



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit Public Comparé

Dirigé par Madame le Professeur Elisabeth Zoller

2014

***Le rôle du juge constitutionnel dans le cadre
de la lutte contre le terrorisme au regard de la
protection des libertés individuelle et d'aller et
venir.***

Étude comparée : France & Royaume-Uni

Auteur : Ninon Mathieu

Sous la direction de Madame Aurélie Duffy-Meunier

AVERTISSEMENT

Les opinions émises dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Sauf mention contraire, les citations de source non-francophone ont été traduites par l'auteur.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements,

A ma directrice de mémoire, Madame Aurélie DUFFY-MEUNIER, pour son aide précieuse, sa disponibilité, et la richesse de ses conseils, qui m'ont permis de mener ce travail à bien.

A la directrice du Master II de Droit Public Comparé, Madame le Professeur Elisabeth ZOLLER, dont les enseignements m'ont permis, tout au long de l'année, de développer une réflexion approfondie sur le droit public et ses enjeux.

A l'ensemble des Professeurs du Master II pour cette année enrichissante.

ABBREVIATIONS

AJ Pénal : L'Actualité juridique : Pénal

CE : Conseil d'Etat

CESDH : Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales

CESEDA : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

CourEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

CRDF : Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

DUDH : Déclaration universelle des Droits de l'Homme

EHRLR : European Human Rights Law Review

EWCA : England and Wales Court of Appeal

EWHC : High Court of England and Wales

HRA : Human Rights Act

PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

QPC : question prioritaire de constitutionnalité

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

SIAC : Special Immigration Appeals Commission

TPIM : Terrorism Prevention and Investigation Measures

UE : Union Européenne

UKHL : United Kingdom House of Lords

UKSC : United Kingdom Supreme Court

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 : LE JUGE CONFRONTE A UN ORDRE JURIDIQUE FRAGILISE PAR LES DEFIS POSES PAR LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME	10
TITRE 1. La difficile appréhension par le droit du phénomène terroriste.....	10
<i>Chapitre 1. Un dispositif de lutte contre le terrorisme construit sur des bases fragiles</i>	<i>10</i>
<i>Chapitre 2. Une indétermination de la notion de terrorisme laissant une large place au pouvoir discrétionnaire</i>	<i>20</i>
TITRE 2. Une organisation des pouvoirs affectée par la lutte contre le terrorisme	28
<i>Chapitre 1. Le remodelage de la séparation des pouvoirs dans le cadre sécuritaire</i>	<i>28</i>
<i>Chapitre 2. La limitation du rôle du juge dans le cadre sécuritaire</i>	<i>39</i>
PARTIE 2. LA PRESERVATION PAR LE JUGE DE SON ROLE DE GARDIEN DES LIBERTES.....	48
TITRE 1. Le devoir du juge constitutionnel d’assurer l’effectivité de la protection des libertés	48
<i>Chapitre 1. Le rôle essentiel du juge en temps de crise.....</i>	<i>48</i>
<i>Chapitre 2. Un renouvellement des méthodes du contrôle</i>	<i>57</i>
TITRE 2. Un contrôle prudent mais attentif au maintien des limites de l’Etat de droit	68
<i>Chapitre 1. Une sagesse jurisprudentielle efficace</i>	<i>68</i>
<i>Chapitre 2. La nécessaire marge de manœuvre du juge.....</i>	<i>76</i>
CONCLUSION GENERALE	82

Introduction

« *Quand on lutte contre des monstres, il faut prendre garde de ne pas devenir monstre soi même* ». Cet avertissement énoncé par NIETZSCHE dans *Par Delà le Bien et le Mal*¹ résonne de manière particulièrement pertinente dans le cadre du terrorisme. L'ensemble du défi que pose la lutte contre le terrorisme aux sociétés démocratiques est en effet mis en lumière par cette formule succincte, qui constitue d'ailleurs l'introduction de l'exposé de la notion de terrorisme dans le *Dictionnaire des Droits de l'Homme*².

Ce défi a été plus précisément exposé par Georges PICCA et Robert SCHMELK, qui, dès 1979, ont compris que l'Etat moderne confronté au terrorisme se trouvait face à un dilemme que l'on peut qualifier de cornélien, « *Vaut il mieux « employer la force qu'avoir à la craindre* »³ ou *renoncer à la force par crainte de devenir coupable ? Entre ces deux attitudes extrêmes, il doit y avoir une place pour une voie moyenne qui n'exclut ni le respect de l'idéal humanitaire ni le souci de l'efficacité* »⁴.

On voit donc se dessiner la problématique générale ; celle du difficile équilibre, que l'Etat doit pourtant trouver, entre la nécessité de la lutte contre le terrorisme et l'impératif de protection des droits et libertés.

S'il s'agit d'un défi posé à l'Etat dans son ensemble, la question du rôle de chacune de ses branches dans ce cadre se pose également avec force. L'étude portera ici sur le rôle du juge, acteur souvent en retrait de la lutte contre le terrorisme, ou tout du moins souvent présenté comme tel par l'opinion publique, et par une partie de la doctrine, mais pourtant acteur essentiel. La réflexion étant axée sur le cadre du droit constitutionnel, il s'agira donc, plus précisément, d'étudier le rôle du juge constitutionnel dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ; excluant ainsi le rôle du juge judiciaire français, gardien de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution, dans l'application de la législation anti-terroriste.

Si, par ailleurs, la qualification de la Cour suprême britannique en tant que « juge constitutionnel » est parfois rejetée du fait du principe fondamental de la souveraineté du Parlement ; il faut d'abord remarquer, à la suite du Professeur Olivier JOUANJAN, que le contentieux constitutionnel ne se limite pas au pouvoir d'annuler ou écarter une loi, il comprend également des compétences relatives aux litiges fédératifs, aux conflits entre organes constitutionnels, ou à la garantie des droits fondamentaux⁵. Or la Cour Suprême britannique est compétente pour traiter de ces questions, et ce d'autant plus depuis le renforcement de ces compétences en matière de dévolution par le *Constitutional Reform Act* 2005. Elle dispose donc bien matériellement de compétences relevant d'une juridiction constitutionnelle. On constate par ailleurs une érosion du principe de souveraineté parlementaire du fait de l'incorporation du

¹ F. NIETZSCHE., Chapitre IV, « Maximes et Interimèdes », in *Œuvres complètes de Nietzsche*, vol. 10, 1913.

² F. MARCHADIER, « Terrorisme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., RIALS S, SUDRE F., dir., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 727.

³ N. MACHIAVEL, *Le Prince*

⁴ G. PICCA, R. SCHMELCK « L'Etat face au terrorisme », *Pouvoirs*, n°10, « Les pouvoirs de crise », sept. 1979, p. 64.

⁵ Voir O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, n° 2, 2009, p. 19.

droit de l'Union Européenne (UE), le juge étant désormais compétent, en vertu du *European Communities Act 1972*, pour écarter des lois contraires au droit de l'UE⁶, ainsi que du fait de l'adoption du *Human Rights Act (HRA) 1998*, le juge pouvant dorénavant contrôler les lois par rapport à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) et, le cas échéant, prononcer une déclaration d'incompatibilité⁷. On peut dès lors conclure, à la suite d'Aurélien DUFFY-MEUNIER, qu'est « *apparu au Royaume-Uni un contrôle de constitutionnalité des lois original, limité et européenisé* »⁸.

Il s'agit donc d'étudier le contrôle de constitutionnalité des dispositifs anti-terroristes, qui, au Royaume-Uni, se confond en réalité avec le contrôle de conventionnalité, du fait de l'incorporation des droits conventionnels par le *Human Rights Act*. Les difficultés liées à l'exercice comparatiste nous conduirons en effet à assimiler le contrôle de conventionnalité exercé par le juge britannique à un contrôle de constitutionnalité, et à ne retenir, pour la France, que le contrôle de constitutionnalité, du fait de son caractère essentiellement distinct du contrôle de conventionnalité. Une étude complète de cette question aurait alors nécessité, dans le cadre du droit britannique, l'examen de la jurisprudence de l'ensemble des juridictions chargées d'interpréter les lois conformément à la CESDH⁹, et des cours supérieures compétentes pour prononcer une déclaration d'incompatibilité¹⁰, ainsi que, dans le cadre du droit français, celui de la jurisprudence du juge ordinaire en tant que juge de renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC)¹¹. Le cadre limité de l'étude ne nous le permettant toutefois pas, nous nous limiterons à des développements relatifs au rôle adopté par le Conseil constitutionnel français ainsi qu'à celui de la Cour suprême du Royaume-Uni¹², chargés, quel que soit l'objet de leur contrôle, de veiller au respect des exigences constitutionnelles.

Le champ de l'étude se trouve donc limité aux systèmes juridiques britanniques et français. Il s'agit en effet de deux Etats européens, qui se trouvent sous une influence commune du fait de leur adhésion à l'UE ainsi qu'au système de la CESDH, mais dont les principes fondateurs à l'origine de l'ordre juridique sont très différents, puisque l'un est un système de *common law* et l'autre de droit continental. L'intérêt

⁶ *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (n° 2)* [1991] AC 603.

⁷ Cette déclaration n'emporte toutefois pas d'effets juridiques, le Parlement étant libre de modifier ou non les dispositions jugées incompatibles.

⁸ A. DUFFY-MEUNIER, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : une juridiction hors norme », *Jus politicum*, n°9, 2013, p 36.

⁹ En vertu de la section 3 du *HRA*, les juges doivent interpréter la législation primaire ainsi que l'exercice du pouvoir législatif délégué « *dans la mesure du possible* » de manière compatible avec les droits conventionnels.

¹⁰ Seules la Cour suprême, le Comité judiciaire du Conseil Privé, la Cour Martiale d'Appel, la Haute Cour de justice ou la Cour de session en Ecosse ; la Haute Cour ou la Cour d'appel en Angleterre et au Pays de Galles, en Ecosse ou en Irlande du Nord sont compétents pour prononcer ces déclarations en vertu de la section 4(5) du *HRA*.

¹¹ La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a en effet introduit un article 61-1 dans la Constitution, qui met en place la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. La loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de cet article 61-1 dispose alors que, une fois la question soulevée devant les juges du fond (en première instance, ou en appel), ceux-ci doivent se prononcer sans délai sur trois points : l'applicabilité de la disposition contestée au litige ; l'absence de déclaration préalable de conformité à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil, sauf changements de circonstances ; et sur la question de savoir si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. Si ces conditions sont remplies, la question est transmise au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, qui examine à son tour les 2 premières conditions et se prononce sur le point de savoir si la question est sérieuse ou nouvelle. Ce n'est que si l'ensemble de ces conditions sont remplies que la question est transmise au Conseil constitutionnel. Le juge ordinaire joue alors un rôle de « juge constitutionnel négatif », en refusant de transmettre, puisqu'elle affirme par la même la constitutionnalité du texte ; tandis que le Conseil préserve son monopole d'abrogation de la loi.

¹² Ainsi que de l'ancienne Chambre des Lords, qu'elle a remplacée en vertu du *Constitutional Reform Act* de 2005. Des références à la jurisprudence des cours britanniques inférieures ainsi que des juridictions ordinaires françaises pourront par ailleurs apparaître, lorsque l'étude le justifie.

réside donc dans le fait de savoir dans quelle mesure on peut constater un rapprochement, non seulement des législations antiterroristes, mais aussi et surtout du contrôle de ces dernières et de leur application, du fait de l'appartenance à des organisations régionales communes.

L'axe principal de l'étude est celui des droits internes de ces deux Etats, avec des références ponctuelles au droit de l'Union Européenne¹³, lorsqu'elles seront pertinentes. Cela se justifie dans la mesure où le droit interne semble aujourd'hui être l'instrument de lutte contre le terrorisme le plus efficace. Comme le note Carolina CERDA-GUZMAN, « *l'avènement d'un terrorisme international semble, de manière étonnante, marquer le retour du modèle westphalien, et donc de l'utilisation massive des normes internes, notamment la norme constitutionnelle* »¹⁴.

Avant de se pencher de manière approfondie sur ces questions, il semble nécessaire d'exposer de manière générale les problématiques qu'engendre la confrontation de la lutte contre le terrorisme avec les libertés, et particulièrement la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir, au travers desquelles le rôle du juge sera illustré.

Ces dernières, en tant que libertés fondamentales et premières, conditionnant l'exercice de la plupart des autres libertés juridiquement garanties, constitueront en effet le cœur de cette étude. Le choix de cet axe se justifie également par le fait que, si la lutte contre le terrorisme a pour conséquence la mise en cause de nombreux droits et libertés, tels que la liberté d'expression ou le droit à la vie privée, la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir semblent être celles qui font l'objet des atteintes les plus directes et brutales dans ce cadre. Cette orientation est alors déterminée à la fois par l'importance capitale de ces libertés et par la gravité des atteintes qui leur sont portées dans le contexte terroriste.

Nous nous concentrerons donc d'abord sur le rapport qu'entretiennent ces deux libertés (I), ce qui nous permettra ensuite de mettre en lumière le dilemme entre sécurité et liberté révélé par la lutte contre le terrorisme (II).

I. Liberté individuelle et liberté d'aller et venir

Si ces deux libertés sur lesquelles nous allons nous attarder ont initialement été conçues comme essentiellement distinctes, elles touchent toutes les deux à la liberté de disposer de sa personne, et de se mouvoir. Il s'agit donc d'étudier l'impact des mesures de lutte contre le terrorisme sur la liberté, au sens premier et physique du terme, ainsi que les tentatives du juge de minimiser cet impact.

Leur distinction, qui paraît évidente à premier abord, révèle en réalité de nombreuses difficultés conceptuelles, comme en témoigne l'évolution de la notion de liberté individuelle dans l'ordre juridique français.

¹³ Le droit de la CESDH étant nécessairement beaucoup mobilisé au sein de l'étude, du fait de la fusion du contrôle de conventionnalité avec le contrôle de conventionnalité au sein du système de contrôle britannique.

¹⁴ C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *RFDC*, vol. 73, 2008, p. 41.

La liberté individuelle, seule liberté explicitement mentionnée dans le texte de la Constitution de 1958¹⁵, apparaît à l'article 66 qui dispose « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». La Constitution y fait donc explicitement référence, mais sous l'angle de la compétence juridictionnelle, la disposition se trouvant en outre au sein du titre VIII de la Constitution, intitulé « De l'autorité judiciaire ».

La rédaction de cet article semble clairement faire référence à une liberté négative, au sens de l'habeas corpus, c'est-à-dire le droit de ne pas être détenu arbitrairement, tel qu'élaboré en Angleterre dès le Moyen-Âge, par la *Magna Carta* de 1215. Cela ressort d'ailleurs, comme l'affirme Damien SALLES¹⁶, de la volonté des rédacteurs de la Constitution, et tout particulièrement de celles de Marcel WALINE, mais aussi de Michel DEBRE, qui souhaitaient voir inscrire dans la Constitution française une procédure d'habeas corpus. La jurisprudence du Conseil constitutionnel va toutefois progressivement s'éloigner de cette conception, et ce pendant une longue période, avant d'y revenir.

Dans sa décision n° 76-75 DC¹⁷, le Conseil utilise une formulation étrange puisqu'il rattache la liberté individuelle à un principe fondamental reconnu par les lois de la République « *confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958* ». Dès 1981 toutefois, il la rattache directement à l'article 66¹⁸.

Par la suite, le Conseil constitutionnel adopte une vision très extensive de la liberté individuelle puisqu'il y a rattaché la liberté d'aller et venir¹⁹. La liberté individuelle devient alors le « *vecteur de constitutionnalisation de libertés individuelles telles que la liberté d'aller et venir* »²⁰.

Finalement, à partir de la fin des années 90, le Conseil constitutionnel va s'attacher à restreindre le champ de l'article 66 de la Constitution et à revenir à sa conception initiale. Il renonce donc à cette interprétation extensive, et distingue formellement la liberté d'aller et venir de la liberté individuelle²¹. Cela lui permet de rationaliser la notion de liberté individuelle, mais aussi de préserver la compétence du juge administratif. Ce resserrement de la notion a été plusieurs fois confirmé, et notamment de manière très claire par une décision QPC du 28 janvier 2011, dans laquelle le Conseil constitutionnel affirme que « *l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire* », ce qui lui permet de détacher la liberté du mariage de la liberté individuelle²².

En réalité, il existe donc deux acceptations du terme de « liberté individuelle », une conception générique regroupant tout un ensemble de libertés, et la liberté individuelle au sens de l'article 66, qui est

¹⁵ Mis à part la libre administration des collectivités territoriales, ainsi que la libre constitution des partis politiques.

¹⁶ D. SALLES, « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, août 2009.

¹⁷ 12 janvier 1977 *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*

¹⁸ Décision n° 80 - 127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 25.

¹⁹ Notamment dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 3.

²⁰ L. FAVOREU, P. GAÏA, F. MELIN-SOUCRAMANIAN, O. PFERSMANN, G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 6^e ed., 2012, p. 214.

²¹ La rédaction du deuxième considérant de la décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs* fait nettement apparaître la liberté d'aller et venir comme une liberté distincte de la liberté individuelle, mais ce n'est qu'en 2003 que la liberté d'aller et venir sera explicitement rattachée aux articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 (Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 8).

²² Décision n° 2010-92 QPC, *Mme Corinne C. et autres*, cons. 6.

une composante de la première. Ainsi « *la liberté individuelle devient donc une liberté individuelle parmi les autres* »²³.

Le droit à la liberté et à la sûreté est également protégé par l'article 5 de la CESDH, en tant que protection contre l'arbitraire²⁴. La disposition énumère des cas de privations autorisées, et la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH) a insisté sur leur caractère limitatif²⁵.

Lord HOFFMANN dans l'arrêt *A v Secretary of State for the Home Department*, l'a présentée comme « *une liberté ancienne de laquelle ce pays a jusqu'ici été fier : le droit de ne pas faire l'objet d'une arrestation ou détention arbitraire* »²⁶ ; et c'est parce que cette liberté est si fondamentale, « *bouclier de toutes les autres libertés* »²⁷ et « *clé de voute des démocraties* »²⁸ que la dérogation à l'article 5 de la CESDH par le gouvernement britannique a suscité des réactions indignées²⁹. Comme l'a affirmé Lord NICHOLLS, « *la détention pour une période indéterminée sans charge ni procès est une abomination dans tout Etat qui respecte l'Etat de droit* »³⁰

La liberté d'aller et venir, ou liberté de circulation, est elle conçue comme une liberté de mouvement, conditionnant physiquement l'exercice des autres libertés, et représentant donc « *le signe extérieur des régimes libéraux* »³¹. Elle est protégée internationalement par l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), l'article 13 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme (DUDH) ; au niveau de l'UE, par l'article 3 du Traité sur l'Union Européenne, et l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En France, sa valeur constitutionnelle a été affirmée par la décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 *Ponts à péage*, puis elle a été rattachée aux articles 2 et 4 de la DDHC³². Elle peut être invoquée à l'appui d'une QPC³³ et constitue une liberté fondamentale au sens du référé liberté devant le juge administratif³⁴. La liberté de circulation est également protégée en droit de la CESDH, par l'article 2 du protocole 4. Il s'agit là d'un « *engagement à la carte* »³⁵, c'est-à-dire d'un droit optionnel, que le Royaume-Uni a choisi de ne pas ratifier, à la différence de la France. Selon cette disposition, la restriction doit être prévue par la loi et nécessaire à la poursuite d'un but légitime parmi ceux énumérés.

