des options auxquelles le Royaume-Uni ne souscrira pas. Le gouvernement Wilson décidera finalement d'autoriser les requêtes individuelles et de soumettre le Royaume-Uni à la juridiction de la CtEDH à partir de janvier 1966. Jusqu'en 1997, on compte seulement 14 requêtes étatiques dont la plus célèbre opposa l'Irlande au Royaume-Uni en 1978¹⁰. La requête concernait notamment les méthodes d'interrogation des suspects en Irlande du Nord. La majorité écrasante des requêtes était d'origine individuelle et deux critères essentiels de recevabilité devaient être satisfaits : avoir épuisé toutes les voies de recours possibles dans le pays d'origine et déposer une requête dans les six mois suivant le dernier jugement prononcé¹¹.

D'un point de vue juridique, avant l'adoption de la *Loi sur les droits de la personne*, la Convention était assimilée à un traité et, en tant que tel, n'avait qu'un effet indirect et très limité sur le droit anglais : un citoyen

⁹ La Convention du 4 novembre 1950 est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Le 1^{er} Protocole a été signé à Paris le 20 mars 1952. Depuis, 13 autres Protocoles ont été élaborés, mais tous n'ont pas été signés et/ou ratifiés par le Royaume-Uni.

¹⁰ *Ireland v. UK* A. 25, (1978) 2 EHRR 25.

¹¹ La situation est en fait plus complexe puisque six autres critères de recevabilité ont également été définis. Ils concernent l'anonymat des requêtes; la multiplication des requêtes lorsque les faits n'ont pas changé ou qu'il y a déjà eu d'autres procédures engagées au niveau international; la pertinence des requêtes notamment lorsqu'elles ne concernent pas l'un des droits reconnus par la Convention ou ses Protocoles; le fondement de la requête et les abus du droit de requête. De 1955 à 1997, 15 % seulement des requêtes ont été déclarées recevables (4 161 requêtes sur 33 123). Cf. Alastair MOWBRAY, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford, University Press, 2004, ch. 1.

britannique ne pouvait s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales. Selon Murray Hunt¹², de 1953 à 1973, la Convention n'a été citée qu'une fois dans les juridictions internes, dans une affaire concernant la Commission européenne des Droits de l'Homme. Depuis les années soixante-dix, compte tenu de l'augmentation du nombre de requêtes individuelles, la Convention a été davantage invoquée, mais uniquement dans des affaires touchant aux droits intangibles. David Hoffman et John Rowe¹³ citent trois types d'affaires : celles où la législation est ambiguë et où les cours préfèrent se mettre en conformité avec les obligations internationales ; celles où la jurisprudence en droit commun est également ambiguë et celles où le juge peut exercer un pouvoir discrétionnaire et préfère alors se référer à la Convention. Les effets de l'application de la CEDH par la Cour européenne ont cependant eu des incidences sur la jurisprudence anglaise et la façon de concevoir les droits de la personne.

La première conséquence est celle d'avoir fait entrer, au niveau européen, les droits de la personne dans le domaine du droit positif. Même si elle n'a, jusqu'en 2000, qu'une application indirecte au Royaume-Uni, la CEDH, telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans ses arrêts, crée de fait un plancher minimal de respect des droits de la personne. Aucun État contractant ne peut bénéficier d'une immunité constitutionnelle à son égard et la norme conventionnelle l'emporte sur toute autre. Ceci étant dit, selon le principe de subsidiarité, la Cour laisse à l'État contractant le soin de choisir les mesures appropriées pour le respect de ses obligations conventionnelles. Elle se borne à constater l'infraction d'un droit inscrit dans la Convention et à déclarer incompatibles certaines des mesures prises par le pays concerné. Suivant ce principe de subsidiarité, la jurisprudence de la Cour européenne laisse une large autonomie aux États en jouant sur la « marge d'appréciation ». Pour autant, cette marge dépend pour beaucoup du principe considéré. Ainsi, dans les affaires qui mettent en cause des droits intangibles, la marge d'appréciation sera pratiquement nulle et l'État contractant devra se soumettre à la décision finale de la Cour. En revanche, dans les cas délicats où l'on trouve de nombreuses disparités entre les États contractants, il sera laissé une plus grande marge de manœuvre à l'État concerné pour la mise en

¹² Murray HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

¹³ David HOFFMAN et John ROWE, *Human Rights in the UK. An Introduction to the Human Rights Act 1998*, 2^e éd., Londres, Pearson/Longman, 2006, p. 47.

œuvre de remèdes effectifs. Dans de nombreux cas, le fait que la Cour considère qu'il y a une grande latitude d'action l'amène à rejeter la requête et à laisser l'État libre d'agir dans le domaine considéré à la lumière de l'affaire portée devant la Cour européenne. Dans tous les cas, il est cependant tenu compte d'un autre principe dit de « proportionnalité ». En vertu de ce principe, la Cour doit vérifier qu'il existe un juste équilibre entre l'intérêt individuel et l'intérêt général¹⁴.

À partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur les droits de la personne, la situation a complètement changé dans la mesure où la Convention est incorporée dans l'ordre juridique interne, mais de façon indirecte par l'adoption d'une loi spéciale, selon le modèle néo-zélandais. Il est maintenant d'usage de faire référence aux deux modèles d'incorporation des droits de la personne: le modèle dit « canadien » qui fait de l'application de la CEDH une obligation constitutionnelle et le modèle dit « néo-zélandais » qui, par l'adoption d'une Loi sur les droits de la personne, garantit de façon plus souple et non contraignante le respect des droits de la personne par le pays concerné. Le Royaume-Uni a préféré adopter la dernière solution, c'est-à-dire la moins contraignante, tout comme l'Irlande, les pays scandinaves, l'Islande et Malte. La nouvelle loi est en fait une loi ordinaire, sauf qu'elle est de nature constitutionnelle comme les principaux textes touchant aux libertés fondamentales au Royaume-Uni: *Magna Carta*, *the Petition of Right*, *Habeas Corpus*, *the Bill of Rights*, *the Act of Settlement*. Elle ne couvre que certains des droits de la CEDH¹⁵ et le gouvernement annonce dès le départ, avec le Lord Chancelier Lord Irvine of Lairg, que la nouvelle loi ne fera que continuer à mettre en œuvre les droits et libertés garantis par la CEDH¹⁶.

L'objectif affiché du gouvernement travailliste est double. Il s'agit d'abord de permettre aux juridictions nationales de traiter des affaires liées aux droits de la personne dans un délai plus bref que ne le faisait la Cour européenne. Le Livre blanc publié par le gouvernement, en octobre 1997, date qui coïncide d'ailleurs avec la cinquantième violation des droits

¹⁴ Pour une présentation complète et détaillée de ces principes, voir Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 216-224.