²³ L. FAVOREU, P. GAÏA, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, G. SCOFFONI, *op. cit.*, p. 179.

²⁴ CourEDH, *Lawless c/ Irlande (n°3)*, 1961, 332/57.

²⁵ *Engel et autres c/ Pays Bas*, 1976, no 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, § 57 et 69.

²⁶ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, §86 « *an ancient liberty of which this country has until now been very proud : freedom from arbitrary arrest and detention* »

²⁷ L. FAVOREU, P. GAÏA, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, G. SCOFFONI, *op. cit.*, p. 170

²⁸ *Ibid.*

²⁹ La quatrième partie de l'*Anti-terrorisme, Crime and Security Act* du 14 décembre 2001, qui visait à permettre la détention illimitée sans inculpations d'étrangers suspectés de terrorisme qui ne pouvaient être expulsés, avait nécessité une dérogation à l'article 5(1) de la CESDH, sur le fondement de l'art 15 de la CESDH. La Chambre des Lords a prononcé une déclaration d'incompatibilité de cette mesure avec la Convention dans la décision *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 ; inconventionnalité confirmée par la CourEDH dans sa décision *A c/ Royaume-Uni* du 19 février 2009, n° 3455/05.

³⁰ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, §74 : « *Indefinite imprisonment without charge or trial is anathema in any country which observes the rule of law* ».

³¹ G. BURDEAU, *Les libertés publiques* ; cité par B. PACTEAU « Liberté d'aller et venir », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, S. RIALS, F. SUDRE, dir., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 494.

³² Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 8

³³ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, cons. 16.

³⁴ CE, ord., 9 janv. 2001, *Desperthes*, n° 228928.

³⁵ J-F. RENNUCI, *Droit européen des Droits de l'Homme, droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, 5^e éd., 2013, p. 237.

Ces deux libertés sont certes bien distinctes, mais elles se recoupent souvent, dans la mesure où, si une atteinte à la liberté d'aller et venir ne constitue pas forcément une atteinte à la liberté individuelle, l'inverse, lui, est vrai. L'article 5 de la CESDH vise donc à protéger contre l'arbitraire, mais n'englobe pas uniquement l'arrestation ou la détention. C'est ainsi que la CourEDH, dans l'arrêt *Guzzardi*, a affirmé que l'assignation sur une île au large de la Sardaigne constituait une privation de liberté contraire à l'article 5. Comme l'énonce Louis FAVOREU en effet, « *si les domaines de ces libertés se recoupent, ils ne se recouvrent plus désormais, la clé de partage résidant désormais dans la distinction entre privation et restriction de liberté* »³⁶ ; et si seule la privation de liberté se trouve dans le champ de l'article 5 – comme de l'article 66 de la Constitution française - la CourEDH affirme qu' « *entre privation et restriction de liberté, il n'y a pourtant qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* »³⁷. Le juge constitutionnel français suit aussi cette analyse. C'est ainsi que le maintien en zone de transit, s'il n'est pas comparable au placement dans un centre de rétention, constitue tout de même une privation de liberté « *en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée* »³⁸. Les critères sont donc l'objet de la mesure, qui souvent suffit seul à apprécier s'il s'agit d'une privation ou d'une restriction de liberté, mais peut aussi être additionné à sa durée et ses effets. C'est en particulier dans le cadre de l'assignation à résidence que la distinction entre liberté d'aller et venir et liberté individuelle suscite des difficultés.

Il paraît donc approprié dans le cadre de cette étude de s'intéresser à la protection juridictionnelles de ces deux libertés, afin de pouvoir examiner l'ensemble des atteintes à la liberté au sens physique du terme, dans sa dimension négative (la liberté individuelle), comme dans sa dimension positive (la liberté d'aller et venir, au sens d'une liberté d'action).

Ces libertés sont fondamentales, socle des autres libertés, mais « *les tentations sont grandes ici. Les risques de dérive sont importants aussi. Il n'est pas si simple dans notre société de défendre aujourd'hui qu'on ne peut pas toucher comme ça à la liberté* »³⁹ ; et ce tout particulièrement dans le contexte du terrorisme.

II. Une dichotomie dangereuse entre sécurité et liberté

« *Les attentats du 11 septembre sont venus consacrer le discours d'une insécurité omniprésente, globalisante, ne se limitant plus aux menaces stratégiques traditionnelle mais investissant toutes les dimensions de la vie sociétale et internationale. Par un mouvement de balancier, il est venu entériner une tendance à la sanctification de la sécurité dans les démocraties occidentales : la sécurité est désormais considérée comme une valeur sans frontières, le premier droit de l'humanité, la première des libertés* »⁴⁰.

³⁶ L. FAVOREU, P. GAÏA, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, G. SCOFFONI, *op. cit.*, p. 237.

³⁷ CourEDH *Guzzardi c/ Italie*, 1980, n° 7367/76, § 93.

³⁸ Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 13 et 14.

³⁹ B. PACTEAU, « Liberté d'aller et venir », *in op. cit.*, p. 495.

⁴⁰ C. CAMUS, *La guerre contre le terrorisme : dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, Ed. du Félin, 2007, p. 135.

Avec la lutte contre le terrorisme, la société semble en effet être entrée dans une nouvelle ère, où la sécurité prime sur la liberté. Est apparue l'idée, partagée par la majorité de la population, selon laquelle, face à la gravité et à l'ampleur de la nouvelle menace terroriste, la sécurité s'oppose nécessairement à la liberté et doit la paralyser, afin d'assurer le bien commun. Nous sommes donc passés à une dichotomie très clairement affichée, entre sécurité et protection des droits⁴¹, qui se situe dans la droite lignée de l'idée exprimée par le dicton de droit romain *salus publica suprema lex*⁴². Mais cet adage était utilisé dans un contexte ponctuel de guerre ou d'invasion armée, tandis que la menace terroriste est permanente, et que la réponse juridique et politique qui lui est apportée est donc destinée à durer.

Malgré cette différence essentielle, la sécurité « *fonctionne comme un argument d'autorité qui, coupant court à toute discussion, permet d'imposer des mesures que l'on accepterait pas sans cela* »⁴³. Il est incontestable que la recherche de sécurité et l'objectif de protection des citoyens puissent servir à légitimer des mesures potentiellement attentatoires aux libertés. La protection de la sécurité par l'Etat est d'ailleurs fondée sur le droit à la vie, garanti par l'article 2 de la CESDH et la Cour a eu l'occasion de préciser que cette disposition comprend une obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour protéger le droit à la vie⁴⁴. Il s'agit donc d'un devoir à la charge Etats de protéger de la menace terroriste, mais le problème est que le « *mythe d'une sécurité totale* »⁴⁵ a justifié le passage d'une obligation, certes positive, de protéger le droit à la vie, à une obligation que l'on pourrait presque qualifier d'obligation de résultat ; les Etats étant prêts à mettre de côté les droits fondamentaux pour assurer, en pratique, la sécurité. Or, s'il ne s'agit pas ici de relativiser l'importance du droit à la vie, il est essentiel de comprendre que les droits de l'Homme, n'étant pas absolus, mis à part la dignité et l'interdiction de la torture qui en découle, toute application de l'un d'entre eux requiert une conciliation préalable.

L'idée, communément admise et résumée par Jon MORAN, selon laquelle « *la sécurité nationale et les droits de l'Homme sont dans une situation de compromis : que la sécurité nationale ne peut être augmentée que par une réduction des droits, ou que la protection des droits rend l'Etat moins à même de défendre la sécurité de ses citoyens* »⁴⁶ est donc construite sur un postulat erroné, puisqu'en réalité, il ne s'agit pas d'un rapport dichotomique, mais d'interdépendance. C'est en ce sens que Montesquieu affirmait que « *la liberté politique consiste dans la sûreté ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté* »⁴⁷. La sécurité est une condition de la liberté et la sécurité sans liberté paraît inconcevable. Il ne s'agit donc pas d'un compromis, mais d'une harmonisation, à travers un rapport de proportionnalité.

Liberté et sécurité ne peuvent dès lors en aucun cas se situer dans un rapport d'opposition, et cette affirmation ne peut être relativisée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme dans la mesure où « *lutte*

⁴¹ A. MASFERRER, « The fragility of fundamental rights in the origins of modern constitutionalism : its negative impact in protecting human rights in the 'war on terror' area », in A. MASFERRER, C. WALKER, éd., *Counter terrorism, Human Rights, and the Rule of Law : crossing legal boundaries in defence of the State* », Edward Elgar, 2013, pp. 37-60.

⁴² Le salut du peuple est la loi suprême.

⁴³ G. AGAMENON, « Sécurité contre liberté », in « Vous avez dit terrorisme », *Manière de voir, Le monde Diplomatique*, n°140, avril-mai 2015, p. 95.

⁴⁴ CourEDH *Osman c/ Royaume-Uni*, 1998, n° 87/1997/871/1083, § 115.

⁴⁵ C. CAMUS., *op. cit.*, p. 137

⁴⁶ J. MORAN « Myths and misunderstandings about security, rights and liberty in the United-Kingdom », in A. MASFERRER, C. WALKER, *op. cit.*, p. 61 : « *Idea that national security and human rights are in a 'trade-off' situation : that national security can only be increased by a reduction in rights, or that protecting rights makes the state less able to defend citizens' security* »,

⁴⁷ MONTESQUIEU *De l'esprit des lois*, livre XII, chap. II.

contre le terrorisme et respect des droits de l'homme sont non seulement compatibles mais que le second est une condition de l'acceptabilité et de l'efficacité de la première »⁴⁸. On ne peut en effet concevoir que l'Etat fasse le jeu des terroristes en abandonnant les valeurs qu'il reconnaît comme constitutives de l'Etat de droit pour protéger sa population. Cela reviendrait à se placer sur le même terrain que ceux qui le menacent, et par la même à achever la construction d'un monde sans sécurité. Il est donc essentiel de ne pas se laisser emporter par la tentation d'une société sécuritaire et liberticide, pour les objectifs de la lutte elle-même. Comme l'affirme Aharon BARAK⁴⁹, « ce n'est donc pas uniquement une guerre de l'Etat contre ses ennemis, c'est aussi la guerre du Droit contre ses ennemis », l'ennemi étant ici la dérive sécuritaire. Le conflit superficiel entre sécurité et liberté doit donc être dépassé, et leur rapport rationalisé.

Ce dépassement du dilemme peut être illustré par la sagesse de la CourEDH, qui, intégrant dans une même analyse le besoin de sécurité et la nécessaire préservation des droits et libertés, a affirmé avec force l'interdiction absolue de la torture, déclarant que « *la Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime* »⁵⁰ ; et ce malgré la relativisation souhaitée par les gouvernements, notamment par le gouvernement britannique avant les élections générales de 2010⁵¹.

Ce tableau nous a permis d'exposer les nombreux défis auxquels l'Etat et la démocratie sont confrontés dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Il va désormais s'agir de se demander quel impact ces derniers ont sur le rôle du juge, quelle influence à la manière dont est appréhendée la lutte contre le terrorisme par les autres pouvoirs sur le juge. Comment peut s'orienter son action afin d'assurer, dans ce cadre si particulier, la protection de l'Etat de droit, illustrée ici à travers la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ? Dans quelle mesure et de quelle manière peut-il assurer son devoir de protection des libertés face à un tel contexte sécuritaire auquel, en outre, l'opinion publique adhère ? Quel rôle le juge constitutionnel, confronté à des problématiques inédites, mettant en cause la manière dont est effectué son contrôle, mais aussi sa légitimité même, peut adopter afin de maintenir la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'Etat de droit ? En admettant que « *parfois une démocratie doit se défendre avec l'une de ses*

⁴⁸ H. MOCK, « « Guerre » contre le terrorisme et droits de l'Homme : réflexions à propos du rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) intitulé « l'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité », *RTDH*, 2006, p. 24.

⁴⁹ A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vue par un juge : le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006/2, n°66, p. 295.

⁵⁰ *Chahal c/ Royaume-Uni*, 1996, n° 22414/93, §79.

⁵¹ Discours prononcé par Charles CLARKE, ministre de l'Intérieur britannique, devant l'assemblée plénière du Parlement européen le 7 sept. 2005 : « *le droit à être protégé contre la torture et les mauvais traitements doit être considéré conjointement avec le droit à être protégé contre la mort et la destruction engendrées par un terrorisme aveugle (...) je pense que [les citoyens] attendent de nous non seulement la protection des libertés individuelles, mais également la protection des valeurs démocratiques telles que la sécurité et la sûreté garanties par la loi* ».

mains liées dans le dos»⁵² ; il s'agit finalement de se demander quelle est la contribution du juge à cette défense face au phénomène terroriste.

Nous examinerons donc la situation atypique à laquelle le juge se trouve confronté, caractérisée par un certain désarroi des autorités publiques face au phénomène terroriste, afin de comprendre le rôle qu'il peut adopter vis à vis des tentatives de réponse législatives et au chamboulement de l'ordre juridique qui en découle (Partie 1), puis nous nous efforcerons de démontrer que celui-ci, malgré un contexte de relativisation des libertés qui lui est défavorable, parvient à conserver un contrôle, et par la même, maintient les fragiles limites de l'Etat de droit (Partie 2).

⁵² Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, 5100/94 *Pub. Comm. Against Torture in Israel v. Government of Israel* 53 (4), PD 817, 845 ; cité par A. BARAK, art. cit.

PARTIE 1 : Le juge confronté à un ordre juridique fragilisé par les défis posés par la lutte contre le terrorisme

Le terrorisme a un impact conséquent sur le fonctionnement de l'ordre juridique ; ce qui *in fine* modifie la conception du rôle du juge constitutionnel. Les difficultés rencontrées par le système normatif et l'ensemble de ses acteurs dans leurs tentatives de concevoir, saisir, caractériser et combattre ce phénomène ont donné naissance à un ensemble législatif hors norme et largement dérogoire, ce qui met effectivement son contrôle en difficulté (Titre 1). Le cadre terroriste engendre en outre une mutation de son rôle, dans la mesure où les difficultés liées à ce contexte particulier se répercutent sur l'organisation même de l'ordre juridique, et sur la répartition des fonctions en son sein. (Titre 2).

Titre 1. La difficile appréhension par le droit du phénomène terroriste

S'est construit au fil du temps, en France comme au Royaume-Uni un dispositif antiterroriste important, pourtant fondé sur une définition insatisfaisante (Chapitre 1), ce qui a pour conséquence une certaine relativisation des principes directeurs du droit pénal et met donc en difficulté le contrôle juridictionnel (Chapitre 2).

Chapitre 1. Un dispositif de lutte contre le terrorisme construit sur des bases fragiles

Les objectifs de la lutte contre le terrorisme ont rendu nécessaire l'élaboration d'un lourd dispositif législatif, malgré l'incertitude liée au fait terroriste lui-même (I). La réponse à ce problème insoluble a donc été celle d'une définition binaire, fondée à la fois sur les méthodes et les buts, qui est critiquable à bien des égards (II).

I. Un arsenal législatif conséquent réprimant un phénomène insaisissable

Un lourd arsenal législatif antiterroriste a progressivement été mis en place par les Etats européens (A) tandis que le fait terroriste est, en lui-même, polymorphe et évolutif, et donc incertain (B).

A. *Un puissant arsenal législatif de lutte contre le terrorisme*

Les Etats européens ont voulu se démarquer par rapport à la réaction américaine, et donc ont refusé de créer un régime d'exception, ainsi que d'employer la terminologie guerrière alors utilisée aux Etats-Unis, avant d'être abandonnée en 2009 par l'administration Obama. Les articles 16 (pouvoirs exceptionnels du Président de la République en temps de crise), 35 (déclaration de guerre) ou 36 (état de siège) de la Constitution française sont donc, en l'état actuel des choses, inapplicables au contexte terroriste.

Les Etats européens ont donc fait le choix d'une réponse judiciaire, et non d'un droit pénal d'exception, mais ce régime est nécessairement dérogatoire dans certains de ses aspects. La question de la composition de la juridiction de jugement des actes terroristes en France est, à cet égard, très révélatrice. En 1981, en effet, peu après son élection, Mitterrand a fait le choix d'abolir la Cour de sûreté de l'Etat, compétente en matière terroriste, afin de permettre une procédure plus équitable. Les terroristes étaient alors jugés devant une juridiction composée exactement comme celle jugeant n'importe quelle infraction de la même catégorie. Puis, en 1986⁵³, une cour d'assise spéciale est créée pour les crimes terroristes et délits connexes, de laquelle le jury populaire est exclu. Si les garanties procédurales sont bien sur incomparables avec celles existantes à l'époque de la Cour de sûreté de l'Etat, devant laquelle ne se tenait pas de débat contradictoire et dont les décisions étaient insusceptibles de recours, cela illustre toutefois la difficulté de « résister à la tentation de créer un droit d'exception »⁵⁴.

Le rapide exposé des mesures attentatoires à la liberté individuelle ou à la liberté d'aller et venir en matière de lutte contre le terrorisme, à commencer par, en France, la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat⁵⁵ et, pour le Royaume-Uni, le *Terrorism Act* du 20 juillet 2000, démontre également l'existence de cette tension entre droit commun et droit d'exception. Ces lois servent en effet de fondement à l'ensemble des dispositifs qui ont suivi⁵⁶.

Parmi les mesures dérogatoires les plus controversées, figure notamment l'allongement de la durée de la garde-à-vue en matière terroriste. Elle a été étendue en France jusqu'à 4 jours en 2004⁵⁷, avec une possibilité de prolongation jusqu'à 6 jours⁵⁸. Au Royaume-Uni, le *Terrorism Act* de 2000 disposait que la garde à vue pouvait durer jusqu'à 7 jours en matière terroriste, ce délai a été étendu à 14 jours par le *Criminal Justice Act* de 2003. En 2006, le gouvernement Blair a souhaité le voir passer à 90 jours, ce que le Parlement a refusé, la durée maximale a donc été étendue à 28 jours par le *Terrorism Act 2006*, puis a été ramenée à 14 jours par le *Protection of Freedoms Act* de 2012. La détention provisoire a aussi fait l'objet de critiques en France dans la mesure où elle peut durer jusqu'à 2 ans en matière de délits terroristes, et jusqu'à 4 ans en matière criminelle. Ces mesures nous permettent d'ores et déjà de constater le caractère fortement dérogatoire du régime antiterroriste.

La mesure la plus controversée a sûrement été la section 23 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* du 14 décembre 2001 permettant la détention, pour une durée indéterminée et sans inculpations, d'étrangers suspectés de terrorisme. Cette disposition avait nécessité une dérogation à l'article 5(1) de la CESDH protégeant le droit à la liberté et à la sûreté, sur le fondement de l'art 15 de la CESDH. Elle a été renouvelée en 2003 et 2004, avant que la Chambre des Lords ne la déclare incompatible avec le droit de

⁵³ Loi n° 86-1322 du 30 décembre 1986

⁵⁴ G. PICCA, R. SCHMELCK, art. cit., p. 60.

⁵⁵ La loi du 9 septembre 1986 définit le terrorisme à l'article 706-16 du Code de procédure pénale, et crée donc une procédure dérogatoire pour le terrorisme. Ce n'est toutefois qu'en 1994, que l'infraction devient autonome, et que la définition apparaît à l'article 421-1 du Code pénal.

⁵⁶ A la différence notamment de l'Espagne ou du Chili, la lutte contre le terrorisme n'est pas inscrite dans la Constitution française et passe donc, comme au Royaume-Uni, par la norme législative.

⁵⁷ Article 706-488 du Code de procédure pénale, créé par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II.

⁵⁸ Article 706-88-1 du Code de procédure pénale, créé par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

la CESDH⁵⁹. Suite à cette déclaration d'incompatibilité, le Parlement a remplacé ce dispositif en 2005 par les mesures de contrôle du *Prevention of Terrorism Act*, qui pouvaient être appliquées par le ministre de l'Intérieur lorsqu'il a des raisons suffisantes de penser que toute personne, un étranger comme un citoyen britannique, est ou a été impliquée dans une activité liée au terrorisme. Ces dispositifs, particulièrement attentatoires à la liberté individuelle et à la liberté d'aller et venir, ont en 2011 été remplacés par les mesures de prévention et d'enquête en matière terroriste⁶⁰, un peu moins restrictifs que les mesures de contrôle. Ce caractère plus souple a toutefois été relativisé avec le *Counter-Terrorism and Security Act* 2015 qui réinstalle notamment la possibilité de relocaliser l'individu.

En France, si aucune possibilité de ce type n'existe pour les citoyens français, un étranger ayant fait l'objet d'une mesure d'expulsion en vertu des articles L521-1 à L521-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) en cas de comportement lié à des activités terroristes étant dans l'impossibilité de quitter le territoire⁶¹, peut se voir assigner à résidence en vertu de l'article L523-3 du CESEDA. En outre, depuis 2014, l'étranger astreint à résidence qui a été condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme ou à l'encontre duquel un arrêté d'expulsion a été prononcé pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste peut se voir interdire de se trouver en relation avec des personnes ayant des comportements liés à des activités terroristes⁶².

Par ailleurs, la loi du 13 novembre 2014 modifie le Code de la sécurité intérieure pour y insérer un chapitre IV relatif à l'interdiction administrative de sortie du territoire. Tout Français peut désormais faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire d'une durée maximale de 6 mois lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ou sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour en France. De même, le *Counter-Terrorism and Security Act* 2015 permet de saisir et de conserver les documents de voyage d'une personne suspectée de vouloir quitter le territoire en relation avec des activités liées au terrorisme. Le régime mis en place pour lutter contre le terrorisme voit donc son caractère dérogatoire renforcé, et est de plus en plus attentatoire à la liberté d'aller et venir.

La loi du 13 novembre 2014 permet également au ministre de l'Intérieur de prononcer une interdiction administrative d'entrée sur le territoire français à l'encontre de tout ressortissant étranger ne résidant pas habituellement en France et ne se trouvant pas sur le territoire national. Les interdictions d'entrée sur le territoire existent également au Royaume-Uni et sont d'autant plus sévères qu'elles peuvent concerner un citoyen britannique. Le *Counter-Terrorism and Security Act* 2015 a en effet mis en place des ordonnances d'exclusion temporaire des individus ayant le droit de résidence si le ministre de l'Intérieur suspecte raisonnablement que l'individu est ou a été impliqué dans des activités liées au terrorisme en dehors du

⁵⁹ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56.

⁶⁰ *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act, 2011*

⁶¹ Pour toutes raisons, notamment lorsqu'il existe des « motifs sérieux et avérés de croire à l'existence de risques réels que l'expulsé soit soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans le pays de destination » (CourEDH Grde. Ch., *Chahal c. Royaume-Uni*, 1996, n° 22414/93.)

⁶² Article L563-1 du CESEDA, inséré par la loi 2014-1353 du 13 novembre 2014

Royaume-Uni et s'il considère que cette mesure est nécessaire pour protéger les membres du public d'un risque terroriste.

Une contestation importante s'est également élevée contre la loi du 13 novembre 2014 du fait de l'introduction dans le Code pénal⁶³ de l'incrimination de l'entreprise terroriste individuelle, qui existait déjà en droit britannique. Il ne s'agissait pas de nier qu'un individu agissant seul puisse causer des dommages équivalents à ceux causés par un groupe de personnes, mais plutôt de questionner le besoin de l'inscrire dans un régime spécifique.

Les deux Etats ont par ailleurs étendu leur compétence juridictionnelle en cas d'infraction de nature terroriste commise à l'étranger⁶⁴.

Cet exposé nous permet de voir que, si le droit britannique apparaît plus restrictif, les deux systèmes comprennent de nombreuses mesures similaires, qui constituent un grave danger pour la sauvegarde des libertés. Ils sont en effet soumis à une influence commune, du fait des organisations régionales dont ils sont membres, mais ils sont aussi et surtout confrontés à la même situation délicate, face à laquelle l'Etat apparaît démuni. Il s'agit en effet, comme le montre Michel ROSENFELD, d'une « période de stress » qui n'est ni une « période ordinaire » ni une « période de crise »⁶⁵. La menace n'est pas celle d'une invasion militaire, et les Etats européens n'ont donc pas fait le choix d'y répondre par un régime d'exception, mais la société est fortement déstabilisée, et le cadre de la réponse juridique est alors brouillé. Comme l'affirme Colombe CAMUS, « de droit commun, le régime juridique applicable aux suspects terroristes n'en demeure pas moins dérogatoire et sévère »⁶⁶.

B. Une incertitude inhérente à la notion de terrorisme

Si on croit pouvoir aisément comprendre, quasi instinctivement, le sens donné à la qualification de terrorisme, et si le terme est constamment employé par les politiques et par la presse, il faut en réalité prendre la mesure de ses diverses implications, et de l'opacité de sa caractérisation.

Il s'agit en effet d'un phénomène inconstant, presque impalpable, qui utilise des méthodes diverses, et dont les motivations sont hétéroclites. Diverses organisations, telles qu'Al Qaïda ou l'état islamique, le Hamas, l'IRA, l'ETA, la Résistance française pendant la Seconde Guerre Mondiale, ou Action directe, ont été qualifiés de terroristes au cours du siècle dernier, alors même qu'on ne peut nier l'existence de différences fondamentales entre ces groupes. Le problème principal est alors celui du relativisme nécessairement présent dans l'entreprise de qualification d'un acte ou d'une organisation de terroriste.

Le terrorisme est un phénomène ancien, et sa dimension internationale, si elle est plus récente, n'est toutefois pas apparue avec les événements du 11 septembre 2001. Déjà en 1979, dans son rapport annuel

⁶³ À l'article 421-2-6

⁶⁴ Au Royaume-Uni, par le *Counter-Terrorism Act* 2008 et par la loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme en France.

⁶⁵ M. ROSENFELD, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in DELMAS-MARTY M., LAURENS H., dir., *Terrorismes, histoire et droit*, CNRS éd., 2010, p. 222.

⁶⁶ CAMUS C. *op. cit.*, p. 130.

sur le terrorisme dans le monde, la CIA recensait 353 actes de terrorismes internationaux⁶⁷. Les années 70 voient en effet se succéder, entre autres, les détournements d'avion en Jordanie, le premier attentat-suicide en Israël, et les attentats des JO de Munich.

Initialement, ces actes étaient réprimés par le biais d'infractions particulières, focalisées sur les méthodes employées. C'étaient notamment le cas des conventions onusiennes, qui visaient des activités déterminées, notamment la Convention de Tokyo de 1963 réprimant les actes de violence contre des aéronefs, ou la Convention de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, qui fait mention explicite du terrorisme pour la première fois, ou encore la Convention contre la prise d'otages de 1979. En France, également, sont créées en 1970 et 1971 les infractions de détournement d'aéronefs et de prise d'otage. Ce choix de mettre en avant la méthode employée illustre déjà les difficultés de l'appréhension du fait terroriste.

La France et le Royaume-Uni ont pour leur part été touchés très tôt par des actes de nature terroriste. Le Royaume-Uni, dès 1919, voit naître l'*Irish Republican Army* (IRA) dans le contexte de la guerre civile d'indépendance en Irlande. Cette dernière, ou plus précisément d'une de ses fractions (l'IRA « provisoire ») reprendra ses actions, interrompues pendant quelques années, d'une manière d'autant plus violente dans les années 70. Le phénomène terroriste est alors issu d'un contexte bien particulier, très lié à l'histoire nationale. De même, en France, l'histoire contemporaine du terrorisme naît avec les revendications nationalistes, et s'inscrit donc très clairement dans le cadre national.

S'il ne s'agit alors pas d'un phénomène nouveau, il s'est depuis considérablement globalisé jusqu'à changer de nature. Cette évolution du terrorisme est en grande partie due à l'implantation en réseau des organisations, leur caractère international, et l'usage de la propagande par ces groupes. Il s'agit donc aujourd'hui d'un terrorisme de masse, auquel se rajoute le problème de la radicalisation. Comme le note Mireille DELMAS-MARTY, le terrorisme est « *entré depuis le 11 septembre 2001 dans un nouvel âge : sans racines territoriales définies, sans origines identifiables, sans structure hiérarchisées, il utilise les moyens les plus variés pour frapper, de façon aléatoire et indiscriminée, des cibles indéfinies et diversifiées* ».

Les motivations des terroristes actuels ont considérablement évoluées, se sont diversifiées, et les dispositifs de lutte ont du suivre cette évolution. Les mesures de lutte contre le terrorisme sont en effet relativement anciennes, le premier texte antiterroriste britannique datant de 1939 (*Prevention of Terrorism Act*⁶⁸), et le droit français s'étant saisi explicitement de la question en 1986.

Les définitions posées par le *Terrorism Act* de 2000 et par la loi de 1986 ont un problème fondamental commun, celui de leur étendue, qui est la conséquence directe de leur structure. Cette portée excessive a fait l'objet de nombreuses critiques, particulièrement vives au Royaume-Uni. La Cour suprême elle-même, dans une décision du 23 octobre 2013, par un *obiter dictum* remarqué, a exprimé son « *inquiétude quant à la large portée de la définition du « terrorisme »* »⁶⁹. Or, tout un arsenal législatif est construit, basé sur le regrettable constat selon lequel le terrorisme est bien trop polymorphe et changeant pour le

⁶⁷ Rapport cité par G. PICCA, R. SCHMELCK, art. cit., p. 55.

⁶⁸ Aboli en 1953 puis réintroduit en 1974

⁶⁹ *R. v Gul*, [2013] UKSC 64 §61 « *We revert to the concern about the width of the definition of 'terrorism'* ».

définir juridiquement de manière infaillible. Il semble pourtant que « *la lutte contre l'inhumain implique de définir l'inhumain* »⁷⁰.

II. Une définition binaire insatisfaisante

L'impossibilité de saisir le phénomène terroriste se traduit par une définition dont la portée est extrêmement large. Cette ampleur est en réalité la conséquence de la structure de la définition, composée de deux éléments cumulatifs, l'un matériel et l'autre intentionnel. Le législateur français procède de cette manière depuis 1986, et c'est également le choix fait par le législateur britannique, bien que le contenu soit différent. La définition posée par la section 1 du *Terrorism Act* de 2000 liste en effet plusieurs éléments matériels, et comporte un élément finaliste, qui se divise en deux branches. La définition de la décision cadre du Conseil de l'UE relative à la lutte contre le terrorisme du 13 juin 2002⁷¹ reprend cette même structure.

La nature de ce premier élément, ainsi que l'extension du champ du régime anti-terroriste, entraîne une certaine banalisation du système répressif lié à l'urgence (A), tandis que le second pose de manière vigoureuse la question des limites d'une incrimination fondée de manière prépondérante sur un élément idéologique (B).

A. *La banalisation de l'urgence à travers l'élément matériel*

L'élément matériel en France se compose d'une série de sept éléments alternatifs : l'atteinte à la vie et à l'intégrité de la personne ainsi que le détournement de moyens de transports ; le vol, l'extorsion, la destruction, la dégradation de biens ainsi que les infractions informatiques ; les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous ; les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires ; le recel du produit de l'une de ces infractions ; les infractions de blanchiment ; les délits d'initiés. La section 1 (2) du *Terrorism Act*, liste pour sa part cinq éléments : la violence contre une personne ; les dommages à la propriété ; la mise en danger de la vie d'autrui ; la création d'un risque sérieux pour la santé ou la sécurité de la population ou d'une section de celle-ci ; la volonté de compromettre un système électronique ou de perturber sérieusement son fonctionnement. Si ces incriminations se recoupent, la méthode est, elle, bien différente, conformément aux traditions juridiques respectives des deux systèmes. Le législateur français a en effet procédé par renvoi, en définissant de manière très précise les infractions de droit commun qui pouvaient être constitutives de terrorisme lorsque commise dans un « but terroriste », tandis que le Parlement britannique a énuméré de très larges catégories d'infractions.

Les actes pouvant rentrer dans ce cadre sont donc plus nombreux au Royaume-Uni. Cela est renforcé par le fait que l'un des éléments alternatifs prévus, la création d'un risque sérieux pour la santé ou la

⁷⁰ F. MARCHADIER, « Le terrorisme et le droit », art. cit. p. 727.

⁷¹ 2002/475/JAI

sécurité de la population ou d'une partie de celle ci⁷², comporte un important aspect subjectif, ce qui contribue au caractère incertain de la définition.

Ce problème relatif à la large portée de la définition se pose peut être avec plus de force dans le système britannique qu'en France, mais un autre problème s'ajoute dans le cadre français, qui trouve sa cause dans la méthode du renvoi. Le fait d'opérer un renvoi vers d'autres dispositions entraîne en effet nécessairement des lacunes. Des infractions qui pourraient être constitutives de terrorisme ne figurent pas dans la définition, et seront rajoutées ultérieurement, alors même que certaines infractions y figurant peuvent sembler peu opportunes. C'est en ce sens que Karine ROUDIER parle de « *vision parcellaire* »⁷³. La construction manque en effet de cohérence, la définition étant complétée de manière casuistique. Cela peut notamment être illustré par la volonté du législateur d'introduire le délit d'aide à l'entrée ou au séjour d'étrangers, ce que le Conseil constitutionnel a censuré⁷⁴.

La définition pose alors deux risques, du fait de cette méthode : celui d'oublier un cas et celui de l'application extensive du régime anti-terroriste. Ce second danger peut être illustré, comme le fait Philippe CHAUDON⁷⁵, par la mise en examen en novembre 2008 pour « association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste » d'auteurs d'actes de sabotage des lignes SNCF.

Cet élément matériel, consistant à rattacher le terrorisme à des infractions de droit commun participe nettement à la banalisation de l'exception, dans la mesure où le basculement dans le champ terroriste se fait par la seule finalité de l'acte, et non par sa nature propre. Cette banalisation est en outre renforcée par l'extension du régime dérogatoire, notamment à la criminalité organisée⁷⁶. Le terrorisme s'inscrit donc dans un groupe plus large d'infraction ; ce qui contribue également à la « *dilution du concept de terrorisme* »⁷⁷.

Cet élément matériel ne peut, à lui seul, déclencher l'application du régime anti-terroriste ; il faut en outre que l'élément finaliste soit rempli. Si le Conseil constitutionnel insiste sur l'importance de ce cumul⁷⁸, il faut voir que c'est en réalité l'élément intentionnel qui est déterminant, puisque c'est sa présence qui, en dernier lieu, détermine si l'infraction rentre dans le domaine du terrorisme.

⁷² Section 1 (2) (d)

⁷³ K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation anti-terroriste : étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, coll. Thèses, 2012, p. 308.

⁷⁴ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*.

⁷⁵ J-L GILLET, P. CHAUDON, W. MASTOR, « Terrorisme et liberté », *Constitutions*, n°3, 2012, p. 407.

⁷⁶ Cela peut être illustré par l'extension de la durée de la garde-à-vue à 96 heures par la Loi Perben II à plusieurs infractions, dont le terrorisme. On constate aussi cette extension à travers les mesures d'expulsion et d'interdiction d'entrée sur le territoire, applicables en cas « *d'atteintes aux intérêts fondamentaux de l'Etat* » ; entre autres en cas de comportement liés à une entreprise terroriste.

⁷⁷ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 309.

⁷⁸ Décision n° 86-213 DC du 3 sept. 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat*, cons. 5.

B. La prise en compte problématique de l'idéologie par l'élément finaliste

L'élément déterminant de la caractérisation de terrorisme est en réalité l'élément finaliste, le but poursuivi, puisque, comme le montre Jean-Claude PAYE, « *les infractions concrètes ne constituent que le cadre dans lequel peut s'exercer cette spécification* »⁷⁹.

En France, pour constituer des actes de terrorisme, les infractions énumérées par l'article 421-1 du Code pénal doivent être « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». Cette rédaction est intéressante dans la mesure où c'est la première fois que sont introduites les notions d'intimidation ou de terreur dans un texte répressif. C'est alors l'effet psychologique sur les victimes qui permet de qualifier l'infraction de terroriste, ce qui contribue nettement au brouillage de la notion.

Selon l'article premier de la décision cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, les infractions visées sont considérées comme terroristes lorsqu'elles sont commises dans le but de « *gravement intimider une population ou contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale* ». Ce texte est le premier, au niveau international, à faire appel au but idéologique du terrorisme. On peut en effet considérer, à la suite de Constance GREWE et Renée KOERING-JOULIN⁸⁰, que cela est sous-entendu par la troisième alternative. Il semble donc que le Conseil de l'UE ait choisi d'introduire une notion très proche de la définition britannique, bien que moins explicite.

La section première du *Terrorism Act* de 2000 pose elle deux éléments distincts et cumulatifs ; l'un concernant le but recherché, qui se compose de deux conditions alternatives « *exercer une pression sur le gouvernement ou une organisation internationale ou intimider la population ou une partie de la population* » (section 1 (1)(b)), et l'autre, concernant la cause servant de justification à l'acte, qui peut être de nature politique, religieuse, raciale ou idéologique (section 1 (1) (c))⁸¹. Si ce second élément a le mérite de restaurer l'élément idéologique, souvent mis de côté par les définitions juridiques, et permet donc de « *regarder en face la réalité d'un comportement* »⁸², la portée qui lui est accordée est problématique, du fait de son caractère large et nécessairement subjectif.