¹⁵ Les articles 2 à 14 de la Convention, les articles 1 à 3 du Protocole n° 1, l'article 1^{er} du Protocole n° 13, liés aux articles 16 et 18 de la Convention.

¹⁶ « The Human Rights Act is 'to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights...' (Human Rights Act 1998: long title). »

de la personne par le Royaume-Uni¹⁷, constate que dans nombre d'affaires, cinq ans pouvaient s'écouler entre le dernier appel et le recours devant la juridiction européenne. Le second objectif du gouvernement consiste à réduire le coût moyen d'une telle procédure estimée à 30 000 livres sterling¹⁸. Le gouvernement laisse cependant entendre qu'il incorpore les droits de la personne au droit britannique pour une autre raison : il espère influencer la jurisprudence de la Cour européenne en la familiarisant avec le droit anglais :

« British judges will be enabled to make a distinctively British contribution to the development of the jurisprudence of human rights in Europe. [...] Enabling courts in the United Kingdom to rule on the application of the Convention will also help to influence the development of case law on the Convention by the European Court of Human Rights on the basis of familiarity with our laws and customs and of sensitivity to practices and procedures in the United Kingdom. (Bringing Rights Home : § 1.14 et 1.18). »

Tony Blair, alors dans l'opposition, avait déjà fait clairement connaître sa position, en déclarant ce qui suit :

« Some have said that this system takes power away from Parliament and places it in the hands of judges. In reality, since we are already signatories to the Convention, it means allowing British judges rather than European judges to pass judgment. »¹⁹

Il est clair que la souveraineté du Parlement doit primer et ne saurait être remise en cause par l'adoption de la nouvelle loi. Les cours nationales pourront interpréter, faire des recommandations, voire déclarer une loi incompatible²⁰ avec l'une des dispositions de la CEDH, mais elles ne pourront en aucun cas l'amender ou demander son abrogation. Le pouvoir législatif reste ainsi souverain comme le rappelle le Lord Chancelier Lord Irvine of Lairg :

¹⁷ *Johnson v. U.K.*, [1997] 27 EHRR 296.

¹⁸ « Bringing these rights home will mean that the British people will be able to argue for their rights in the British courts – without this inordinate delay and cost. » : SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT, *Rights Brought Home. The Human Rights Bill*, Londres, TSO (White Paper, Cm. 3782), octobre 1997, §1.14.

¹⁹ Tony BLAIR, Discours du 7 février 1996, *John Smith Memorial Lecture*.

²⁰ La déclaration d'incompatibilité (article 4) est la façon qu'a trouvée le gouvernement de garder certaines lois qu'il juge essentielles mais dont il sait que certaines dispositions portent atteinte à certains droits de la personne.

«I have to make this point absolutely plain. The European Convention on Human Rights under this Act is not made part of our law. The Act gives the European Convention on Human Rights a special relationship which will mean that the courts will give effect to the interpretative provisions to which I have already referred, but it does not make the Convention directly justiciable as it would be if it were expressly made part of our law. [...] All that the courts may do is to make a declaration of incompatibility.»²¹

En vertu de l'article 4, les cours supérieures pourront ainsi mettre en cause certaines dispositions légales mais ne pourront en aucun cas porter atteinte au pouvoir du Parlement en tant que législateur. L'article 3, cependant, reconnaît aux cours une certaine latitude d'interprétation, un nouveau développement par rapport à la pratique orthodoxe qui consiste à interpréter de façon littérale les textes de loi. L'article 3, alinéa 1, recommande en effet aux juridictions d'interpréter les textes législatifs «dans toute la mesure du possible» («so far as it is possible to do so») d'une façon qui soit compatible avec les droits conventionnels. Cette disposition s'avèrera être particulièrement intéressante puisqu'elle redéfinit le partage des pouvoirs judiciaire et législatif. S'il y a effectivement une interprétation dynamique des textes législatifs, la primauté du droit se renforce aux dépens de la suprématie du Parlement.

II. La Loi sur les droits de la personne: une aubaine pour les justiciables britanniques?

L'une des grandes craintes, lors de la discussion du projet de loi au Parlement, fut la peur de voir les justiciables britanniques s'emparer des institutions judiciaires. Si l'augmentation des affaires n'a pas été vertigineuse en Angleterre, en comparaison avec l'Écosse²², il n'en reste pas moins que les recours se font de plus en plus nombreux afin d'obtenir satisfaction.

²¹ *Hansard's Parliamentary Debates*, House of Lords, 29 janvier 1998, cols. 421-422: *Report Stage*.

²² Voir les témoignages des juges, Lord Reid, pour l'Écosse, et Lord Sedley, pour l'Angleterre. Lord Reid affirme que 40 % des litiges écossais concernaient, au départ, la Loi sur les droits de la personne. Il ne semble pas y avoir une telle avalanche de litiges en Angleterre. Cf. l'émission sur «La CEDH et la Couronne», animée par Antoine Garapon et diffusée par France-Culture le 15 juin 2002, dans le cadre du «Bien Commun».

Dans le cas qui nous intéresse, la biomédecine, on peut noter plusieurs raisons à cet engouement procédurier. La première raison tient au domaine même de la biomédecine qu'il convient d'abord de définir.

Il n'est pas toujours facile de distinguer entre bioéthique et biomédecine, car l'usage commun a tendance à retenir le vocable « bioéthique » pour tout ce qui touche au vivant et pose des questions éthiques. Ainsi le gouvernement français a-t-il, à tort, défini des lois de bioéthique lorsqu'il veut en fait dire « biomédecine ». La différence entre les deux termes est clairement expliquée par Brigitte Feuillet-Le Mintier :

« Le droit de la biomédecine est l'ensemble des normes juridiques qui réglemente les pratiques offertes par la biologie et la médecine modernes et principalement les risques d'atteintes aux droits fondamentaux liés à ces activités²³.

La bioéthique est une réflexion prudente sur les fins de la médecine et de ses pouvoirs face aux risques pour l'humanité liées aux pratiques biomédicales. »²⁴

En résumé, la biomédecine relève du droit, la bioéthique de la morale. L'un ne va pas sans l'autre, mais les deux termes ne sont pas interchangeables.

À la suite de avancées médicales spectaculaires dans les années quatre-vingt, de nombreuses questions se posent sur ce qui est ou non autorisé, par exemple dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation (AMP) ou celui du clonage d'embryons. Aux questions de pratique médicale stricte, s'ajoutent les problèmes éthiques qui y sont liés. Ainsi en va-t-il du diagnostic préimplantatoire (DPI). Quelle doit être la fonction de ce diagnostic? Peut-on autoriser son utilisation pour la sélection d'embryons sur des critères de sexe, de gènes? Que faire des embryons surnuméraires? Des questions difficiles à trancher pour le législateur, même s'il s'entoure de l'avis d'experts au sein de comités scientifiques et éthiques.