Cette portée est en outre renforcée par le fait qu'en vertu de la section 1 (3) du *Terrorism Act*, si l'action ou la menace de commettre les actes énumérés dans la section 1 (2), implique l'usage d'armes à feu ou d'explosifs, la condition de la section 1 (1)(b) n'est pas requise et la seule présence d'une motivation politique, religieuse, raciale ou idéologique suffit. Or, comme le note David ANDERSON, examinateur indépendant de la législation relative au terrorisme, tout meurtre perpétré à l'aide d'une arme

⁷⁹ « Lutte antiterroriste : la fin de l'Etat de droit », *RTDH*, 2004, p. 67.

⁸⁰ « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, vol. 2, 2004, p. 898.

⁸¹ « *the use or threat is designed to influence the government or an international governmental organisation or to intimidate the public or a section of the public, and the use or threat is made for the purpose of advancing a political, religious, racial or ideological cause.* »

⁸² C. GREWE, R. KOERING-JOULIN « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », *op. cit.*, p. 899.

à feux ou d'explosifs, même fondé sur une cause idéologique ne relève pas du terrorisme. Cet allègement des conditions requises pour apposer la qualification d'acte terroriste, fondée sur l'instrument utilisé, ne semble donc pas pertinente⁸³.

En toutes hypothèses, l'élément finaliste peut faire rentrer dans son champ des actions étrangères au terrorisme. S'il permet effectivement de distinguer l'acte terroriste du crime de droit commun, subsiste un autre problème, celui de la frontière entre crime politique et terrorisme. Cette question se pose d'ailleurs également en France puisqu'un crime politique est bien souvent commis par le biais d'une « *entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ».

Au cours du siècle dernier, dans « *l'Europe du XIXe siècle, où la lutte des délinquants politiques contre des régimes autoritaires incarnait une force de rénovation démocratique* »⁸⁴, les infractions commises dans un but politique étaient souvent particularisées pour les traiter avec plus de bienveillance, du fait de leurs motivations « *désintéressées* »⁸⁵. On le voit parfaitement au travers de ces définitions, le rapport s'est aujourd'hui inversé. Il semble toutefois impératif d'exclure les contestations politiques, notamment liées à des mouvements de libération nationale, mais aussi, à un moindre niveau, les simples mouvements sociaux, de ce régime particulièrement sévère. Or comme l'affirme Marc VERDUSSEN, il existe, en l'état actuel des choses, un risque important de « *soumettre à des mesures anti-terroristes des comportements qui relèvent d'avantage de la contestation ou de la militance politique* »⁸⁶.

Les termes employés par la définition de la décision cadre du 13 juin 2002, et particulièrement la préposition « *gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays* » permettent en effet d'inclure dans la définition du terrorisme, et donc de réprimer, les mouvements de contestation sociale. C'est d'ailleurs l'argument qu'utilisait Margaret Thatcher dans les années 1980 afin de justifier l'application de la loi antiterroriste à la grève des mineurs⁸⁷. La précision apportée par le considérant 10 de la décision cadre du 13 juin 2002⁸⁸ prouve par ailleurs l'existence de ce risque de l'application d'un régime répressif aux mouvements sociaux.

L'examineur indépendant de la législation antiterroriste⁸⁹ a également pointé ce problème du doigt, relativement à la large portée du terme « *influencer* », présent dans la section 1 (1)(b) du *Terrorism Act 2000*⁹⁰. Les manifestations et grèves voient en effet leur existence même justifiée par la volonté d'exercer

⁸³ « The terrorism acts in 2013 : report of the independent reviewer on the operation of the Terrorism Act 2000 and Part 1 of the Terrorism Act 2006 », juill. 2014, pp. 88-90.

⁸⁴ PICCA Georges, SCHMELCK Robert, art. cit., p. 54

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Débat entre J-J URVOAS, D. BENICHOU, M. VERDUSSEN, animé par C. CERDA-GUZMAN, « La lutte contre le terrorisme », *Constitutions*, mai 2015, n°1 p. 26.

⁸⁷ J-C. PAYE, « Lutte anti-terroriste : la fin de l'Etat de droit », *RTDH*, 2004, p. 63.

⁸⁸ « Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales telles que le droit de grève, la liberté de réunion, d'association ou d'expression, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache »

⁸⁹ L'examineur indépendant de la législation terroriste est un organe indépendant du Parlement et du gouvernement, ayant accès aux documents classés, et chargé de rédiger des rapports relatifs à l'application des lois anti-terroristes et de présenter des recommandations. Ces rapports sont ensuite déposés devant le Parlement afin d'informer le public et de nourrir les débats politiques.

⁹⁰ D. ANDERSON QC, « The terrorism acts in 2013 », juill. 2014, pp. 86-88.

une influence sur le gouvernement. David ANDERSON propose donc que le terme soit remplacé par « *contraindre, forcer ou porter atteinte* »⁹¹.

La frontière entre terrorisme et mouvements de libération nationale apparaît encore plus opaque. La question étant nécessairement subjective, les législateurs ont souhaité éviter de fixer une frontière⁹², préférant laisser l'exécutif, et en dernier lieu, le juge, apprécier au cas par cas. La portée extrêmement large de la définition laisse toutefois peu de marge au juge. C'est ainsi que, lorsque la Cour Suprême du Royaume-Uni a été confrontée à la question de savoir si la définition du terrorisme inclut toute attaque militaire par un groupe armé non étatique contre les forces armées d'un Etat ou d'une organisation internationale, dans le contexte d'un conflit armé non international⁹³, elle ne pouvait que difficilement répondre négativement. Son raisonnement s'est fondé sur la largeur de la définition ainsi que l'absence de justification pour que la Cour restreigne sa portée « *ce qui est frappant à propos de la formulation de la section 1, dans son ensemble, est son étendue (...) la législation n'exempte pas, ni n'instaure d'exception, ni ne crée de motif de défense, ni ne disculpe ce que certains décriraient comme du terrorisme pour une juste cause. Un tel concept est étranger à la loi de 2000* »⁹⁴.

Cela nous permet de voir que si la présence de l'élément finaliste a le mérite de réduire le risque de la banalisation du terrorisme, en portant attention à l'intention de l'auteur, un autre problème s'ajoute, celui de l'indétermination et du caractère psychologique, et donc subjectif, du facteur qui, en dernier lieu, détermine l'application du régime antiterroriste.

Cela est d'autant plus grave que ce régime est dérogoire, et particulièrement restrictif des libertés. La largeur de la définition laisse donc la place à une utilisation détournée des pouvoirs, ce qu'illustre notamment l'affaire *Miranda*, les pouvoirs spéciaux de police en matière terroriste ayant en l'espèce été utilisés dans une affaire relevant clairement de l'espionnage⁹⁵. Or, comme l'affirment Manuel CANCIO MELIA et Anneke PETZSCHE « *Sans définition satisfaisante du terrorisme, nous mettons en danger la certitude constitutionnelle que nos sociétés libres requièrent pour fonctionner* »⁹⁶. L'échec lié à la définition du terrorisme se répercute en effet nécessairement sur le régime qui en découle, son application, et *in fine* sur son contrôle par le juge.

⁹¹ *Ibid.*, p. 87 « *compel, coerce or undermine* »

⁹² À la différence notamment du Canada ou de l'Afrique du sud.

⁹³ *R v Gul* [2013] UKSC 64. Le requérant avait posté sur internet des vidéos de membres d'Al Qaïda attaquant les forces armées de la coalition, notamment en Irak et Afghanistan, accompagnées de commentaires acclamant le courage des attaquants, et encourageant à les rejoindre. Il avait été condamné pour diffusion de publications terroristes en vertu de la section 2 du *Terrorism Act* 2006 et arguait que l'usage de la force était justifié car il s'agissait de légitime défense et de résistance à l'invasion par des forces étrangères.

⁹⁴ *R v F* [2007] QB 960, § 27- 28 cité par Lord NEUBERGER et Lord JUDGE, in *R v Gul*, §26 : « *What is striking about the language of section 1, read as a whole, is its breadth. (...) the legislation does not exempt, nor make an exception, nor create a defence for, nor exculpate*

what some would describe as terrorism in a just cause. Such a concept is foreign to the 2000 Act. »

⁹⁵ Le journaliste, compagnon d'Edward Snowden, avait été arrêté, interrogé et détenu pendant neuf heures, en vertu de l'annexe n° 7 au *Terrorism Act*, alors qu'il a été admis dès le début des interrogatoires par les autorités qu'il n'était pas suspecté de terrorisme, mais d'espionnage. La High Court a considéré que le but de définir la nature des documents en sa possession et de pouvoir en neutraliser les effets s'ils s'avèrent dangereux justifiait l'usage des pouvoirs conférés par l'annexe n°7 (*David Miranda v Secretary of State for the Home Department* [2014] EWHC 255 (Admin)).

⁹⁶ M. CANCIO MELIA, A. PETZSCHE « *Terrorism as a criminal offence* » in MASFERRER Aniceto et WALKER Clive, *op. cit.*, p. 105 : « *Without a working definition of terrorism, we endanger the constitutional certainty which our free societies all require to function* ».

Chapitre 2. Une indétermination de la notion de terrorisme laissant une large place au pouvoir discrétionnaire

« Dans son ensemble, la catégorie de terrorisme est construite de la sorte que « ce sont les gouvernements qui désignent qui est terroriste et qui ne l'est pas »⁹⁷ »⁹⁸. Or, s'il est nécessaire de permettre d'adaptabilité des mécanismes de lutte, le fait de laisser une large place à la discrétion des autorités politiques apparaît particulièrement problématique dans le cadre du droit pénal. La confrontation de la logique de la lutte antiterroriste à la logique du droit pénal est donc conflictuelle (I), et met en difficulté le contrôle du juge quant à la légalité des infractions terroristes (II).

I. La confrontation de la législation anti-terroriste aux logiques du droit pénal

Les faiblesses de la définition entraînent nécessairement comme nous l'avons vu la méconnaissance, dans une certaine mesure, du principe de légalité des délits et des peines. Au delà, les objectifs de la lutte contre le terrorisme ont rendu nécessaire la mise en place d'un volet préventif, problématique à de nombreux égards. Cela a en effet entraîné une confusion entre dangerosité et culpabilité, et par la même entre répression et prévention (A). La volonté d'efficacité du dispositif antiterroriste a en outre conduit à un allègement des standards de preuve et donc à une certaine remise en cause de la présomption d'innocence ; des mesures fortement privatives de liberté pouvant alors être fondées sur de simples soupçons (B).

A. Une confusion au sein de la distinction entre prévention et répression

L'objectif de prévention des actes terroristes a donné lieu à une prise en compte jamais égalée de la dangerosité des individus, et à une autonomisation de cette notion de dangerosité par rapport à la peine. Ce glissement vers la place prééminente de la notion de dangerosité se constate très clairement, comme le note Mireille DELMAS-MARTY⁹⁹, à travers la loi française du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté¹⁰⁰. Cette mesure permet en effet de maintenir une personne condamnée en détention après l'exécution de sa peine, du fait de sa dangerosité. Si elle n'est aujourd'hui pas applicable aux individus condamnés pour des actes de terrorisme bien qu'une proposition de loi ait été déposée en ce sens¹⁰¹, cette notion de dangerosité revêt également, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, une importance

⁹⁷ D. HERMANT, D. BIGO, *Les politiques de lutte contre le terrorisme*, Fernando Reinales Editor, 2001, p. 74 ; cité par J-C PAYE, art. cit., p. 68.

⁹⁸ J-C. PAYE, art. cit., p. 68

⁹⁹ L'introduction de cette mesure constitue en effet le point de départ de son ouvrage *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, éd. du Seuil, févr. 2010.

¹⁰⁰ N° 2008-174

¹⁰¹ Proposition de loi n° 2573 visant à étendre la rétention de sûreté aux individus condamnés pour des faits de terrorisme, 11 février 2015.

considérable. Or, « *construit sur le couple culpabilité / peine, le droit pénal postule le libre arbitre, alors que le couple dangerosité / mesure de sûreté en est la négation* »¹⁰².

Au Royaume-Uni comme en France, cette confusion entre prévention et répression dans le cadre de la lutte contre le terrorisme a commencé par l'utilisation de poursuites criminelles dans un but de prévention. Ainsi, a été créée en 1996 en France l'infraction d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste¹⁰³, qui permet l'arrestation avant la commission d'actes terroristes à proprement parler. L'infraction de l'entreprise individuelle de préparation d'un acte terrorisme¹⁰⁴, créée par la loi du 13 novembre 2014, procède également de cette démarche. De même, le *Terrorism Act* de 2006 incrimine la préparation d'actes terroristes (s.5), ainsi que l'entraînement au terrorisme (s. 6), et même la présence dans un lieu utilisé pour des entraînements de nature terroriste (s. 8) ; ces infractions étant en outre très largement caractérisées.

Le brouillage de la distinction s'est également traduit d'une autre manière, par l'élaboration de mesures purement préventives, souvent administratives.

Au Royaume-Uni, avec l'adoption en urgence après le 11 septembre de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001, a été mise en place la possibilité de détenir pour une durée illimitée, sans inculpation, un étranger suspecté d'activités terroristes. Le ministre de l'Intérieur pouvait en réalité décider de la détention à des fins d'expulsion, et, lorsque l'expulsion était impossible, soit par le jeu de traités internationaux, soit pour toute autre raison, notamment le risque que la personne subisse des traitements inhumains et dégradants dans son pays d'origine¹⁰⁵, la détention pour une durée indéfinie était alors permise. Après que cette mesure ait été déclarée contraire à la CESDH par la Chambre des Lords, car disproportionnée et discriminatoire, dans sa décision de 2004, *A v Secretary of State for the Home Department*¹⁰⁶ ; le gouvernement a décidé d'en prendre acte et d'étendre le régime dérogatoire à l'ensemble de la population. Le *Prevention of Terrorism Act* de 2005 autorisait donc le ministre de l'Intérieur à prendre toute une série de mesures contrôles fortement attentatoires à la liberté, telles que des assignations à résidence ou des couvre-feux, lorsque l'individu est dangereux pour la sécurité nationale, mais que les éléments ne permettaient pas de poursuivre l'individu. Après les élections générales de 2010, ce dispositif a été remplacé par celui des mesures de prévention et d'enquête terroristes par le *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act* de 2011, renforcées par le *Counter-Terrorism and Security Act* de 2015. La qualification de ces mesures semble assez ambiguë car, si elles sont proches des mesures de contrôle par leur caractère préventif, le terme investigation a été ajoutée, ce qui laisse penser qu'elles pourraient permettre d'aboutir à des poursuites. C'est en outre ce qu'a affirmé le gouvernement lors de leur introduction¹⁰⁷. Or, comme le montre Helen FENWICK¹⁰⁸, les possibilités de poursuite sont en réalité très faibles, puisque la surveillance ne permet quasiment jamais d'obtenir des preuves, et l'obligation à la

¹⁰² M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, op. cit., p. 25.

¹⁰³ Article 421-1-2 du Code pénal, introduit par la loi du 22 juillet 1996.

¹⁰⁴ Article 421-2-6 du Code pénal.

¹⁰⁵ En raison du caractère absolu de l'interdiction de la torture en vertu de la jurisprudence de la CourEDH, *Chahal c/ Royaume-Uni*, 1996, n° 22414/93.

¹⁰⁶ *A. v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56.

¹⁰⁷ Home Office Counter-Terrorism strategy (CONTEST) summary, 2011, § 1.18.

¹⁰⁸ H. FENWICK « Redefining the role of TPIMs in combatting 'home-grown' terrorism within the widening counter-terror framework », *EHRLR*, 2015, 1, pp. 41-56.

charge du ministre de l'Intérieur de consulter le commissaire de police, qui doit lui même consulter l'autorité de poursuites, avant l'imposition des mesures, afin de savoir si la personne pourrait faire l'objet de poursuites pénales, est en réalité « *formelle et routinière* »¹⁰⁹. Il s'agit donc bien, en pratique, de mesures purement préventives.

De même, si le Conseil constitutionnel fonde la distinction entre les sanctions, administratives ou pénales, des mesures de prévention, sur l'intention de punir¹¹⁰, la frontière n'est, en pratique, pas si évidente. Ainsi, les mesures d'interdiction d'entrée et de sortie du territoire mises en place en France par la loi du 13 novembre 2014, ainsi que par le *Counter-Terrorism and Security Act* 2015, sont considérées comme des mesures préventives prises par l'autorité administrative ; alors même qu'elles mettent en jeu des droits essentiels, et en premier lieu la liberté d'aller et venir, puisque le Conseil constitutionnel a affirmé que cette dernière implique celle de quitter le territoire national¹¹¹, à la suite du PIDCP de 1966 qui stipule que « *toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien* ». Cette atteinte à la liberté d'aller et venir est d'autant plus forte dans le système britannique du fait de son large champ d'application, l'interdiction d'entrée sur le territoire pouvant être imposée à un citoyen national. Aussi légitimes que soient les objectifs de prévention dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ces atteintes à la liberté de circulation ne semblent ni justifiées, ni proportionnées ; d'autant plus qu'elles sont prononcées sur la base de simple suspicions.

B. *Un dangereux allègement des standards de preuve*

Comme l'affirme, le Professeur Marc VERDUSSEN « *la précipitation peut amener un Etat à se satisfaire de modes de preuves assouplis, fondés sur leur caractère « raisonnablement convaincant » alors que la présomption d'innocence emporte l'obligation pour l'accusation de fournir la preuve complète de ses allégations* »¹¹². Du fait de la violence et de la barbarie des actes terroristes, il est en effet impératif de tenter de les prévenir et, un dispositif préventif, pour être efficace, nécessite un allègement des modes de preuve. La présomption d'innocence, principe constitutionnel¹¹³, et liberté fondamentale au sens du référé-liberté¹¹⁴ doit donc être conciliée avec l'objectif de prévention.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs admis que le *principe de la présomption d'innocence ne fasse pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à la participation à la commission d'un délit ou d'un crime tant que les droits de la défense sont assurés* », notamment dans le but de sauvegarder l'ordre public¹¹⁵. Il n'a toutefois pas précisé le sens à donner aux termes « *indices suffisants* ».

¹⁰⁹ « *tokenistic, routinised* », *Ibid.*, p. 47.

¹¹⁰ Décision 2011-209 QPC, 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G.*

¹¹¹ Décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*.

¹¹² Débat entre J-J URVOAS, D. BENICHOU, M. VERDUSSEN, animé par C. CERDA-GUZMAN, art. cit., p. 24.

¹¹³ Décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*.

¹¹⁴ CE ord., 14 mars 2005, *Bruno Gollnisch*, n° 278435.

¹¹⁵ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*.