²³ Brigitte FEUILLET-LE MINTIER, « Introduction générale: la biomédecine, nouvelle branche du droit? », dans Brigitte FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Economica, 2003, *Études juridiques* 17, p. 1, aux pages 7 et 8.

²⁴ *Id.*, p. 5 et 6.

Contrairement aux années soixante où le gouvernement travailliste n'avait pas décidé de s'impliquer directement dans les lois dépénalisant les relations homosexuelles (*Sexual Offences Act 1967*) et l'avortement (*Abortion Act 1967*)²⁵, le gouvernement conservateur réagit rapidement suite à la naissance du premier « bébé-éprouvette », Louise Brown, et au développement de la gestation pour autrui (*surrogacy*). Le ministère de la Santé nomme, en juillet 1982, une Commission d'enquête, présidée par Mary Warnock, qui rend son rapport deux ans plus tard²⁶. Dans ce contexte nouveau de régulation biomédicale, le gouvernement entreprend une large consultation à la suite de laquelle il publie un Livre blanc annonçant l'introduction d'un projet de loi destiné à encadrer les pratiques dans le domaine de l'AMP²⁷. Le 1^{er} novembre 1990, le Royaume-Uni adopte finalement une Loi sur la fécondation et l'embryologie humaines²⁸, qui reste encore aujourd'hui la principale source de référence juridique dans le domaine de l'AMP. Entre temps, en 1985, le Parlement a par ailleurs adopté une loi réglementant la gestation pour autrui (*Surrogacy Arrangements Act 1985*)²⁹. Le champ médical est propice à l'intervention du justiciable par rapport à de nouvelles pratiques médicales.

²⁵ Ces deux lois (*Sexual Offences Act 1967*, R.-U., 1967, c. 60; *Abortion Act 1967*, R.-U., 1967, c. 80), comme celles touchant à la libéralisation de la contraception (*Family Planning (National Health Service) Act 1967*, R.-U., 1967, c. 39), ou du divorce (*Divorce Reform Act 1969*, R.-U., 1969, c. 55), furent introduites à la Chambre des Communes par le biais de propositions de lois, le Premier ministre, Harold Wilson, n'ayant pas souhaité être associé à ces initiatives qui avaient pourtant fait l'objet de nombreux débats au cours des années précédentes. Le gouvernement permettra néanmoins, avec Richard Crossman, la poursuite des débats en accordant du temps supplémentaire parfois jusqu'au petit matin pour que toutes les étapes législatives puissent être franchies à temps avant la fin de la session parlementaire.

²⁶ DHSS, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Londres, HMSO, July 1984, Cmnd. 9314.

²⁷ DHSS, *Legislation on Human Infertility Services and Embryo Research*, Londres, HMSO, décembre 1986, Cm. 46; DHSS, *Human Fertilisation and Embryology. A Framework for Legislation*, HMSO, novembre 1978, Cm 259.

²⁸ *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, R.-U., 1990, c. 37: « An Act to make provision in connection with human embryos and any subsequent development of such embryos; to prohibit certain practices in connection with embryos and gametes; to establish a Human Fertilisation and Embryology Authority; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and to amend the Surrogacy Arrangements Act 1985. »

²⁹ *Surrogacy Arrangements Act 1985*, R.-U., 1985, c. 49.

III. Le rôle joué par l'Autorité pour la fécondation et l'embryologie humaines (AFEH) dans la création et la résolution de conflits

La deuxième raison qui explique le nombre croissant de procès liés à la biomédecine tient à la rigidité des structures pour régler les problèmes juridiques. La recherche biomédicale a progressé plus vite que ne l'avaient anticipé les autorités britanniques et l'institution mise en place au lendemain de la loi de 1990, l'Autorité pour la fécondation et l'embryologie humaines (AFEH)³⁰ a vite été dépassée par les progrès de la science, dont elle essaie tant bien que mal de tenir compte dans les nombreuses mises au point qu'elle fait. Poussée dans ses retranchements, notamment à l'occasion de procès la mettant directement en cause, l'AFEH a adopté une position conservatrice vis-à-vis de la loi dont elle se considère le garant moral et en quelque sorte le propriétaire. L'AFEH est investie par la loi de trois missions : « suivre les recherches dans le domaine de l'embryon et de son développement ainsi que la mise en œuvre et le suivi des services de traitement et de toute autre activité couverte par la loi de 1990 ; faire de la publicité pour les services désormais fournis au public par l'Autorité ou par ceux qui désirent acquérir une licence ; prodiguer des conseils, dans la mesure où elle le jugera nécessaire, aux personnes à qui s'appliquent les licences ou à celles qui reçoivent un traitement ou fournissent des gamètes ou des embryons dans le cadre des activités autorisées par la loi »³¹.

Assistée de toute une équipe d'experts, le Conseil de l'AFEH compte dix-huit membres, nommés par le ministre de la Santé pour trois ans. Lorsqu'un problème se pose ou qu'il convient de revoir la loi de 1990 à la lumière de progrès médicaux, l'AFEH amorce un processus de consultation publique et tranche sur les questions à régler. Par exemple, l'AFEH a réglé récemment le don d'ovocytes à la recherche³². La façon de procéder est toujours la même : annonce d'une enquête, production d'un document

³⁰ *Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)*. Cette structure a été créée à l'article 5 al. 1 (p. 3), et ses compétences ont été définies dans les articles 6 à 10 (p. 4 et 5). L'AFEH a obligation de rendre un rapport annuel d'activité au ministre de tutelle, ainsi qu'un rapport financier remis à la fois au ministre et au Contrôleur général des finances.

³¹ Art. 8, p. 4. Le détail des dispositions est donné en annexe de la loi. Voir : *Schedules 1-4*, p. 32-39.

³² Le 27 juillet 2006, l'AFEH annonce qu'elle étudie le projet de don d'ovocytes à la recherche ; un rapport est produit puis soumis à l'avis du public et le 21 février 2007,

consultatif, enquête publique de plusieurs mois, décision finale de l'AFEH ; production d'un décret d'application modifiant la loi de 1990 ou adoption d'une nouvelle loi.