De même, l'article 5 §1 de la CESDH prévoit, parmi les six cas de privation de liberté qu'il autorise, la possibilité d'arrêter et détenir en individu « *en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* » (5 §1 c)). Le principe est alors celui selon lequel une personne ne peut être privée de liberté à des simples fins de renseignement. Une intention d'engager potentiellement des poursuites est donc *a minima* requise, par la Convention, comme par le Conseil constitutionnel. C'est ainsi que la Cour a pu, dans un arrêt du 13 août 1990, conclure à une violation de l'article 5§1 protégeant le droit à la liberté et à la sûreté, en considérant que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir de manière objective l'existence de soupçons plausibles justifiant les arrestations¹¹⁶. Elle a toutefois affirmé que l'appréciation de ce caractère plausible dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire¹¹⁷, et donc que le contexte de la lutte contre le terrorisme permet un certain amoindrissement de ce principe¹¹⁸ ; sans toutefois préciser jusqu'à quel point, préférant adopter une approche au cas par cas.

Les dispositifs d'interdiction de sortie du territoire, mis en place en France et au Royaume-Uni, respectivement par le *Counter-Terrorism and Security Act* de 2015 et la loi du 13 novembre 2014, illustrent cet allègement des standards de preuve. La section 1 du *Counter-Terrorism and Security Act* dispose que les personnes suspectées de vouloir quitter le territoire en relation avec des activités liées au terrorisme peuvent être privées de leurs documents de voyage. L'article L 224-1 du Code de la sécurité intérieure dispose, lui, que « *tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français* ». Le législateur français n'a en outre pas défini cette notion de « *raisons sérieuses de penser* », qui semble toutefois plus souple que celle permettant la mise en examen d'un individu¹¹⁹ mais peut être plus rigide que les simples « *raisons plausibles de soupçonner* » justifiant le placement en garde-à-vue¹²⁰. Cette indétermination est problématique, et ce d'autant plus au vue de la forte atteinte à la liberté d'aller et venir que la mesure entraîne. L'atteinte à la présomption d'innocence est en outre renforcée par le fait que la personne, qui peut présenter ces observations sous 8 jours, doit alors démontrer que ces soupçons sont injustifiés. C'est alors une sorte de « *présomption de terrorisme* »¹²¹ qui est par la même instaurée.

De même, si le gouvernement britannique a refusé d'instaurer une présomption réfragable de suspicion de terrorisme lorsqu'un individu se trouve sur un lieu d'entraînement terroriste afin de remédier aux difficultés de prouver les différents éléments des infractions prévues par les sections 6 et 8 du *Terrorism*

¹¹⁶ CourEDH *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 32.

¹¹⁸ CourEDH, *O'Hara c/ Royaume-Uni*, 16 oct. 2001, n° 37555/97, § 35.

¹¹⁹ Article 80-1 du Code de procédure pénale « *indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission d'infraction* »

¹²⁰ Article 62-2 du Code de procédure pénale

¹²¹ E. DREYER, « Les restrictions administratives à la liberté d'aller et venir des personnes suspectées de terrorisme », *La gazette du palais*, 4 févr. 2015, n° 55, p. 24

Act de 2006¹²², il a affirmé que l'utilisation des mesures de prévention et d'enquête terroristes pourraient constituer une alternative, si la personne est identifiée¹²³, alors même que ces mesures sont susceptibles de donner lieu à des restrictions importantes aux libertés individuelle et d'aller et venir. Le standard était en effet beaucoup plus léger pour l'application de ces mesures, puisqu'avant 2015, il s'agissait d'une simple « croyance raisonnable », bien éloignée du standard criminel de la conviction « au delà de tout doute raisonnable ». Le gouvernement, en 2015, a pris acte des diverses recommandations, notamment de la commission de l'égalité et des droits de l'homme et de l'examineur indépendant¹²⁴, et a augmenté le niveau de preuve requis, adoptant alors le standard civil, c'est à dire « convaincu, en fonction de la mise en balance des probabilités »¹²⁵. Il a en outre ajouté que la décision du ministre de l'Intérieur d'imposer une telle mesure serait donc basée sur une balance des probabilités, et que ce serait également le cas lors du contrôle du juge¹²⁶.

Or, si ce dernier point constitue un pas en avant en amoindrissant l'atteinte portée à la présomption d'innocence, il permet par la même de pointer du doigt la complexité du contrôle juridictionnel de la légalité, du fait de l'irruption permanente des notions de probabilités et de risque.

II. Les difficultés relatives à l'exercice du contrôle du respect du principe de légalité des infractions terroristes

En droit pénal, la réserve de loi joue un rôle particulièrement important. Le principe de la légalité des délits et des peines impose en effet que le législateur définisse de manière précise et claire les normes répressives, afin que celles-ci soient accessibles et prévisibles. Or, comme nous l'avons vu en matière terroriste, ce principe fait l'objet d'une certaine relativisation. La prise en compte du risque par la loi oblige alors le juge à baser son contrôle sur l'existence de probabilités (I), ce qui a pour conséquence la création d'un contrôle global sur la définition, et donc sur le principe même de la lutte antiterroriste (II)

A. *Un contrôle fondé sur des probabilités*

Le principe de la légalité des délits et des peines, protégé par l'article 8 de la DDHC impose que ce soit le législateur, exprimant la volonté générale, qui définisse la politique pénale et criminelle, et non l'exécutif ou le juge, et a dès lors pour corollaire le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale par le juge. Or, si ce principe fait également l'objet d'une protection dans le cadre de la CESDH, le principe, posé en son article 7¹²⁷, est plus souple du fait de l'interprétation qu'en donne la Cour. Les Etats membres à la Convention étant en effet aussi bien des pays de droit civil que des pays de *common law*, la Cour a

¹²² Le gouvernement devait en effet prouver que l'entraînement était réalisé dans des buts liés au terrorisme, et que la personne savait ou croyait que l'entraînement était dispensé dans des fins terroristes, ou qu'une personne raisonnable l'aurait su.

¹²³ H. FENWICK, art. cit., p. 51.

¹²⁴ Recommandation n°3 du *Second Report of the independent Reviewer on the operation of the Terrorism, Prevention and Investigation Measures Act 2011*, 2013.

¹²⁵ Section 20 du *Counter-Terrorism and Security Act* de 2015

¹²⁶ The Government Response to the Report by David QC on Terrorism Prevention and Investigation Measures in 2014, mars 2015.

¹²⁷ Intégré en droit interne britannique par le *Human Rights Act* de 1998.

admis que l'interprétation de la loi par les juridictions puisse rentrer en compte dans l'appréciation de la légalité, afin de tenir compte de la tradition de *common law*¹²⁸. Cela paraît donc constituer une différence essentielle, mais il faut voir qu'en réalité ce principe d'interprétation stricte n'est pas absolu au sein de l'ordre juridique français. Ainsi, s'il exclut ainsi les raisonnements analogiques, il admet en revanche les raisonnements téléologiques. Cela est en pratique nécessaire, pour assurer l'effectivité du principe, et donc la protection des libertés, puisqu'en réalité un texte nécessite toujours une interprétation. Les implications du principe de légalité sont donc en ce sens similaires, bien qu'il soit construit différemment au sein des différents systèmes étudiés.

Or comment interpréter strictement une définition de l'incrimination dont la vocation assumée est d'appréhender le plus largement possible tous les éléments pouvant hypothétiquement être en lien avec le phénomène terroriste ? Le rôle du juge est en effet initialement celui de contrôler la clarté, la précision, l'intelligibilité et prévisibilité de la loi pénale, mais ces principes semblent peu adaptés à une loi dont le but est d'appréhender un fait fondamentalement imprévisible. La particularité liée à l'incertitude du phénomène terroriste se répercute donc sur la loi, qui influence elle-même le contrôle de la légalité. Du fait de l'apparition d'un « *principe de précaution* »¹²⁹ en droit pénal dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le juge voit en effet son contrôle de la légalité des infractions se transformer en une sorte de « *calcul hypothétique en rapportant une situation réelle à une probabilité ou une intuition* »¹³⁰.

Face à cette modification de la nature même de ce contrôle relatif à la légalité des infractions, les juges français et anglais n'ont pas la même réaction. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, évite de se prononcer sur la question de la prise en compte du risque par la définition, et donc sur son étendue. C'est ainsi qu'en 1986¹³¹ il valide, dans une décision très rapide, conformément à son habitude, la définition et sa composition binaire.

La Cour Suprême, amenée à se prononcer sur la définition pour la première fois en 2013¹³², au contraire, reprend l'argument du gouvernement consistant à affirmer qu'étant donné qu'il est impossible de circonscrire le fait terrorisme dans des limites précises, la définition, intentionnellement large, ne peut être restreinte¹³³. Elle exprime son inquiétude quant au caractère large de la définition, renforcé par le fait que la seule limitation se trouve dans la discrétion accordée au procureur général pour décider de poursuivre, dans la mesure où cela nuit à la prévisibilité de la loi pénale¹³⁴. Son contrôle est donc bien plus approfondi que celui exercé par le Conseil constitutionnel, mais elle finit par conclure que la définition, étant par principe destinée à couvrir l'ensemble des risques, il n'est pas de son ressort d'en restreindre la portée. Elle valide donc la définition, considérant, malgré ses réticences, que l'incertitude quant au risque terroriste et à sa nature, justifie son caractère extrêmement large.

¹²⁸ CourEDH *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, §52.

¹²⁹ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 27

¹³⁰ A. GARAPON, *La raison du moindre Etat. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacobs, 2010, p. 104 ; cité par P. RAYNAUD « Le concept de sécurité », in P. TRONQUOY « État et sécurité », *Cahiers français*, n° 360, La documentation française, 2011.

¹³¹ Décision n° 86-213 DC, 3 sept. 1986, cons. 6.

¹³² *R v Gul* [2013] UKSC 64.

¹³³ *Ibid.*, §30.

¹³⁴ *Ibid.*, § 35-36.

Malgré ces importantes différences relatives à l'intensité du contrôle ainsi qu'à la technique de rédaction, le résultat est finalement similaire en France et au Royaume-Uni. Comme l'affirme Mireille DELMAS-MARTY, en effet, le contrôle du juge ne peut être qu'un « *leurre* »¹³⁵ dans la mesure où il porte sur une appréciation du danger couru par la société, du risque terroriste, et donc sur « *une simple probabilité* »¹³⁶. Dès lors que la dangerosité, le risque doivent être pris en compte, la zone de tolérance du juge est nécessairement élargie, et mène donc à un contrôle global ; ce qui constitue une situation dangereuse au vu de l'importance des libertés en cause.

B. Un contrôle global quant à la définition du terrorisme et à l'élaboration d'un régime antiterroriste

La Cour Suprême, dans la décision *R v Gul*, affirme sa mise en retrait quant à la large portée de la définition, et se refuse clairement à soulever d'office le moyen tiré de sa conventionnalité : « *à moins qu'il soit établi que le sens clair et naturel de la loi soit en conflit avec la CESDH (ce qui n'est pas suggéré), notre fonction est d'interpréter le sens de la définition, dans son contexte législatif, légal, et pratique* »¹³⁷. Cet évitement de la question de constitutionnalité par le juge, qui le conduit à exercer un contrôle global de la légalité, est ici particulièrement flagrant. Bien que la Cour suprême soit en principe compétente, comme l'affirme Aurélie DUFFY-MEUNIER, pour examiner « *l'ensemble des points de droits et des points de faits que soulève une affaire* »¹³⁸, elle s'abstient en effet de soulever d'office les moyens tirés de la incompatibilité de la loi à la CESDH, et ce d'autant plus dans un domaine sensible, tel que le terrorisme. Cela s'explique par la déférence traditionnelle du juge anglais face au Parlement souverain¹³⁹.

Si le Conseil constitutionnel ne peut bien sûr pas éviter la question de constitutionnalité de la même manière, du fait de sa nature même, cette mise en retrait du juge constitutionnel se retrouve également en France. Or ce recul du contrôle est préjudiciable, dans la mesure où l'application de la définition déclenche un régime potentiellement fortement attentatoire aux libertés.

Selon Karine ROUDIER¹⁴⁰, l'apparition d'un contrôle global sur le principe d'un régime antiterroriste par le Conseil constitutionnel est la conséquence de sa large interprétation de l'article 34 de la Constitution, telle qu'issue de la décision *Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie*¹⁴¹. Il admet en effet pour la première fois dans cette décision la possibilité pour le Parlement d'adopter une législation d'exception portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux lorsque des circonstances le justifient, et ce, en dehors de tout fondement constitutionnel explicite¹⁴², et fonde cette possibilité sur l'article 34 de la Constitution.

¹³⁵ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *R v Gul* [2013] UKSC 64, §. 38 : « *Unless it is established that the natural meaning of the legislation conflicts with the European Convention on Human Rights (which is not suggested) our function is to interpret the meaning of the definition in its statutory, legal and practical context* ».

¹³⁸ Selon l'expression de A. TUNC, « Synthèse », *RIDC*, n°1, 1978 p. 8 et p. 434 ; cité par A. DUFFY-MEUNIER in « La Cour suprême au Royaume-Uni. », art. cit., p. 29

¹³⁹ Le principe de la souveraineté du Parlement a été dégagé par A. DICEY (*in An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., The McMillan Press Ltd, 1959, p. 39) et désigne aujourd'hui « *le premier principe du droit public anglais* », selon E. ZOLLER (*in Introduction au droit public*, Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 91).

¹⁴⁰ K. ROUDIER *op. cit.*, pp. 115-124.

¹⁴¹ Décision 85-187 DC, 25 janv. 1985

¹⁴² *Ibid.*, cons. 4.

Le considérant 3 de la décision affirme « *qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* » ; cette conciliation revient donc au législateur, en tout temps et en toutes circonstances, puisque la protection de l'ordre public permet la sauvegarde des libertés.

Cette compétence du législateur pour restreindre l'exercice des libertés afin de préserver l'ordre public est alors bien plus large que l'état d'urgence, et donne, selon Karine ROUDIER, un fondement constitutionnel à toute limitation des libertés par la loi dès lors que cela relève de leur conciliation avec l'ordre public. Or si, le régime antiterroriste n'est pas qualifié d'exceptionnel, il n'en est pas moins dérogoire et porte des atteintes importantes aux libertés. On peut alors comprendre la décision 86-213 DC, appréhendée à la lumière de celle de 1985, comme délivrant au législateur une « *autorisation indirecte pour créer un régime antiterroriste, dérogoire au régime commun des droits fondamentaux, que le juge constitutionnel tolèrerait au vu des circonstances particulières qui exigent son adoption* »¹⁴³. Si le Conseil n'a en effet jamais été saisi de la question du principe même d'un droit spécifique au terrorisme, il affirme de manière constante que la saisine étant indivisible, il est saisi de l'ensemble de la loi¹⁴⁴, et aurait donc pu se saisir d'office de ce problème. La justification de ce silence pourrait se trouver dans cette décision de 1985, le Conseil admettant alors l'existence du régime antiterroriste, justifié par la nécessité de préserver l'ordre public, et donc l'exercice des libertés.

Une fois le principe même de l'élaboration d'un régime dérogoire implicitement accepté, le Conseil constitutionnel examine très rapidement la définition du terrorisme. Il insiste sur l'importance du cumul des deux éléments de l'infraction¹⁴⁵, puis valide la méthode du renvoi¹⁴⁶ quant à l'élément matériel. Sur l'élément finaliste, en revanche, il affirme l'absence de méconnaissance du principe par une formule lapidaire « *de même, la seconde condition est énoncée en des termes d'une précision suffisante pour qu'il n'y ait pas méconnaissance de ce principe* », et donc « *affirme plus qu'il ne démontre* »¹⁴⁷ sa précision.

Au Royaume-Uni, le juge n'a pas été saisi de la question de l'opportunité d'un régime dérogoire en matière de lutte contre le terrorisme, et n'a été amené à se prononcer que tardivement sur la définition. Il a alors réalisé un contrôle beaucoup moins expéditif que le juge français, conformément à sa tradition rédactionnelle, et s'attarde notamment sur les caractéristiques de la définition¹⁴⁸, mais qui reste global, dans la mesure où il reconnaît d'entrée la compétence de principe du Parlement pour décider de la portée à donner à la définition.

Un examen approfondi de la légalité de la définition semble donc impossible, et ce contrôle, général et abstrait, est alors, dans une grande mesure, inefficace¹⁴⁹. Toutefois, malgré ces difficultés, il est essentiel de ne pas renoncer à appréhender juridiquement la notion de terrorisme, même de manière imparfaite,

¹⁴³ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁴ Décision n° 96-386 DC, 30 déc. 1996, *Loi de finances rectificative pour 1996*, cons. 4.

¹⁴⁵ Décision n° 86-213 DC, 3 sept. 1986, cons. 5.

¹⁴⁶ *Ibid.* cons. 6.

¹⁴⁷ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁸ *R v Gul*, [2013] UKSC 64, § 27.

¹⁴⁹ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, *art. cit.*, p. 905.

dans la mesure où « *dans un tel contexte, le rôle du droit se limite à du bricolage (...) mais c'est un bricolage nécessaire, car il peut fournir un cadre, tout imparfait et provisoire qu'il soit, pour éviter ces risques de dérive d'une politique pénale de plus en plus sécuritaire vers une politique totalitaire* »¹⁵⁰

Titre 2. Une organisation des pouvoirs affectée par la lutte contre le terrorisme

Le phénomène terroriste et les difficultés relatives à son appréhension que nous venons d'exposer se répercutent sur l'organisation même des pouvoirs au sein de l'Etat. Comme l'affirment les Professeurs Aniceto MASFERRER et Clive WALKER, « *les limites institutionnelles ont été redessinées (...) entre l'exécutif, le législatif, et le judiciaire* »¹⁵¹. Les pouvoirs politiques ont en effet cherché à « *politiser la lutte antiterroriste* »¹⁵², à travers la notion de sécurité nationale, ce qui a donné lieu à une mutation de la séparation des pouvoirs, au détriment du juge (Chapitre 1). Ce dernier a alors pris acte de cette modification et a adapté le contrôle qu'il effectue afin d'assurer la protection des libertés individuelle et d'aller et venir, ce qui s'est traduit par une limitation conséquente de son rôle dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le remodelage de la séparation des pouvoirs dans le cadre sécuritaire

La théorie du *judicial review* au Royaume-Uni est fondée sur la doctrine de l'*ultra vires*, c'est-à-dire sur le principe selon lequel une décision des pouvoirs publics ne peut être annulée que si elle excède les pouvoirs conférés à l'autorité qui l'a prise. C'est sur ce principe que s'est construite la théorie de la légitimité du juge, son champ d'action étant de ce fait originellement fortement limité. Cette conception initiale a fait l'objet d'un renouvellement, le *judicial review* ne trouve plus son seul fondement dans le contrôle de l'*ultra vires*, et les pouvoirs du juge anglais ont donc été renforcés. On peut toutefois constater, dans une certaine mesure, un retour de cette conception originelle dans le cadre terroriste. Le juge constitutionnel français a, lui aussi, pour des raisons différentes, toujours été respectueux de son rôle limité, et a toujours évité d'empiéter sur les compétences des autres branches du pouvoir. Cette considération revêt toutefois une force particulière dans le cadre sécuritaire, du fait du fort consensus politique soutenant l'action du gouvernement. C'est l'idée exprimée par Lord BINGHAM lorsqu'il affirme que « *plus une décision revêt un contenu politique (...) plus les cours doivent être hésitantes à juger une*

¹⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, « Le terrorisme comme concept de transition », in M. DELMAS-MARTY, H. LAURENS, *op. cit.*, p. 326.