Malgré toutes les précautions d'usage, l'AFEH est souvent mise en cause pour ses prises de position au nom des droits de la personne dont le bien-fondé n'est pas toujours explicite. La première affaire est célèbre car, non seulement elle aurait pu faire l'objet d'un recours au nom des droits de la personne (elle a été jugée en première instance en 1997, un an avant l'adoption de la loi), mais elle a donné lieu à une interprétation tout à fait originale du Traité de Rome. Une femme, Diane Blood, pendant que son mari était dans le coma à l'hôpital, a fait prélever des échantillons de son sperme pour le congeler. La procédure est bien évidemment irrégulière puisque le mari n'était pas en état de donner son consentement. À sa mort, Diane Blood demande donc l'autorisation à l'AFEH de recourir à une insémination artificielle. Mais elle se heurte à un refus fondé sur l'absence d'un consentement écrit du défunt. Diane Blood porte l'affaire en justice en 1997³³. Contre toute attente, Lord Woolf, pourtant connu pour ses prises de position prudentes, explique en appel que Diane Blood a doublement enfreint la loi de 1990 (prélèvement et conservation non autorisés de sperme), mais qu'au vu de son désarroi, il déclare que l'interdiction par l'AFEH de lui laisser exporter le sperme de son mari pour se faire traiter ailleurs qu'au Royaume-Uni représente une violation de ses droits en vertu des articles 59 et 60 du Traité de Rome. Il s'agit ici du droit à bénéficier de la prestation de services au nom de la liberté de mouvement, or l'AFEH n'a pas démontré qu'il existait une raison impérative ou d'intérêt général justifiant de l'en empêcher. L'interprétation dynamique du Traité de Rome dans ce domaine est tout à fait nouvelle et ouvre un certain nombre de perspectives pour l'avenir. L'AFEH ne s'y est pas trompée et a rapidement clarifié dans un décret le fait que le consentement d'un époux soit absolument nécessaire et incontournable pour bénéficier d'une AMP de façon posthume. Après avoir confirmé sa décision de ne pas autoriser Diane

l'AFEH fait part de sa décision d'autoriser le don d'ovocytes à la recherche, tout en précisant qu'il n'y aura aucune rémunération y afférant.

³³ *R v. Human Fertilisation & Embryology Authority, ex parte Blood*, [1997] 2 All E.R. 687 (Court of Appeal). Cf., en particulier, le commentaire sur l'affaire *Blood*, de Derek MORGAN et Robert G. LEE, « In the Name of the Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly », (1997) 60-6 *The Modern Law Review* 840.

Blood à se faire traiter à l'étranger (en l'occurrence en Belgique³⁴), l'AFEH finira par céder aux pressions et donnera son accord à contrecœur.

L'AFEH est à nouveau mise en cause en 1998 lorsqu'elle autorise le diagnostic préimplantatoire (DPI), un examen génétique pratiqué sur un embryon de huit cellules, conçu par fécondation *in vitro* (FIV). Le dépistage génétique ne porte que sur une seule cellule et vise à vérifier que l'embryon n'est porteur d'aucune anomalie du caryotype. La procédure a pour objectif de dépister les maladies héréditaires graves et rares comme la mucoviscidose ou les myopathies. Cette nouvelle méthode de sélection des embryons est utilisée dans un autre cadre, aux États-Unis, en novembre 2001. Il s'agit alors de faire un DPI qui permette de trouver un embryon avec un tissu susceptible de sauver un autre enfant de la famille qui souffre d'une maladie grave. Le bébé ainsi produit est appelé « bébé sauveur » (« saviour baby ») ou « bébé médicament » (« designer baby ») car des cellules souches embryonnaires seront extraites du cordon ombilical et transférées à l'enfant malade, à moins qu'il ne soit préféré de procéder plus tard à une ponction sternale de moelle osseuse. Ayant décidé de lancer une consultation sur le sujet, l'AFEH se heurte au groupe de pression *Pro Life Alliance* qui est opposé à l'avortement et à toute manipulation génétique. Son directeur, Bruno Quintavalle, met en lumière un vide législatif, argumentant qu'un embryon créé par un transfert de noyau ne correspond pas à la définition de l'embryon donnée par la loi de 1990, à savoir un embryon humain vivant dont la fécondation est complète. Ayant eu gain de cause en première instance (ce qui signifie toute interdiction de clonage, quel qu'il soit), la Cour d'appel et la Chambre des Lords reviendront sur cette décision au motif qu'un embryon créé par manipulation génétique et un embryon fécondé sont « morphologiquement et fonctionnellement indifférentiables »³⁵. Entre temps, le gouvernement a introduit en catastrophe un projet de loi interdisant le clonage reproductif³⁶. La loi est promulguée dans la semaine, en décembre 2001. Le texte tient en une page et interdit le transfert chez une femme de tout embryon humain qui ne soit pas le résultat d'une fécondation, en bref un embryon cloné.

³⁴ Voir, à ce propos : Nathalie SCHIFFINO, Frédéric VARONE (dir.), *Procréation médicalement assistée. Régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

³⁵ Cf. *R. (ex parte Quintavalle) v. HFEA*, (2001) WL 1347031; *R. (ex parte Quintavalle) v. Secretary of State for Health*, [2002] QB 628; *R v. Secretary of State for Health, ex parte Quintavalle (on behalf of Pro Life Alliance)*, [2003] UKHL 13.

³⁶ *Human Reproductive Cloning Act 2001*, R.-U., 2001, c. 23.

À la suite de cet épisode judiciaire, l'AFEH décide de ne pas autoriser un DPI au seul motif de créer un donneur de tissu, mais l'Autorité change d'avis quelques mois plus tard (le 22 février 2002) et autorise la famille Hashmi de Leeds à créer un « bébé médicament » susceptible d'aider leur fils qui souffre d'une rare maladie du sang. Elle précise cependant que les décisions dans ce domaine encore très controversé seront étudiées au cas par cas³⁷.

IV. Une juridicisation du monde médical

Si l'on écarte la rigidité des structures, on peut également penser à l'influence des pratiques judiciaires, importées des États-Unis, pour expliquer le plus grand nombre d'affaires portées devant la justice britannique au nom des droits de la personne. À partir du moment où l'on a recours à un expert, s'il y a erreur médicale ou faute, la compensation financière doit être à la hauteur du préjudice subi. Avec la prise de conscience de risques accrus dans le domaine médical, les individus sont de plus en plus enclins à obtenir réparation si quelque chose tourne mal. Les avancées biomédicales ont également entraîné la formation de juristes dans des domaines pointus et l'on constate, par exemple, le développement d'une nouvelle philosophie du type « no win, no fee » qui encourage les justiciables à agir dès qu'ils en ont l'occasion. Si l'avocat ne gagne pas son procès, alors les frais seront à sa charge. Dans le cas contraire, une forte commission sera prélevée sur l'indemnisation versée à la victime. Le phénomène de la juridicisation³⁸ a depuis longtemps investi le champ biomédical puisque l'on parle aujourd'hui d'un droit biomédical, voire d'un *biodroit*.