¹⁵¹ A. MASFERRER, C. WALKER, « Countering terrorism and crossing legal boundaries », in A. MASFERRER, C. WALKER, *op. cit.*, pp. 6-7 : « *Institutional boundaries have been redrawn, (...) between the executive, legislature and judiciary* ».

¹⁵² *Ibid.*, p. 6 : « *politise counter-terrorism* ».

décision irrationnelle »¹⁵³. Dès lors, le contexte sécuritaire entraîne une montée en puissance du pouvoir exécutif (I) ainsi que du pouvoir législatif (II), au détriment du juge.

I. La sécurité nationale, une question politique relevant par essence de l'exécutif

Dans un tel contexte sécuritaire, la prépondérance est donnée à l'exécutif, considéré comme le plus à même de définir la menace, et d'y apporter des solutions ; non seulement du fait de la forte connotation politique attachée à la notion de sécurité nationale, mais également car il dispose de moyens d'information incomparables avec ceux dont dispose les autres branches du pouvoir. Il cherche donc à établir sa prééminence sur le pouvoir judiciaire (A) ainsi qu'avec plus de difficultés, sur le pouvoir législatif (B).

A. *Une volonté politique d'exclure le juge*

La mise à l'écart du juge constitutionnel français se manifeste en premier lieu par le caractère fréquent de l'absence de saisine. Le consensus politique quant à la nécessité de dispositifs anti-terroristes sévères a pour conséquence que la minorité parlementaire ne souhaite pas saisir le Conseil constitutionnel. Cela pourrait paraître évident, puisque, depuis 1974, la possibilité offerte à 60 sénateurs ou 60 députés de saisir le Conseil avant la promulgation de la loi a été utilisée comme une arme politique donnée à l'opposition. Il faut toutefois voir, qu'avec l'introduction de la QPC, la nature du contrôle a priori a changé, puisque, comme le montre Damien CHAMUSSY, « *l'absence d'opposition politique ne permet plus de prendre le risque d'une inconstitutionnalité* »¹⁵⁴. La majorité saisit ainsi elle-même le Conseil, afin de se parer contre la possibilité d'une déclaration d'inconstitutionnalité a posteriori, ce qui contribue à une meilleure protection des droits. Cela ne se constate toutefois pas en matière de terrorisme, le Conseil n'ayant notamment pas été saisi de la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

Par ailleurs, le mécanisme des déclarations d'incompatibilité mis en place par le *HRA* au Royaume-Uni engendre nécessairement une tension entre juge et exécutif, et ce d'autant plus dans le domaine du terrorisme, considéré comme le domaine privilégié de l'action gouvernementale. Le juge britannique ne disposant en effet pas d'un pouvoir d'abrogation, à la différence du juge constitutionnel français dans le cadre de son contrôle a posteriori, le gouvernement, d'autant plus lorsqu'il est soutenu par la population, peut refuser de corriger l'incompatibilité dénoncée par les juges ; ces derniers étant alors privés de toute marge d'action.

En France comme au Royaume-Uni, pourtant, le juge constitutionnel ne renonce pas à exercer un contrôle et tente d'assurer un examen des dispositifs, mais, comme le remarque le Professeur Wanda MASTOR, il subit une pression considérable, dans la mesure où les réticences qu'il peut exprimer « *se*

¹⁵³ *R v Ministry of defence ex parte Smith* [1995] EWCA Civ 22 : « *the greater the policy content of a decision (...) the more hesitant the court must necessarily be in holding a decision to be irrational* ».

¹⁵⁴ D. CHAMUSSY, « Le Parlement et la QPC », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/2, n° 47, p. 57.

heurtent vite à un argument aux allures non dissimulées de chantage »¹⁵⁵. On constate en effet que le gouvernement, afin d'éviter que le juge ne fasse primer, dans une mesure qu'il considère excessive, la protection des libertés, préfère priver ou restreindre la liberté individuelle en passant par des mesures administratives et non judiciaires. Le juge accepte, dans une certaine mesure, cette réduction de son rôle dans le cadre sécuritaire, au profit de l'exécutif. Comme l'a affirmé Lord NICHOLLS, « *Les cours sont totalement conscientes du lourd fardeau pesant sur le gouvernement élu, et non sur le juge, de protéger la sécurité de ce pays et de ceux qui y vivent. Les cours sont pleinement conscientes que seul le gouvernement est capable d'évaluer et de décider quelles mesures de lutte contre le terrorisme sont nécessaires, et quelles mesures sont suffisantes* »¹⁵⁶.

En France, cela se traduit par l'articulation à laquelle procède le Conseil constitutionnel entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir. Le juge judiciaire est en effet, en vertu de l'article 66 de la Constitution, le gardien de la liberté individuelle au sens strict, le Conseil peut donc jouer sur cette distinction afin d'admettre le développement de mesures administratives. Cela se justifie du fait de la tradition juridique française, puisque, comme le montre le Professeur Elisabeth ZOLLER, il aurait été « *étrange que le législateur ait choisi de déroger à la tradition française qui n'a jamais laissé les juges de droit privé décider de ce qui intéresse l'Etat et la chose publique* »¹⁵⁷. Le fait de privilégier des mesures administratives n'empêche toutefois pas le contrôle du juge, puisque le juge administratif peut intervenir. Cela peut toutefois mener à un recul des libertés, d'abord parce que l'intervention de ce dernier ne peut alors se faire qu'a posteriori, une fois la mesure attentatoire à la liberté d'aller et venir imposée à l'individu. La portée symbolique de ce choix n'est en outre pas négligeable.

Le gouvernement britannique, avec l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001, avait fait le choix d'exclure purement et simplement le juge du processus de décision d'imposer une mesure pourtant directement et gravement attentatoire à la liberté individuelle, puisqu'il s'agissait de permettre la détention indéfinie d'étrangers suspectés de terrorisme ne pouvant être renvoyés dans leur pays d'origine. Cette disposition a fait l'objet d'une résistance ferme de la part des juges, affirmant que « *la détention à la discrétion de l'exécutif est l'antithèse du droit à la liberté et à la sécurité de l'individu* »¹⁵⁸. L'exécutif souhaitait pouvoir agir seul, puisqu'il ne pouvait pas prouver la culpabilité de la personne devant un juge ni exclure les personnes. Une grande majorité des Lords (8/9) a censuré avec force cette disposition, mais il faut voir que cet activisme judiciaire s'inscrit dans un cadre bien particulier, celui d'une privation totale de liberté sans aucun contrôle. La CourEDH a par la suite confirmé l'incompatibilité de cette mesure avec les droits conventionnels, et notamment les articles 5§1 et 14 de la CESDH¹⁵⁹.

Cette affirmation de son rôle par le juge a renforcé les critiques relatives au *HRA* existantes au Royaume-Uni, critiques partant du principe que ce texte a conféré bien trop de pouvoir au juge,

¹⁵⁵ J-L GILLET, P. CHAUDON, W. MASTOR, art. cit., p. 409.

¹⁵⁶ *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, §79 : « *All courts are very much aware of the heavy burden, resting on the elected government and not the judiciary, to protect the security of this country and all who live here. All courts are acutely conscious that the government alone is able to evaluate and decide what counter-terrorism steps are needed and what steps will suffice* ».

¹⁵⁷ E. ZOLLER, « Le Patriot Act : retour sur un texte controversé », *RDP*, 2015, n°2, p. 382.

¹⁵⁸ *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, § 222, Baroness Hale: « *executive detention is the antithesis of the right to liberty and security of a person* ».

¹⁵⁹ *Abu Qatada et autres c. Royaume-Uni*, Gr. Ch. req. n° 3455/05.

britannique comme européen. C'est ainsi que David CAMERON, lors de son discours clôturant le congrès du parti conservateur le 1^{er} octobre 2014, a affirmé que s'il était réélu « *ce pays aura une nouvelle déclaration de droits britanniques, qui sera passé au sein de notre Parlement, et enraciné dans nous valeurs. Et quant au HRA des travaillistes ? Nous le détruirons une bonne fois pour toutes* »¹⁶⁰. Le parti conservateur ayant obtenu la majorité absolue à la Chambre des communes lors des élections générales du 7 mai 2015, cette question a suscité de nombreuses inquiétudes. Il faut toutefois voir que les discussions sont pourtant centrées sur la sortie de l'UE, la question de la CESDH étant secondaire. Lors du discours de la Reine du 26 mai 2015, qui détaille le programme du nouveau gouvernement, le projet de l'abrogation du *HRA* n'apparaît pas comme une priorité pour ce dernier. Il est en effet prévu que le ministre de la Justice rédige un texte, qui sera soumis à la consultation du peuple, avant que le Parlement ne l'examine. Cette consultation apparaît comme une stratégie politique, afin de limiter la marge de décision du Parlement dans l'hypothèse où le peuple affirmerait sa volonté de remplacer le *HRA* par une déclaration de droit britannique. Le parti conservateur est lui-même fortement divisé sur cette question, et la Chambre des lords, qui n'est, elle, pas majoritairement conservatrice, est susceptible de retarder et amender le projet. Dès lors, les résultats de ces élections n'emportent pas pour conséquence nécessaire l'abrogation future du *HRA*. On peut alors espérer que le Royaume-Uni restera fidèle au *Rule of law*, tel qu'approfondi et garanti par le *HRA*.

En France, même si la question fait l'objet de bien moins de polémiques, apparaissent cependant des réactions en ce sens. Ainsi, le 2 avril 2015, l'Assemblée Nationale a rejeté une proposition de loi visant à limiter les possibilités de saisir la CourEDH dans les affaires liées au terrorisme.

En toutes hypothèses, le *HRA* étant toujours en vigueur, la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire des détenus de Belmarsh¹⁶¹ a permis de montrer au gouvernement qu'il ne pouvait pas exclure le juge lorsqu'il s'agit de mesures tant attentatoires à la liberté individuelle. Au lieu de l'exclure purement et simplement du processus de la décision d'imposer la mesure à individu, le gouvernement britannique a alors préféré l'inclure, en requérant son accord. Cette permission reste en grande partie formelle, mais cela permet au gouvernement d'auréoler l'imposition de ces mesures d'une plus grande légitimité, puisqu'elles ont fait l'objet, en théorie, d'un contrôle en droit. Cela mène donc à une « *instrumentalisation étroite du pouvoir judiciaire par le pouvoir exécutif* »¹⁶².

On peut illustrer cette dynamique par deux exemple, et en premier lieu par la possibilité d'empêcher une personne de quitter le territoire en la privant de ses documents de voyage mise en place par la section 1 du *Counter-Terrorism and Security Act* 2015. Cette mesure constitue une réelle atteinte à la liberté d'aller et venir, l'article 12(2) du PIDCP précisant qu'un individu est « *libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien* ». Or ces documents peuvent être détenus pendant 14 jours sans intervention du juge. Il ne s'agit bien sur pas d'une totale privation de liberté, mais seulement d'une restriction à la liberté d'aller et venir, le délai peut donc être considéré comme acceptable, mais cela permet de mettre en

¹⁶⁰ D. CAMERON « *This country will have a new British bill of rights, to be passed in our Parliament, rooted in our values. And as for Labour's HRA? We will scrap it once and for all* »; cité par O. BOWCOTT, « Cameron's pledge to scrap Human Rights Act angers civil rights groups », *The Guardian*, 1 oct. 2014.

¹⁶¹ *A. v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

¹⁶² J-C PAYE, art. cit., p. 74

lumière cette volonté de mettre le juge à l'écart. De plus, quand il intervient, le juge doit seulement regarder si les autorités de police et le ministre de l'Intérieur ont agi de manière rapide et diligente, et si c'est le cas il a le devoir de permettre l'extension de la période de détention des documents à 30 jours, et ne peut donc pas regarder si des motifs raisonnables justifient l'extension de la période¹⁶³.

Cette même mesure d'interdiction de sortie du territoire a été introduite en France par la loi du 14 novembre 2014, alors même qu'elle a ratifié le protocole 4 à la CESDH, qui reprend l'article 12(2) du PIDCP en son article 2 (2) et que le Conseil constitutionnel a également inclut le droit de quitter le territoire dans la liberté d'aller et venir¹⁶⁴. Dans ce cadre, il est prévu que la personne puisse être entendue dans un délai maximal de 8 jours après notification de la décision par le ministre de l'Intérieur ou son représentant. La décision est exécutoire, l'individu pouvant ensuite saisir le juge administratif pour obtenir l'annulation de la décision. Le juge n'intervient donc qu'après l'imposition de la mesure, alors qu'elle ne fait pas que la restreindre, mais touche à la substance même de la liberté d'aller et venir.

S'agissant des ordonnances d'exclusion temporaire prévues par la section 2 du *Counter-Terrorism and Security Act 2015*, qui constituent une atteinte encore plus substantielle à la liberté d'aller et venir, dans la mesure où elles peuvent interdire à un citoyen d'entrer dans son propre pays¹⁶⁵, l'autorisation du juge est nécessaire, sauf en cas d'urgence. Mais si le juge considère que la décision est manifestement irrégulière, il « *peut refuser de donner sa permission* »¹⁶⁶, tandis que « *dans toute autre situation, il doit donner sa permission* »¹⁶⁷. Il peut donc sauver une décision manifestement entachée d'irrégularité, mais ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation pour annuler la décision dès lors que cette irrégularité n'est pas manifeste. L'exécutif est ainsi doté d'une marge d'appréciation quasi illimitée.

Enfin, cette absence de volonté de faciliter les poursuites peut être illustrée par l'interdiction de l'utilisation des les communications interceptées en tant que preuves lors d'un procès ; alors que cela pourrait contribuer à faciliter les poursuites, et à remédier à l'inefficacité à cet égard des mesures de prévention et d'enquête terroristes (TPIMs). Cela a été critiqué par la commission pour l'égalité et les droits de l'Homme, qui affirme que cela pourrait pourtant permettre les poursuites, d'aboutir à la condamnation ou à la relaxe de l'individu, tout en garantissant un procès équitable¹⁶⁸. Elle invite en ce sens à s'inspirer d'Etats, tels que la France, qui autorisent l'usage de ces documents en tant que preuves lors d'une audience publique¹⁶⁹. Aucun changement sur ce point n'a toutefois été prévu par les récentes lois en matière terroriste. Tout cela permet de démontrer que le gouvernement ne souhaite pas favoriser le contrôle juridictionnel, ni conférer de pouvoirs substantiels au juge. Un contrôle formel du juge lui

¹⁶³ Schedule 1 « Seizure of passports etc from persons suspected of involvement in terrorism », § 8 (4)(a) : « *the judicial authority must grant an extension if satisfied that the relevant persons have been acting diligently and expeditiously in relation to the matters and steps referred to in sub-paragraph* ».

¹⁶⁴ Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 11 : « *la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter* ».

¹⁶⁵ Le droit d'entrer dans son propre pays étant protégé au titre de la libre circulation par l'article 12 (4) du PIDCP.

¹⁶⁶ Section 3 (6) du *Counter-Terrorism and Security Act 2015* : « *In a case where the court determines that any of the relevant decisions of the Secretary of State is obviously flawed, the court may not give permission under this section* ».

¹⁶⁷ Section 3 (7) du *Counter-Terrorism and Security Act 2015* « *In any other case, the court must give permission under this section* ».

¹⁶⁸ Equality and Human Rights Commission « Human Rights Review 2012 : How fair is Britain ? An assessment of how well public authorities protect human rights », 2012, p. 187 et 236.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 236.

permet en effet de légitimer juridiquement ces actes restreignant les libertés, tout en évitant que son action soit entravée outre mesure. La démarche de l'exécutif vis à vis du législateur se situe dans la même lignée. Les discussions parlementaires sont limitées, pour des considérations d'efficacité, mais les mesures projetées par l'exécutif continuent de bénéficier de la pleine légitimité de l'intervention législative.

B. La tentative de l'exécutif d'établir sa prééminence sur le législatif

En matière terroriste, « *les lois sont votées sans débat, que ce soit dans la société civile ou au Parlement* »¹⁷⁰. Ce regret, exprimé par Jean-Claude PAYE, décrit en effet largement la réalité. Cette limitation du débat démocratique au sein du Parlement s'explique d'abord par les conditions particulières d'élaboration des lois, dues à l'urgence, mais aussi au consensus dont elles font l'objet.

La loi du 13 novembre 2014 tout comme le *Counter-Terrorism and Security Act* 2015 ont ainsi été votés par des procédures accélérées. Cela a été questionné par le comité de la Constitution, lors de son rapport sur le projet de loi britannique¹⁷¹. La procédure était en réalité « semi accélérée », c'est-à-dire que la chambre des communes a dû renoncer aux périodes d'intervalles minimum prévues entre les étapes de l'examen du projet de loi ; ce que le gouvernement a justifié par le passage de la menace terroriste de substantielle à sévère, et par l'augmentation du nombre d'individus revenant de Syrie ou d'Irak. Ce même gouvernement a toutefois affirmé, par le biais de son ministre de la Sécurité et de l'Immigration, lors des auditions sur le projet devant le comité mixte sur les droits de l'Homme, que le projet n'était pas particulièrement urgent, puis confronté à la question de savoir pourquoi alors le choix d'une procédure accélérée avait été fait, il a affirmé qu'il comportait tout de même un « degré d'urgence »¹⁷². Comme l'affirme le comité de la Constitution, la justification de cette procédure n'est donc pas totalement satisfaisante. Si la procédure accélérée avait en outre été largement utilisée en matière terroriste de 2001 à 2005, ce n'était plus le cas depuis 2006, le retour à une utilisation quasi-automatique à la procédure accélérée n'est donc pas souhaitable, surtout s'agissant de mesures fortement attentatoires aux libertés individuelle et à d'aller et venir. Il est en effet difficile pour le Parlement d'examiner la proportionnalité de telles mesures en si peu de temps. Le comité dénonce donc « *le contraste entre le temps pris au gouvernement pour préparer le projet et le temps donné au Parlement pour l'analyser* »¹⁷³, et rejoint ainsi l'analyse de Marc VERDUSSEN, désapprouvant l'absence de débat approfondi des lois anti-terroristes « *étouffant dans l'oeuf toute possibilité de délibération démocratique sur des questions pourtant cruciales* »¹⁷⁴. Or « *On ne dira jamais assez que, plus le débat démocratique est pauvre, plus grand est le risque que les droits fondamentaux soient malmenés* »¹⁷⁵.

¹⁷⁰ J-C PAYE, art. cit., p. 62.

¹⁷¹ Constitution comitee, « Report on the Counter-Terrorism and Security Act bill », 12 janv. 2015, pp. 1-2.

¹⁷² *Ibid.*, p. 1.

¹⁷³ *Ibid.* : « *contrast between the time taken within Government to prepare the bill and the time given to Parliament to scrutinise it* ».

¹⁷⁴ Débat entre J-J URVOAS, D. BENICHOU, M. VERDUSSEN, animé par C. CERDA-GUZMAN, art. cit., p. 24.

¹⁷⁵ *Ibid.*

Cette absence de débat démocratique est en effet particulièrement problématique dans la mesure où on se situe dans un domaine où la gravité des atteintes potentielles à la liberté individuelle et à la liberté d'aller et venir rend nécessaire une confrontation des points de vue.

Cette « *tutelle exercée par l'exécutif sur le Parlement* »¹⁷⁶, est mise en lumière par le juge. Ainsi, si la couronne arguait dans l'affaire *R v Gul*, du fait que le caractère large de la définition était compensé par la présence de garanties, puisque l'accord du directeur des poursuites pénales (ou du procureur général s'il s'agit d'activités perpétrées à l'étranger) était requis pour déclencher des poursuites sur ce fondement, la Cour refuse de considérer cette procédure comme une garantie suffisante. Elle affirme en effet que cet argument reviendrait à considérer que l'exécutif décide, non plus de l'opportunité des poursuites, mais détermine si un acte constitue ou non un crime. Cela reviendrait à ce que « *le législateur ait en fait délégué à un fonctionnaire du gouvernement (...) la décision de savoir si une activité devrait être traitée comme criminelle (...). Cela implique que le Parlement renonce à une part significative de sa fonction législative* »¹⁷⁷. Elle considère donc que ce n'est pas un contrepois adapté et refuse de prendre cet argument en compte dans son examen de la définition du terrorisme.

Cette volonté de l'exécutif de décider seul se retrouve au niveau de l'UE. L'exécutif a pu à plusieurs reprises, avant leur suppression en 2007, utiliser le 3^{ème} pilier (coopération policière et judiciaire en matière pénale) fonctionnant sur le mode de la coopération intergouvernementale, pour restreindre la libre circulation, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, mais également pour réguler l'immigration ; ce afin d'éviter le contrôle parlementaire. C'est en ce sens que Colombe CAMUS parle de « *blanchiment de politique* »¹⁷⁸, l'exécutif cherchant à éviter le débat démocratique national.

Tout cela nous permet de voir que le champ de décision laissé à l'exécutif est considérablement élargi dans le contexte du terrorisme. Si cela se justifie par l'impératif d'efficacité des dispositifs de lutte contre le terrorisme, l'exécutif a toutefois besoin de légitimer ses actions, et ne peut donc aller plus loin dans la limitation du rôle du Parlement, qui reste l'organe le plus légitime pour déterminer la réponse à apporter au terrorisme. Ce dernier, représentant du souverain dans le cadre français ou lui-même souverain dans le système britannique, garde le pouvoir de dernier mot, malgré la réduction des débats. *In fine*, il reste l'organe investi de la plus haute légitimité, et conserve donc son pouvoir de décision.

II. La légitimité renforcée du pouvoir législatif

En France comme au Royaume-Uni, le juge constitutionnel respecte le large pouvoir d'appréciation du législateur, qu'il tire de son caractère représentatif, et cette détermination à ne pas empiéter sur le pouvoir de décision du pouvoir législatif est particulièrement forte dans le cadre terroriste (A). Au Royaume-Uni, cela se traduit par un retour à la conception traditionnelle de la souveraineté du parlement, malgré les évolutions dont cette théorie a fait l'objet (B).

¹⁷⁶ J-C PAYE, art.cit., p. 74.

¹⁷⁷ *R v Gul*, [2013] UKSC 64, § 36.

¹⁷⁸ C. CAMUS, *op. cit.*, p. 111.

A. L'étendue du pouvoir d'appréciation du législateur

Le Parlement français est le représentant de la nation souveraine. Il dispose à cet égard d'une large latitude d'appréciation et de décision, d'une nature différente de celui du juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel exprime cela par la formule consacrée depuis la décision IVG de 1975¹⁷⁹ « *la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* », et le Président du Conseil, Jean-Louis DEBRE, a d'ailleurs affirmé dans la préface de la thèse de Karine ROUDIER, qu'il en allait « *particulièrement ainsi en matière de terrorisme* »¹⁸⁰.

La catégorie des objectifs à valeur constitutionnelle, dont la sauvegarde de l'ordre public fait partie depuis la décision 82-141 DC¹⁸¹, comme la recherche des auteurs d'infractions¹⁸², permet en réalité de limiter l'exercice des libertés. Le Conseil a ainsi affirmé que la liberté individuelle et la liberté d'aller et de venir doivent être conciliées avec la préservation des atteintes à l'ordre public¹⁸³, ce qui lui permet ensuite d'apprécier la restriction au regard de l'objet de la loi. Ainsi, « *l'objectif de valeur constitutionnelle a un caractère permissif qui le conduit non à restreindre le pouvoir du législateur mais au contraire à l'étendre sous le contrôle du Conseil constitutionnel* »¹⁸⁴.

A cela s'ajoute le fait que le Conseil donne une interprétation très souple et large à l'article 34 relativement au rôle de conciliation appartenant au législateur d'une part entre les libertés constitutionnellement garanties et d'autre part entre ces dernières et l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. Comme nous l'avons vu¹⁸⁵ en effet, le Conseil, a, dès 1985¹⁸⁶, donné un fondement constitutionnel à toute limitation législative des libertés dès lors que cela relève d'une entreprise de conciliation avec la protection de l'ordre public, ce qui fut confirmé en 1986¹⁸⁷. Dès lors que la lutte contre le terrorisme s'appuie principalement sur l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, et que le législateur est maître de la conciliation entre ce dernier et la protection des libertés, le contrôle du Conseil le cadre sécuritaire, où l'ordre public est fortement menacé, est relativisé. Le pouvoir d'appréciation reconnu au Parlement dans le domaine terroriste est alors d'une ampleur considérable.

Le Parlement britannique n'est lui pas le représentant du peuple souverain, il est juridiquement « *souverain à titre inhérent* »¹⁸⁸. A cette souveraineté juridique s'est ensuite ajoutée la souveraineté politique de la nation, qu'il représente. C'est par ce biais de la représentation que le risque d'abus de pouvoir du Parlement est éliminé et que sa légitimité est d'autre part renforcée. La représentation, telle que conçue au Royaume-Uni a pour conséquence l'absence de distinction entre la volonté de la nation et la volonté du Parlement souverain, dès lors le Parlement est fondamentalement libre de son action.

¹⁷⁹ Décision n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1.

¹⁸⁰ J-L. DEBRE in K. ROUDIER, *op. cit.*, p. XIV.

¹⁸¹ Décision n° 82-141 DC du 27 juil. 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

¹⁸² Décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996.

¹⁸³ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, cons. 2.

¹⁸⁴ F. LUCHAIRE « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 2005/4, n°64, p. 679.

¹⁸⁵ Voir supra, Titre 1, Chapitre 2, II, B.

¹⁸⁶ Décision n°85-187 DC du 25 janv. 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*.

¹⁸⁷ Décision n° 86-213 DC, 3 sept. 1986.

¹⁸⁸ E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 91.

Malgré ce caractère représentatif, on aurait pu douter des compétences des parlementaires pour, en pratique, contrôler en droit les mesures de lutte contre le terrorisme. La création de nombreuses commissions parlementaires, telles que la commission parlementaire mixte des Droits de l'Homme ou le comité de la Constitution, avait pour but de répondre à ces réserves. Elle institue ainsi un contrôle par des acteurs spécialisés dans un domaine d'expertise. Ces derniers remplissent d'ailleurs ce rôle de manière consciencieuse et sans déférence excessive à l'égard de l'exécutif, comme le montrent l'ampleur et la précision des rapports publiés, ainsi que le nombre et la variété des propositions d'amélioration de la protection des libertés dans le contexte terroriste. La valeur de ces rapports est donc non négligeable, et cela contribue donc à renforcer la légitimité de l'étendue du pouvoir d'appréciation du Parlement dans ce domaine. Il faut toutefois voir que, s'ils sont en principe destinés à compléter le contrôle du juge, ils tendent, dans une certaine mesure, à s'y substituer. Cela trouve en réalité sa cause dans une tendance plus générale, tendant à associer à la lutte contre le terrorisme le retour à une conception stricte de la souveraineté parlementaire.

B. Le retour aux principes fondateurs du système britannique à l'occasion du contrôle de la législation anti-terroriste

Le principe de souveraineté parlementaire, tel que conçu par DICEY au 19^e siècle, en tant que premier principe du droit anglais, regroupait trois composantes, qu'il résumait ainsi : « *Voici donc les trois éléments de la Souveraineté parlementaire, telle qu'elle existe en Angleterre : 1° pouvoir de la législature de modifier librement toute loi ; fondamentale ou non, de la même façon que toute autre loi ; – 2° absence de toute distinction légale entre les lois constitutionnelles et les autres lois ; – 3° absence de toute autorité judiciaire ou autre ayant le droit d'annuler un Act du Parlement.* »¹⁸⁹. Sur ce dernier point, et au delà de la question de l'annulation, DICEY ajoute que « *la loi anglaise ne reconnaît à aucun homme, ni aucun corps, le droit de négliger ou d'écarter les lois faites par le Parlement* »¹⁹⁰.

La souveraineté parlementaire, et l'ensemble de ces composantes, ont fait l'objet d'une mutation, d'un assouplissement, notamment du fait de l'intégration européenne, sous l'influence du droit de l'Union européenne, ainsi que de la CESDH. C'est ainsi que la décision *Thoburn* de la High Court¹⁹¹ a introduit la notion de hiérarchie au sein des lois. En affirmant que certaines lois ne peuvent être abrogées de manière implicite, elle avance en effet l'existence d'une distinction entre lois ordinaires et lois constitutionnelles, qui comprennent notamment la *Magna Carta*, le *Bill of Rights*, le *European Communities Act*, le *HRA*, les lois de dévolution. L'existence d'une hiérarchie au sein des lois sera ensuite confirmée par la décision *HS2*¹⁹² de la Cour Suprême. L'opinion concordante rédigée par les Lords NEUBERGER et MANCE, avec le soutien de cinq des autres juges, met en effet en lumière l'existence d'une hiérarchie, non plus seulement

¹⁸⁹ A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Traduction d'A. BATUT et de G. JEZE, Girard & Brière, Paris, 1902, p. 81.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹⁹¹ *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin).

¹⁹² *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3.

binaire entre lois ordinaires et lois constitutionnelles, mais également au sein de ces lois constitutionnelles¹⁹³. Le deuxième principe dégagé par DICEY est ainsi fortement relativisé.

La décision *Jackson*¹⁹⁴ pose par ailleurs plusieurs questions essentielles relatives à la souveraineté parlementaire dont, sans toutefois y répondre, celle de l'impossibilité pour le Parlement de lier ses successeurs. Le *Parliament Act* 1911 posant une procédure législative alternative, et non impérative, ce principe n'est pas directement atteint. Mais on peut se demander quelle serait la portée d'une redéfinition du Parlement de manière impérative. La Cour ne répond pas directement à cette question, mais Lord STEYN, affirme pour sa part qu'on ne pourrait pas l'ignorer. Dès lors, ce principe, sans être remis en question, est toutefois fragilisé¹⁹⁵.

Enfin, l'absence de contrôle juridictionnel de la loi a été remise en cause par l'intégration du droit de l'Union Européenne, et dans une moindre mesure par l'incorporation de la CESDH. La Chambre des Lords reconnaît en effet le principe de suprématie du droit communautaire, et accepte alors d'écarter une loi postérieure à l'*European Communities Act* en conflit avec le droit communautaire, depuis sa décision *Factortame*¹⁹⁶. Sous l'angle du *HRA*, la Cour ne peut en revanche ni écarter ni annuler une loi, mais elle peut prononcer une déclaration d'incompatibilité en vertu de la section 4 du *HRA*. Le principe selon lequel le juge n'est pas compétent pour le contrôle de la loi est, en toute hypothèse, fortement affaibli.

Cela nous permet de constater une tendance générale du droit britannique à la relativisation du principe de souveraineté parlementaire, et, par la même à la revalorisation du principe de la *Rule of law*, deuxième pilier du droit anglais. On peut donc conclure, à la suite d'Aurélien DUFFY-MEUNIER, que le système britannique se situe dans un « mouvement de rééquilibrage des fondements constitutionnels britanniques en faveur de ce principe »¹⁹⁷.

La décision *A v Secretary of State for the Home Department*¹⁹⁸, qui a déclarée incompatible la section 23 de l'*Anti-terrorisme, Crime and Security Act* 2001 permettant la détention sans inculpation pour une durée indéterminée de personnes suspectées de terrorisme avec les articles 5 et 14 de la CESDH, est régulièrement citée comme l'exemple de ce rééquilibrage insufflé par le *HRA*. On pourrait donc croire que cette dynamique de relativisation de la souveraineté parlementaire se retrouve avec la même force dans le cadre de la législation anti-terroriste. Or, il faut voir qu'en réalité, cette décision, malgré l'engouement qu'elle a pu susciter, est un cas isolé, du fait de la gravité inédite de l'atteinte portée à la liberté individuelle. La hardiesse de la Cour a en effet rapidement faibli et la remise en cause de sa jurisprudence antérieure n'a pas été aussi complète que certains auraient pu l'espérer. Depuis l'entrée en vigueur du *HRA* en effet, cette déclaration d'incompatibilité a été la seule prononcée par la juridiction suprême britannique en matière terroriste. Elle a en outre affirmé à de nombreuses reprises le regain de force revêtu par le principe de souveraineté parlementaire dans ce cadre.

¹⁹³ *Ibid.*, §206 à 208.

¹⁹⁴ *Jackson v Attorney General* [2005] UKHL 56.

¹⁹⁵ Voir T. GUILLUY « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision *Jackson* », *Jus politicum*, n° 6, oct. 2011. p. 14.

¹⁹⁶ *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport* [1990] UKHL 7.

¹⁹⁷ A. DUFFY-MEUNIER, « La Cour suprême au Royaume-Uni. », art. cit., p. 7.

¹⁹⁸ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

C'est ainsi que dans la décision *Kebilene*¹⁹⁹, Lord HOPE, développe la théorie de la « *sphère discrétionnaire de jugement* »²⁰⁰, c'est-à-dire l'idée selon laquelle le principe démocratique justifie une déférence du juge pour les questions politiques. Il précise que cette sphère sera « *plus aisément reconnue lorsque la Convention elle-même requiert une mise en balance, bien moins lorsque le droit est protégé par une disposition ne prévoyant pas de réserve* »²⁰¹, puis ajoute que, même en l'absence d'une telle réserve, « *il convient de tenir dûment compte de la nature particulière du crime terroriste et de la menace que cela pose à une société démocratique* »²⁰².

La décision *R v Gul*²⁰³ illustre très clairement ce respect de la volonté du Parlement souverain. La Cour prend en effet en compte les débats parlementaires préalables au *Terrorism Act* de 2000 définissant le terrorisme, ainsi que le fait que le Parlement n'ait pas modifié la définition après les recommandations de l'examineur indépendant de la législation anti-terroriste, pour démontrer que le Parlement était parfaitement conscient de la largeur de la définition, et que donc son choix de ne pas la modifier était fait en connaissance de cause²⁰⁴. Dès lors, elle conclut que la définition du terrorisme est « *en effet aussi large qu'elle l'apparaît* »²⁰⁵. Elle valide donc la définition en se fondant sur le fait qu'elle ait été prise par le Parlement sur la base d'une connaissance éclairée des difficultés posées par sa largeur ; et ce malgré l'importance des atteintes aux libertés individuelle et d'aller et venir qui peuvent être déclenchés du fait de la qualification d'acte terroriste.

Cela nous permet de voir que si, « *le statu quo prévaut pour le moment et la souveraineté reste « bipolaire » partagée entre le Parlement et les juges* »²⁰⁶ ; dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la balance penche clairement du côté du Parlement.

Le *HRA* avait certes pour but de préserver la souveraineté du Parlement, mais tout en l'assouplissant, afin de permettre une meilleure protection des libertés par le juge. Or, si ce dernier s'est saisi de ces nouveaux pouvoirs, et a affermi son contrôle sur les actes du Parlement, cette affirmation doit être atténuée dans le champ terroriste.

Cette démarche est problématique car elle va quasiment à l'encontre des objectifs mêmes du *HRA*, c'est-à-dire la volonté de dépasser la rigidité de la séparation des pouvoirs telle qu'originellement conçue au Royaume-Uni. Comme l'affirme Aurélie DUFFY-MEUNIER, « *la fragilité des garanties juridiques réside ainsi dans les fondements même du droit constitutionnel britannique* »²⁰⁷, et cela se vérifie tout particulièrement dans le domaine terroriste. Ce retour de la conception rigide, qui revient à « *perpétue[r] les théories diceyennes à l'époque du HRA* »²⁰⁸, suppose une limitation de son rôle par le juge.

¹⁹⁹ *R. v Director of Public Prosecutions, ex parte Kebilene* [1999] UKHL 43.

²⁰⁰ « *discretionary area of judgement* ».

²⁰¹ « *It will be easier for such an area of judgment to be recognised where the Convention itself requires a balance to be struck, much less so where the right is stated in terms which are unqualified* ».

²⁰² « *Due account should be taken of the special nature of terrorist crime and the threat which it poses to a democratic society* »

²⁰³ *R v Gul* [2013] UKSC 64

²⁰⁴ *Ibid.*, § 39.

²⁰⁵ *Ibid.*, §41 : « *the definition of terrorism as in section 1 of the 2000 Act is indeed as wide as it appears to be* ».

²⁰⁶ A. DUFFY-MEUNIER, « La Cour suprême au Royaume-Uni.. », art. cit., p. 55.

²⁰⁷ A. DUFFY-MEUNIER, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, LGDJ, 2007, p. 356.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 370.

Chapitre 2. La limitation du rôle du juge dans le cadre sécuritaire

Face au renforcement des pouvoirs et de la légitimité du Parlement et de l'exécutif, le juge lui-même admet la limitation de son rôle. La spécificité de la législation anti-terroriste le conduit alors à réduire l'intensité de son contrôle (I) et, au delà, à en modifier la nature même, afin de développer un contrôle particularisé (II).

I. Un degré de contrôle conditionné par l'objet de la norme contrôlée

L'admission par le juge de la nécessité de la lutte contre le terrorisme entraîne nécessairement un changement d'équilibre au sein de la balance entre sécurité et protection des libertés. Le juge va accorder un poids important à la protection de l'intérêt public (A), et va dès lors être plus tolérant vis à vis des justifications aux restrictions de liberté apportées par les autorités politiques (B).