³⁷ Les titres de la presse du 23 février sont plutôt positifs : « Designer baby gets go-ahead », *The Guardian* ; « Couple win right to create life-saving baby », *The Times* ; « Designer baby could save son's life », « Embryo critics warn of future dangers », *The Daily Telegraph* ; « The baby who will be born to heal a brother », « Dawn of the made to order baby », *The Daily Mail*.

³⁸ Définie par Pierre Noreau comme « l'institutionnalisation des normes sociales », un terrain où « sociologie et science politique se rejoignent ». Voir : Pierre NOREAU, « La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire », (2000) 19-3 *Politique et Sociétés* 153, 175. L'auteur expose bien les questions qui découlent de cette interface qui « pose à la fois le problème des limites du contrôle – et de la régulation – social et celui de la légitimité du droit, qui est une expression de la légitimité politique ».

On peut à nouveau faire référence ici à l'affaire *Blood* car, après une première naissance (il y en aura deux en tout), Diane Blood décide d'obtenir une reconnaissance en paternité posthume pour son fils (il s'agit d'inscrire le nom du père sur son certificat de naissance). Elle aura finalement gain de cause avec l'introduction réussie d'une proposition de loi, adoptée par le Parlement et promulguée le 18 septembre 2003³⁹. La médiatisation de ses procès contre l'AFEH lui a donné un accès illimité aux médias. Ceci étant, la loi reconnaît la paternité du défunt, mais spécifie qu'aucun droit ne découle de cet état de fait.

L'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur les droits de la personne en 2000 a aussi commencé à mobiliser certains cabinets d'avocats qui se sont spécialisés dans les affaires touchant à la biomédecine et aux droits de la personne («healthcare human rights»), élargissant ainsi leurs domaines de compétences liés pour l'essentiel à la négligence médicale. Irwin Mitchell⁴⁰, cabinet londonien comptant une centaine d'avocats, occupe depuis un certain temps le devant de la scène puisqu'il compte, depuis 2006, Muiris Lyons parmi ses associés. Ce dernier s'est illustré récemment dans de nombreuses affaires dans le domaine biomédical, affaires pourtant toutes perdues, mais qui ont eu un grand retentissement médiatique puisqu'elles sont allées devant la CtEDH : les affaires Natallie Evans (AMP) et Leslie Burke qui concernaient le droit à la vie (article 2 de la CEDH). Depuis quinze ans, Muiris Lyons agit pour le compte de personnes ayant subi de graves préjudices à la suite d'une négligence médicale ou d'une catastrophe (ferroviaire ou autre). Il a participé à de nombreuses émissions télévisées et est devenu presque aussi connu que Lord Winston, un expert reconnu dans le domaine de l'AMP⁴¹, qui a d'ailleurs aidé Diane Blood dans son combat. Le cabinet Irwin Mitchell avance quatre valeurs

³⁹ *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003*, R.-U., 2003, c. 24 : «An Act to make provision about the circumstances in which, and the extent to which, a man is to be treated in law as the father of a child where the child has result from certain fertility treatment undertaken after the man's death; and for connected purposes.»

⁴⁰ Malgré nos demandes répétées par courriel, Irwin Mitchell n'a pas souhaité communiquer de données concernant toutes les affaires traitées et plus particulièrement celles touchant à la biomédecine.

⁴¹ Il a participé au documentaire-fiction de Channel 4 sur l'affaire ayant opposé deux mères pour un seul bébé (*Born with Two Mothers*), une affaire qui avait ébranlé le monde de l'AMP suite à une erreur commise lors d'une manipulation de fécondation *in vitro* en 2002. Il a par ailleurs participé à *Cutting Edge* (Channel 4) pour un docu-

cardinales : la réceptivité, l'innovation, la réponse aux problèmes, la rentabilité.

Depuis ses apparitions médiatiques, Muiris Lyons multiplie ses interventions. Ainsi, lorsque l'AFEH décide d'étendre la réglementation sur les embryons de façon à produire un « bébé médicament », il met en garde l'AFEH qui a décidé d'assouplir les règles qu'elle avait fixées dans le domaine du diagnostic préimplantatoire. Le fait que l'AFEH ait procédé à ce changement de politique sur la base d'une recherche inédite et sans consultation préalable ouvre la voie à un recours juridique pour abus de pouvoir. Muiris Lyons⁴² recommande donc que l'AFEH révise la Loi sur la fécondation et l'embryologie humaines au moins tous les cinq ans. L'AFEH aura sans doute tenu compte des critiques, car elle a annoncé une remise à plat de ses activités, dès 2004⁴³.

Plus récemment, Muiris Lyons a pris position sur un documentaire réalisé par la BBC⁴⁴, montrant que le docteur Mohamed Taranissi qui gère deux cliniques s'occupant d'AMP était dans l'illégalité totale, puisqu'il semblerait qu'il n'ait pas obtenu les licences requises, normalement délivrées par l'AFEH, pour pratiquer l'AMP, ce qu'il fait impunément dans ses deux cliniques depuis des années. Un communiqué de presse du Cabinet Irwin Mitchell incite clairement les membres du public à aller devant les tribunaux :

« [...] if it is proved that Dr Taranissi has advised anyone to undergo unnecessary treatment at either of his clinics then there is huge potential for a sub-

mentaire sur l'affaire Natalie Evans et à l'émission de Trevor McDonald sur ITV (*ITV's Tonight*) pour l'affaire « bébé Luc ».

⁴² Entretien avec Stephen Ward, 26 juillet 2004, « *Extending embryo testing rules* », Lexis Nexis' Law Zone.

⁴³ Une nouvelle loi a été adoptée en 2008 (*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, R.-U., 2008, c. 22), après une longue consultation et la publication de nombreux documents dont un Livre blanc en décembre 2006. La loi de 2008 révisé celle de 1990 ainsi que la Loi sur la gestation pour autrui de 1985. Certains éléments ont été très controversés, notamment dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation (« no father clause »).

⁴⁴ Il s'agit d'un programme célèbre, *Panorama*, diffusé le 15 janvier 2007. Le documentaire contient certaines séquences tournées par un journaliste d'investigation qui, à l'insu du Dr Taranissi et du personnel des cliniques, a filmé à l'intérieur des cliniques. Une semaine auparavant, l'AFEH avait publié des chiffres montrant les négligences quotidiennes dans les centres de traitement qui vont parfois jusqu'à laisser tomber par terre des embryons, du sperme ou des ovocytes.

stantial claim against the doctor and the clinics that he ran. Anyone unsure as to whether they have been properly advised to undergo treatment at one of the clinics, or who believes that they may have paid for unnecessary treatment should consider their position carefully and contact lawyers who specialise in this area.»⁴⁵

V. De la juridicisation à la judiciarisation

On se trouve finalement devant une double dynamique liant justiciables et avocats puisque l'on constate, par ailleurs, que dans les sociétés occidentales, les relations interpersonnelles sont parfois difficiles et que certains justiciables se servent de la justice pour régler leurs différends. On est alors dans le domaine de la judiciarisation⁴⁶. La formulation de nouveaux droits « sociaux » (droit au logement, droit à l'emploi, etc.) a entraîné dans le monde biomédical le même genre de raisonnement avec toutes les dérives que cela peut entraîner. On pourrait presque parler de droits « biosociaux » : droit à la procréation, droit de choisir son enfant, droit de mourir, etc. Ces droits pouvant être exercés de diverses façons. Le droit à la procréation, par exemple, peut être satisfait par l'AMP (FIV, GIFT, ICSI, IAC, IAD etc.) ou la gestation pour autrui (« mères porteuses »). La question reste cependant de savoir ce que la loi autorise et ce qui est techniquement et éthiquement possible de faire. Doit-on poursuivre un gynécologue pour des FIV infructueuses alors que l'on sait que le taux de réussite est inférieur à 25 % dans le meilleur des cas, ou pour des naissances multiples ?

L'affaire la plus révélatrice dans ce domaine est celle de Natallie Evans et de son compagnon. Il s'agit d'un cas de FIV où le consentement donné au départ par l'homme pour la création de six embryons est retiré à la femme six mois plus tard. Le transfert d'embryons n'est pas intervenu tout de suite, car Natallie Evans devait se remettre de l'ablation des deux ovaires

⁴⁵ *Press release*, 16 janvier 2007, en ligne : <<http://www.irwinmitchell.com/PressOffice/PressReleases/IV>>. « Leading lawyer warns of possible IVF claims following investigation into clinics. » Le communiqué se termine ainsi : « Irwin Mitchell has set up a helpline ... for people who believe they may require legal advice following IVF treatment. »

⁴⁶ Définie par le professeur Noreau comme la « tendance des justiciables à confier au système judiciaire la gestion de tous leurs différends et le règlement de tous les problèmes sociaux » : Pierre NOREAU, *Droit préventif: le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 39.

et du traitement de son cancer, la FIV étant programmée deux ans plus tard. En attendant, les embryons ont été congelés et à la suite de la rupture du couple, l'homme a retiré son consentement à leur utilisation. D'un point de vue éthique, le problème réside dans le fait que Natallie Evans ne pourra plus jamais concevoir d'enfants puisqu'il y a eu ablation des ovaires et que les derniers ovocytes qu'elle produira jamais ont été utilisés pour créer des embryons qu'elle n'a pas le droit d'utiliser. D'un point de vue juridique strict, la loi de 1990 n'autorise pas qu'un consentement pèse plus lourd qu'un autre. Le procès a été fortement médiatisé, donnant lieu à un documentaire télévisé d'une heure et à la production de dizaines d'articles de presse. La Loi sur les droits de la personne a bien été sollicitée à tous les stades de la procédure, notamment les articles 2 (droit à la vie) ; 8 (droit au respect de la vie privée et de la vie familiale), et 14 (interdiction de la discrimination), et l'affaire a abouti en dernier ressort devant la Grande Chambre (17 juges) de la CtEDH. C'est devant elle que les juges se sont le plus divisés sur l'affaire (13 contre 4), certains trouvant cruel d'enlever à cette femme la possibilité de jamais porter des enfants. Les juges défavorables à la demande de Natallie Evans justifient leur décision en utilisant entre autres moyens la marge d'appréciation laissée aux États contractants. Constatant qu'il n'existe aucun consensus sur ce genre d'affaire en Europe (bien que certains pays n'autorisent pas le retrait du consentement une fois l'embryon créé), la Grande Chambre considère qu'il ne lui revient pas de trancher sur l'AMP. De façon intéressante, les juges favorables à Natallie Evans, tout au moins sous couvert de l'article 8 (le droit à vie familiale), opposent au principe de la marge d'appréciation, celui de la proportionnalité puisque l'homme pourra continuer à utiliser son sperme et que le fait de retirer son consentement au transfert d'embryon empêchera la femme de jamais pouvoir procréer. En conséquence, les quatre juges votent pour la violation de l'article 8 en conjonction avec l'article 14. L'affaire aura finalement duré plusieurs années, d'octobre 2003 à avril 2007⁴⁷ et le passage devant les juridictions nationales n'aura pas empêché

⁴⁷ [2003] EWHC 2161 (Fam); [2004] EWCA Civ 727; Council of Europe, European Court of Human Rights, Fourth Section, (Application n° 6339/05), Judgment, Strasbourg, 7 March 2006, en ligne: <<http://www.echr.coe.int>>; *Evans v. The United Kingdom* (Application 6339/05), Judgment, Strasbourg, 10 April 2007, en ligne: <<http://www.echr.coe.int>>. Pour plus de détails sur l'affaire, voir: Claire CHARLOT, « La politique d'assistance médicale à la procréation en Grande-Bretagne vue à travers le prisme de l'Affaire Evans », dans Janine MOSSUZ-LAVAU (dir.), *Les Politiques du genre*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 217.

le recours ultime à Strasbourg. À la lumière de ces différentes affaires et des interprétations juridiques qu'elles suscitent, quel bilan faire de la Loi sur les droits de la personne ?

VI. Un nouveau pouvoir judiciaire ?

D'un point de vue officiel, il n'y a aucune place pour le pouvoir des juges. Dans un discours prononcé à la *London School of Economics*, devant l'association des juristes spécialistes des droits de la personne, le Lord Chancelier affirme à plusieurs reprises, au moment de fêter le sixième anniversaire de la loi, qu'il faut rappeler que « [l]es droits de la personne ne sont pas la propriété des juristes » (répété trois fois)⁴⁸. En somme, les juges disent le droit mais ne le font pas. La question peut alors être posée en termes d'interprétation de la loi : déférente (il s'agit d'interpréter la loi à la lettre – le juge n'a pas de pouvoir) ou dynamique (une certaine latitude d'interprétation est laissée à l'appréciation du juge – le juge a du pouvoir). Il est également envisageable d'examiner l'impact qu'a eu, à travers les décisions judiciaires, la nouvelle loi sur le droit anglais : on pourrait ainsi dénombrer les certificats d'incompatibilité, lorsqu'une loi ne respecte pas l'un des droits fondamentaux ou encore dresser la liste des affaires qui ont donné lieu à de nouvelles dispositions législatives.

Lors du bilan dressé sur la Loi sur les droits de la personne⁴⁹, le Lord Chancelier, Lord Falconer, constate que son impact sur le développement du droit anglais n'a pas été aussi important et aussi négatif que certains l'avaient imaginé. Mais force est de constater, de l'aveu même du Chancelier, que dans le domaine de l'immigration ou de la détention provisoire, la situation n'est pas aussi favorable qu'il le laisse entendre. Il fait rapide-

⁴⁸ Lord Falconer of Thoroton, Constitutional Affairs Secretary and Lord Chancellor, 29 septembre 2006, Human Rights Lawyers Association, LES, en ligne : <<http://www.dca.gov.uk>>.

⁴⁹ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Review of the Implementation of the Human Rights Act, Introduction by the Lord Chancellor*, Londres, DCA (38/06), juillet 2006. Le bilan a été demandé suite au scandale de la remise en liberté, sous couvert de la nouvelle loi, d'un détenu, Anthony Rice, qui a ensuite assassiné Naomi Bryant. Cette tragédie, ainsi que d'autres affaires comme l'autorisation aux gens du voyage de s'installer sur certains terrains ou encore l'impossibilité juridique de reconduire aux frontières certains immigrés clandestins ou demandeurs d'asile, ont largement contribué à discréditer la loi aux yeux du public.

ment référence à l'affaire *Belmarsh*⁵⁰, dans laquelle la Chambre des Lords avait statué à huit contre un qu'on ne pouvait indéfiniment garder en détention des ressortissants étrangers, au prétexte qu'ils étaient soupçonnés d'avoir participé à des opérations terroristes. Le gouvernement avait été d'autant plus mécontent de la décision des juges qu'il avait pris soin de faire adopter un statut dérogatoire aux droits de la personne pour la Loi pour la lutte contre le terrorisme, en vertu de l'article 15 de la CEDH⁵¹.

Pour Lord Falconer, l'impact de la nouvelle Loi sur les droits de l'Homme est limité puisque, depuis 2000, les cours supérieures n'ont trouvé que onze occasions de non-conformité de la loi avec les principes énoncés par la CEDH – d'où la nécessité de faire une déclaration d'incompatibilité en vertu de l'article 4, ce qui oblige alors le gouvernement à légiférer dans le domaine concerné. Ce n'est pas tant le nombre d'infractions qui importe que leur portée pour le développement du droit. Il est significatif que le Lord Chancelier ne compte pas les nombreuses fois où le gouvernement est intervenu avant même qu'il y ait déclaration d'incompatibilité ou les affaires où aucune législation n'existait encore et où il a fallu légiférer rapidement, comme dans les affaires liées à l'orientation sexuelle, le transsexualisme⁵² ou l'AMP. Les juges ont également eu l'occasion d'interpréter douze fois la loi dans l'esprit de la CEDH, en vertu de l'article 3⁵³. Si bien qu'on ne peut minimiser le rôle des juges britanniques

⁵⁰ *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, 16 décembre 2004 (ci-après l'affaire « *Belmarsh* »).

⁵¹ « **Derogation in time of emergency. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.** » Il ne peut cependant être dérogé à l'article 3. Ce statut dérogatoire (*The Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001*, R.-U., Statutory Instruments 2001, No. 3644) était appliqué à la *Loi pour la lutte contre le terrorisme (Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, R.-U., 2001, c. 24.).

⁵² Ces deux derniers aspects ont été les plus étudiés, en liaison avec les droits de la personne (articles 8 et 14) dans la mesure où la CtEDH a totalement changé d'avis sur l'attitude à adopter vis-à-vis de ces questions.

⁵³ Dans son intervention lors du procès *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] UKHL 30, par. 52, Lord Steyn dresse en annexe à son jugement, la liste des déclarations d'incompatibilité ainsi que les affaires où cette incompatibilité n'a pas été retenue et celles où le juge a interprété de façon dynamique la loi. Il arrive à peu près au même chiffre que

dans l'application au droit anglais de la nouvelle Loi sur les droits de la personne.

Loin d'être négligeable comme semble le laisser entendre le Lord Chancelier, la nouvelle loi a cependant commencé à changer la façon de penser des juges. Déférants au départ vis-à-vis du Parlement, les juges se sont peu à peu émancipés. Le climat politique n'y est d'ailleurs pas étranger, comme le montre très bien Robert Stevens dans son ouvrage sur les juges⁵⁴. Ce dernier avance toutefois l'hypothèse intéressante, à savoir que sur un terrain politique de plus en plus désaffecté par les forces de résistance traditionnelles : la haute fonction publique, les syndicats, les églises, les forces armées, il ne reste plus, à côté de l'industrie et de la presse, que le pouvoir judiciaire pour faire éventuellement contrepoids au pouvoir politique⁵⁵. En somme, les juges occuperaient l'espace politique laissé vacant. On pourrait ajouter à cette hypothèse le rôle personnel que jouent les juges, en fonction de leur parcours. Ainsi Lord Steyn a-t-il souvent formulé des critiques à propos de l'ingérence du politique dans le domaine judiciaire. Il plaide depuis longtemps pour l'indépendance totale des juges qui, lorsqu'ils siègent aux Lords, peuvent toujours prendre part aux votes et sont souvent appelés à présider des commissions d'enquête. Le Lord Chancelier, qui cumulait jusqu'à peu les trois fonctions – législative, exécutive et judiciaire – est bien entendu l'objet principal de ses attaques. Ceci lui a sans doute valu l'honneur d'être le premier juge aux Lords à avoir été mis en cause par un membre du gouvernement, au motif de partialité, et à être ainsi empêché d'entendre l'affaire *Belmarsh* en sa qualité de juge.

Lord Bingham of Cornhill n'a pas non plus apprécié les rebuffades de l'Avocat général (*Attorney General*), dans l'affaire *Belmarsh*. Il déclare ainsi dans le jugement :

« [...] the courts are not effectively precluded by any doctrine of deference from scrutinising the issues raised. It also follows that I do not accept the full breadth of the Attorney General's submissions. I do not in particular accept

Lord Falconer : 10 cas d'incompatibilité (dont 5 seront annulés en appel); 12 cas d'interprétations.

⁵⁴ Robert STEVENS, *The English Judges. Their role in the changing constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005. Voir, notamment, le chapitre 9 (« The second coming »), qui traite des relations conflictuelles des juges avec David Blunkett, le ministre responsable de la *Loi pour la lutte contre le terrorisme de 2001*.

⁵⁵ *Id.*, p.138-140.

the distinction which he drew between democratic institutions and the courts. It is of course true that the judges in this country are not elected and are not answerable to Parliament. It is also of course true, as pointed out in para 29 above, that Parliament, the executive and the courts have different functions. But the function of independent judges charged to interpret and apply the law is universally recognised as a cardinal feature of the modern democratic state, a cornerstone of the rule of law itself. The Attorney General is fully entitled to insist on the proper limits of judicial authority, but he is wrong to stigmatise judicial decision-making as in some way undemocratic. It is particularly inappropriate in a case such as the present in which Parliament has expressly legislated in section 6 of the 1998 Act to render unlawful any act of a public authority, including a court, incompatible with a Convention right, has required courts (in section 2) to take account of relevant Strasbourg jurisprudence, has (in section 3) required courts, so far as possible, to give effect to Convention rights and has conferred a right of appeal on derogation issues.»⁵⁶

Les juges sont conscients du débat qu'ils suscitent et tous ne partagent pas le point de vue de Lord Bingham ou de Lord Steyn. Pour Lord Hope, par exemple, le Parlement est plus à même de prendre des décisions politiques que le juge :

«In some circumstances it will be appropriate for the courts to recognise that there is an area of judgment within which the judiciary will defer, on democratic grounds, to the considered opinion of the elected body or person whose act or decision is said to be incompatible with the Convention.»⁵⁷

Il s'agit bien finalement d'une théorie des pouvoirs et l'on retrouve le débat autour de la séparation des pouvoirs qui n'a jamais été vraiment effective au Royaume-Uni. La réforme constitutionnelle engagée par Tony Blair en 2005 a commencé à donner à l'institution judiciaire une autonomie plus grande, mais il reste encore du chemin à parcourir pour obtenir une totale indépendance judiciaire. Le point de vue de Lord Hoffman est tout à fait éclairant, car il se place sur un plan juridique pour aborder une question éminemment politique :

«In a society based upon the rule of law and the separation of powers, it is necessary to decide which branch of government has in any particular

⁵⁶ *Belmarsh*, préc., note 50, par. 42.

⁵⁷ *R v. Kebilene*, [2000] 2 A.C. 326, 381.

instance the decision-making power and what the legal limits of that power are. That is a question of law and must therefore be decided by the courts.

This means that the courts themselves often have to decide the limits of their own decision-making power. That is inevitable. But it does not mean that their allocation of decision-making power to the other branches of government is a matter of courtesy or deference. The principles upon which decision-making power are allocated are principles of law. The courts are the independent branch of government and the legislature and executive are, directly and indirectly respectively, the elected branches of government. Independence makes the courts more suited to deciding some kinds of questions and being elected makes the legislature or executive more suited to deciding others.»⁵⁸

Le pouvoir des juges se mesure également à l'aune des décisions qu'ils prennent. Dans quelle mesure la jurisprudence anglaise a-t-elle réussi à être prise en compte par la CtEDH ?

De façon significative, on constate une influence réciproque des deux types de jurisprudence, européenne et nationale. Lord Steyn constate que la CtEDH commence à se servir des arrêts des Lords judiciaires⁵⁹. Par ailleurs, les Lords judiciaires considèrent qu'ils ont le devoir de prendre en compte les affaires où la Grande Chambre a statué afin de respecter l'esprit des arrêts en question⁶⁰.

Considérant tous les arrêts cités ici, on se rend cependant compte que le pouvoir des juges dépasse largement leur pouvoir politique au sens de contreponds judiciaire. La façon dont ils interprètent le droit et ce faisant orientent l'évolution de la société est capitale et représente également un autre type de pouvoir. Il semblerait à première vue, cependant, que les cours adoptent parfois deux poids deux mesures pour des affaires très proches et hésitent à s'aventurer sur des terrains nouveaux. On pourrait ainsi dire qu'un refus de consentement pèse plus lourd que son absence

⁵⁸ *R v. British Broadcasting Corporation ex parte Prolife Alliance*, [2003] UKHL 23, par. 75 et 76.

⁵⁹ Dans les affaires comme *Z v. United Kingdom*, (2001) 34 EHRR 37. La CtEDH a alors invoqué le jugement anglais antérieur, *Barrett v. Enfield LBC*, [2001] 2 A.C. 550, au lieu de s'appuyer sur *Osman v. United Kingdom*.

⁶⁰ Lord STEYN, Lord of Appeal in Ordinary, 2000-2005: Laying the foundations of Human Rights law in the United Kingdom, (2005) *European Human Rights Law Review* (Issue 4) 349, 361.

dans le cas de l'AMP (*Evans contre Blood*) ou que le type de handicap fait toute la différence dans ce qu'on appelle le suicide assisté ou le droit de mourir. Une patiente, Mme B, a ainsi été autorisée à demander l'arrêt de son respirateur artificiel, mais pas Diane Pretty, qui demandait qu'on l'aide à mourir⁶¹. Alors que les juges sont prêts à intervenir parfois de façon très dynamique dans des affaires de mœurs touchant à l'orientation sexuelle ou au transsexualisme (on peut citer ici le célèbre retournement dans *Goodwin v. United Kingdom*, en juillet 2002), il n'en va pas de même pour ce qui touche au droit à la vie, sujet délicat s'il en est.

*
* * *

En conclusion, on peut dire que le pouvoir judiciaire se renforce dans la mesure où les juges décident d'intervenir de façon dynamique, faisant de la Loi sur les droits de la personne un « instrument vivant », comme on a pu le dire pour la CEDH. L'incorporation de la Loi sur les droits de la personne n'a pas mis fin au rôle de dernier recours de la CtEDH, comme on a pu en juger avec les quelques affaires déjà citées. De plus, le nombre de requêtes n'a cessé d'augmenter, passant de 22.600 en 1999 à 45.500 en 2005⁶². Il y a désormais plus d'États contractants (plus du double depuis 1990), mais ceci explique seulement en partie cette augmentation et il faut plutôt chercher du côté de l'évolution des pratiques sociales. Plus avertis, mieux renseignés, les Britanniques sont sans doute plus enclins à chercher réparation dans les cas où ils pensent que l'on a enfreint leurs droits. On voit déjà se dessiner certaines orientations qui vont dans le sens d'un pouvoir accru, au sens d'autonomie du pouvoir politique, mais il faudra cependant attendre quelques années avant de voir si l'incorporation des droits de la personne dans la common law a eu un impact réel à la fois sur la séparation des pouvoirs et sur le développement du droit anglais. Surtout que l'opposition conservatrice oscille entre un projet d'abrogation pure et simple de la loi et l'adoption d'une véritable charte des droits de la personne, mais qui serait alors plus contraignante que la loi actuelle.

⁶¹ *Ms B v. An NHS Hospital Trust*, [2002] EWHC 429 (Fam); *Pretty v. United Kingdom*, (2002) 35 EHRR 1. Diane Pretty est décédée le 11 mai 2002.

⁶² CONSEIL DE L'EUROPE, « Document d'information sur la Cour », septembre 2006.