A. *Le poids prépondérant accordé à l'intérêt public dans la balance entre sécurité et protection des libertés*

Le juge constitutionnel français, comme nous l'avons vu, reconnaît la nécessité de la protection de la sécurité face au terrorisme, en fait découler une large interprétation de l'article 34, et l'intérêt public occupe donc une place considérable dans sa jurisprudence en matière de terrorisme. C'est ainsi que, lorsque le Conseil a été saisi de la question de la constitutionnalité du régime dérogatoire de la garde-à-vue pour des crimes ou délits constituant des actes de terrorisme, instaurant une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures renouvelable une fois, la durée totale de la garde à vue pouvant alors être portée à six jours, il a validé le dispositif, considérant qu'il trouvait sa justification dans la spécificité du phénomène terroriste²⁰⁹. En affirmant, malgré l'importance de la restriction apportée à la liberté individuelle, que ce dispositif ne porte atteinte ni à l'article 66 de la Constitution, ni à l'article 9 de la DDHC, il démontre clairement la force particulière accordée à l'intérêt public, résidant dans la protection de la population contre la menace terroriste.

Cette protection par le juge constitutionnel français de l'intérêt public n'est toutefois pas nouvelle, elle se révèle seulement avec plus de force dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Le Conseil était en effet initialement conçu comme un « régulateur des pouvoirs publics », dès lors son rôle était celui de préserver la répartition constitutionnelle des pouvoirs, de prévenir les conflits entre organes, et donc d'assurer la protection du bien commun, entendu au sens du respect de l'ordre constitutionnel tel que mis en place par la Constitution de 1958. Ce n'est qu'avec sa célèbre décision *Liberté d'association*²¹⁰ qu'il s'est érigé en protecteur des droits et libertés individuels. La notion d'intérêt général était en outre familière au juriste français, et ce bien avant 1958, puisqu'elle a servi de fondement au développement de

²⁰⁹ Décision n° 2010-31 QPC, 22 sept. 2010, *M. Bulent A. et a*, cons. 5.

²¹⁰ Décision n° 71-44 DC, 16 juil. 1971, *Liberté d'association*.

l'ensemble du droit administratif par le Conseil d'Etat. En revanche, si cette notion d'intérêt public existait bien entendu en droit britannique, comme dans tout système juridique, en tant que principe directeur de l'action des autorités publiques, son appréciation ne relevait traditionnellement pas du rôle du juge.

Le rôle du juge anglais, juge de *common law*, est en effet fondamentalement celui de protéger les intérêts privés, il ne connaît traditionnellement pas de l'intérêt public. Le principe de *Rule of law*, tel que conçu par Blackstone, est au service de l'individu, il est, pour reprendre l'expression du Professeur ZOLLER, de « fibre individualiste »²¹¹. Et, le juge anglais, contrairement au juge américain qui a très vite développé une jurisprudence de droit public, a toujours été réticent à prendre en compte l'intérêt public dans le cadre de son contrôle de l'*ultra vires*. Cette réticence s'est peu à peu affaiblie, le *HRA* ayant largement contribué au développement du rôle du juge anglais dans le champ du droit public. Ce n'est toutefois qu'avec l'apparition de sa jurisprudence en matière terroriste qu'il s'est réellement orienté vers la prise en compte de l'intérêt public. C'est ainsi que dans la décision *A. v Secretary of State for the Home Department*, Lord HOFFMAN, après avoir rappelé que l'introduction du *HRA* permettait aux juges de se prononcer sur le point de savoir si la menace posée à la nation est suffisante pour justifier la suspension de l'*habeas corpus* ou l'introduction de pouvoirs de détention laissée à la discrétion de l'exécutif²¹², s'attarde longuement sur la question de savoir si la situation actuelle constitue réellement une urgence menaçant la vie de la nation²¹³. Il remet donc en cause l'appréciation du législateur sur l'intérêt public, et le prend largement en compte dans sa solution. Selon lui, en effet, à la différence des autres Lords, les pouvoirs conférés à l'exécutif ne sont pas incompatibles avec la CESDH car disproportionnés ou discriminatoires, mais parce que la vie de la nation n'est pas menacée²¹⁴.

Dans cette décision, la prise en compte de l'intérêt public par le juge a finalement permis une meilleure protection de la liberté individuelle, puisqu'elle le conduit à annuler la dérogation à l'article 5, et donc à déclarer la disposition législative incompatible avec la liberté individuelle telle que protégée par la CESDH. Cette décision doit néanmoins, sans pour autant relativiser son mérite, être appréhendée comme un cas isolé ; l'audace de la Cour s'expliquant par la gravité des atteintes à la liberté individuelle mises en place par l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*. L'intérêt public est en effet majoritairement utilisé pour restreindre l'exercice de ces libertés. C'est ainsi que, dans la décision *Miranda*, la *High Court* laisse totalement de côté la question de l'intérêt privé. Elle va en effet différencier la liberté d'expression générale de la liberté d'expression journalistique, cette dernière relevant de l'intérêt du public²¹⁵. Le juge va donc mettre en balance deux intérêts publics, la liberté de la presse et la sécurité nationale afin de conclure que l'utilisation des pouvoirs conférés par l'annexe 7 au *Terrorism Act 2000* était légale ; l'intérêt de l'individu étant totalement effacé²¹⁶, alors même qu'il a été détenu par les autorités de police pendant neuf heures, ce qui constitue une restriction importante à la liberté d'aller et venir.

²¹¹ E. ZOLLER, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 113.

²¹² *A. v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, § 90.

²¹³ *Ibid.*, § 91 à 97.

²¹⁴ *Ibid.*, § 97.

²¹⁵ *Miranda v Secretary of State for the Home Department* [2014] EWHC 255 (Admin), § 46.

²¹⁶ *Ibid.*, § 65 : « the balance is not between private right and public interest, but between two aspects of the public interest ».

Ce renouvellement de l'attention portée à l'intérêt public s'explique par le fait que les juges sont conscients de l'importance de la menace terroriste, et de la nécessité de protéger la population qui en découle. L'intérêt public résidant dans la sécurité prend donc une importance particulière dans le cadre terroriste, et le juge ne veut pas faire obstacle dans une trop large mesure à la garantie de cette sécurité. La tâche du juge, confronté à la mise en œuvre d'une « *politique majeure pour la survie de l'Etat qu'ils vont devoir éventuellement contrarier* »²¹⁷, est donc particulièrement délicate. Son contrôle va dès lors nécessairement être restreint. Cette situation engendrée par l'autorité désormais conférée à l'argument sécuritaire est parfaitement résumée par Valérie GOESEL-LE BIHAN : « *La lutte contre le terrorisme [a] acquis, depuis le 11 septembre 2001, plus de poids dans la balance des intérêts opérés par le juge. Le contentieux administratif, et même constitutionnel nous avait plutôt habitués à un processus ininterrompu d'approfondissement du contrôle exercé, en particulier sous l'influence européenne. Il faudra désormais compter avec de possibles régressions lorsque la protection des droits se heurte à des impératifs jugés prioritaires* »²¹⁸.

B. Un assouplissement du contrôle

L'importance de l'objet de la norme, la sécurité face au risque terroriste, a pour conséquence logique la réduction de l'intensité du contrôle, le juge ne souhaitant pas s'immiscer autre mesure dans l'appréciation réalisée par les autres branches du pouvoir. Il est donc moins exigeant vis à vis des justifications aux restrictions aux libertés individuelle et d'aller et venir. L'intensité du contrôle est en réalité inversement proportionnelle à celle de la menace. Le juge considère en effet que le législateur et l'exécutif sont plus à même d'attester du niveau de sécurité requis, ainsi que de garantir l'efficacité de la lutte contre le terrorisme. Il leur laisse donc une large marge d'appréciation. C'est ainsi que, selon Karine ROUDIER, ce contrôle « *semble connaître une forme de relâchement qui exprime une nouvelle relation entre l'ordre et la liberté* »²¹⁹.

Ce caractère souple du contrôle de proportionnalité réalisé par le juge anglais dans le cadre du *HRA* se remarque notamment dans la décision *Rehman* de la Chambre des Lords²²⁰. Il s'agissait d'un citoyen pakistanais qui s'était vu refuser le droit de rester au Royaume-Uni, le ministère de l'Intérieur arguant du fait qu'il représentait un danger pour la sécurité nationale du fait de son implication dans une organisation terroriste. La Commission spéciale des recours en matière d'immigration (SIAC) a considéré que son expulsion n'était pas justifiée, car le ministère de l'Intérieur n'avait pas suffisamment démontré, en terme de balance des probabilités, que sa présence sur le territoire était justifiée par l'intérêt public de protéger la sécurité nationale. La Chambre des Lords, elle, a considéré que le risque, même futur, était suffisant pour justifier une telle atteinte à la liberté d'aller et venir de l'individu. Elle est arrivée à cette conclusion en affirmant qu'il était essentiel de « *prendre dûment en considération les analyses et les conclusions du*

²¹⁷ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 80.

²¹⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 9.

²¹⁹ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 324.

²²⁰ *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2001] UKHL 47.

ministre de l'Intérieur »²²¹, Lord HOFFMAN ajoutant même par un obiter dictum général qu'« *en matière de sécurité nationale, le coût de l'échec peut être lourd. Cela me semble souligner le besoin pour la branche judiciaire du gouvernement de respecter les décisions des ministres de la Couronne sur la question de savoir si le support à des activités terroristes dans un Etat étranger constitue une menace pour la sécurité nationale* »²²². Lord SLYNN affirme dès lors que la Commission, compétente pour contrôler l'exercice par le ministre de l'Intérieur de son pouvoir discrétionnaire²²³, doit, pour cela, se prononcer sur le point de savoir si les mesures prises étaient « *disproportionnées par rapport au besoin de protéger la sécurité nationale* »²²⁴. Il s'agit donc là d'un contrôle de la disproportion, alors même que le contrôle ne portait pas ici sur une loi du Parlement, mais sur une décision de l'exécutif.

La distinction opérée entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir constitue par ailleurs un outil précieux du juge constitutionnel, dans la mesure où elle lui permet de faire varier l'intensité du contrôle. C'est ainsi que, depuis 2003, c'est-à-dire à l'occasion des premières saisines liées à la liberté individuelle au sens large postérieures au 11 septembre 2001, le Conseil constitutionnel soumet l'ensemble des atteintes à la liberté d'aller et venir, mais aussi les « *atteintes légères à la sûreté, c'est-à-dire au cœur même de la liberté individuelle protégée à l'article 66* »²²⁵, à un contrôle restreint. Cette notion d'« *atteinte légère* » à la liberté individuelle *stricto sensu* paraît assez opaque, bien qu'elle soit définie par le Professeur GOESEL-LE BIHAN comme « *la simple possibilité pour des agents habilités de disposer d'une personne durant un temps limité, sans qu'il y ait arrestation ou détention de celle-ci* »,²²⁶ et entretient la confusion qui peut exister avec la liberté d'aller et venir. Il faut toutefois voir que c'est en réalité cette absence de distinction stricte qui permet au juge constitutionnel d'adapter le degré de son contrôle en fonction de la marge qu'il souhaite laisser au législateur.

La décision 2003-467 DC²²⁷ illustre parfaitement cette stratégie du juge constitutionnel, qui lui permet de jouer sur l'intensité du contrôle. S'agissant des visites de véhicule, notamment aux fins de recherche et de poursuite des actes de terrorisme, qui relève selon la distinction opérée par Valérie GOESEL-LE BIHAN, de ces « *atteintes légères* » à la liberté individuelle au sens de l'article 66, il procède en effet à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²²⁸. Son contrôle est donc le même que celui effectué au titre de la liberté d'aller et venir²²⁹.

Le juge anglais se sert également de cette distinction pour faire varier l'intensité de son contrôle, et ce d'autant plus que le Royaume-Uni n'ayant pas ratifié le protocole 4, rien ne l'oblige à exercer un contrôle de proportionnalité sur les restrictions à la liberté d'aller et venir²³⁰, il peut donc lui privilégier un simple

²²¹ *Ibid.*, § 26.

²²² *Ibid.*, § 62.

²²³ En vertu de la section 4 du *Special Immigration Appeals Commission Act 1997*.

²²⁴ *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2001] UKHL 47, § 11 : « *Whether the question should have been exercised differently will normally depend on whether on the facts found the steps taken by the Secretary of State were disproportionate to the need to protect national security* ».

²²⁵ V. GOESEL-LE BIHAN, art. cit., p. 9

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*.

²²⁸ *Ibid.*, cons. 12.

²²⁹ *Ibid.*, cons. 71.

²³⁰ L'exercice du contrôle de proportionnalité dans le cadre du HRA est en effet fondé sur la section 2 (1) du HRA, obligeant les juges à prendre en compte la jurisprudence de la CourEDH relative aux droits conventionnels incorporés en droit interne.

contrôle de la rationalité. C'est en effet afin de restreindre le champ de la liberté individuelle protégée par l'article 5 de la Convention que Lord HOFFMAN²³¹ et Lord CARSWELL²³² insistent sur cette distinction.

Le juge, afin de permettre l'efficacité de la lutte contre le terrorisme, assouplit donc son contrôle relatif à la protection des libertés individuelle et d'aller et venir. Cela nous permet d'affirmer que « *lorsque le pays est confronté à une grave menace à la sécurité nationale, (...) des mesures anti-terroristes qui n'auraient pas été proportionnées en temps de paix peuvent alors être jugées proportionnées* »²³³.

Le juge, face à ce besoin d'efficacité, accepte non seulement d'accorder plus de poids à la nécessité pour les autorités politiques d'assurer la sécurité et assouplit en conséquence son contrôle, mais, au delà, il va jusqu'à intégrer dans les paramètres même de son contrôle la spécificité de la lutte contre le terrorisme. Cette adaptation n'est alors plus seulement quantitative mais touche également à la substance même du contrôle effectué.

II. Une adaptation des paramètres du contrôle au cadre de la lutte contre le terrorisme

Face aux problèmes particuliers posés par le terrorisme, le juge constitutionnel est allé bien au delà de la simple réduction du degré de contrôle, il adapte en effet les paramètres même de son contrôle. La lutte contre le terrorisme a alors une influence sur la nature du contrôle, et non plus sur sa seule intensité, dans la mesure où elle conduit le juge à modifier son interprétation des normes de référence (A) ainsi que son utilisation des techniques de contrôle (B).

A. *Une interprétation des normes de référence conditionnée par l'objet de la loi*

L'importance accordée à la lutte contre le terrorisme confère une légitimité particulière à la loi et, ce faisant, rompt « *l'équilibre entre la disposition législative et les principes constitutionnels* »²³⁴. Le poids accordé aux motifs de restriction des libertés n'influence donc plus uniquement le degré du contrôle, mais va jusqu'à exercer une influence sur l'interprétation de la norme de référence elle-même, en incitant à « *une autre lecture des droits fondamentaux* »²³⁵.

Cette influence de la norme contrôlée sur l'appréhension de la norme de référence se constate dans la jurisprudence du Conseil relative au principe d'égalité. Ainsi, dans sa décision 96-377 DC, il affirme que la possibilité de déchoir de la nationalité française tout individu l'ayant acquis qui serait coupable d'un crime ou délit de terrorisme ne méconnaît pas le principe d'égalité. Pour arriver à cette conclusion, il affirme pourtant que les personnes ayant acquis la nationalité française et celles à qui elle a été attribuée à la naissance sont dans une même situation, mais poursuit en affirmant que « *toutefois, le législateur a pu,*

²³¹ *Secretary of State for the Home Department v JJ and others* [2007] UKHL 45, § 34.

²³² *Ibid.*, § 70.

²³³ C. CHAN, « Business as usual : deference in rights review », in F. DAVIS, F. de LONDRAS, eds., *Critical debates on counter-terrorism judicial review*, Cambridge University Press, 2014, p. 241 : « *When the country is under grave national security threat, (...) counter-terrorism measures that would not have been proportionate in times of peace might then be found to be proportionate* ».

²³⁴ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 159.

²³⁵ *Ibid.*, p. 205.

compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité »²³⁶. Le Conseil, applique donc la deuxième branche de l'alternative du principe d'égalité tel qu'il apparaît dans sa jurisprudence²³⁷, et admet explicitement, pour la première fois, qu'une identité de situation puisse donner lieu à une différence de traitement. Cette solution a par la suite été confirmée par la décision 2014-439 QPC²³⁸. Or si la formulation constante du principe d'égalité pourrait laisser penser, comme le montre le Professeur Olivier JOUANJAN, en partant du fait qu'une différence de traitement s'établit nécessairement sur la base d'une différence de situation, que les raisons d'intérêt général auraient en réalité pour but de permettre de « *sauver encore la différence de traitement qui n'aurait pas passé avec succès le premier test* »²³⁹ ; ce n'est pas la position adoptée par le Conseil, puisque qu'il « *censure bien des différences de traitement non justifiées par des différences de situations, sans guère se préoccuper si le motif d'intérêt général recherché par le législateur ne pourrait, subsidiairement, justifier une « dérogation » à l'égalité* »²⁴⁰. C'est toutefois bien ce qu'il fait en l'espèce, et de manière très claire. On peut donc conclure avec Karine ROUDIER²⁴¹, que c'est la particularité de la lutte contre le terrorisme qui justifie la validité de cette discrimination. Cette analyse est en outre renforcée par la présence de ce même raisonnement, explicite cette fois, quant au principe de nécessité des peines : « *qu'en outre, eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme, cette sanction a pu être prévue sans méconnaître les exigences de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* »²⁴². La lutte contre le terrorisme bouleverse donc l'appréhension même du principe d'égalité par le juge constitutionnel ; celui-ci modifiant la fonction conférée à la structure binaire du principe. Le rapport entre la norme de référence et la norme objet du contrôle est donc quasiment inversé, puisque ce sont les droits et libertés constitutionnellement protégés qui sont interprétés de manière conforme à la loi.

Cette idée se retrouve dans la jurisprudence de la Cour Suprême. Elle est implicitement affirmée par Lord HOFFMAN, dans son opinion dissidente sur la décision *Secretary of State for the Home Department v JJ*, puisqu'il affirme que le concept de privation de liberté au sens de l'article 5 de la CESDH doit être interprétée strictement, sinon cela reviendrait à « *placer de trop lourdes restrictions sur les pouvoirs de l'Etat pour faire face à la menace terroriste mettant en danger la vie des citoyens* »²⁴³. Elle est revanche explicitement avancée par la Cour quelques années plus tard, dans une affaire touchant à la sauvegarde de l'ordre public, mais en dehors du contexte terroriste. Lord HOPE considère en effet que l'on peut prendre

²³⁶ Décision n° 96 - 377 DC du 16 juillet 1996, cons. 23.

²³⁷ Formule constante depuis la décision n° 87-232 DC du 7 janv. 1988, *loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole* : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* » ; le Conseil ayant ajouté à partir de la décision n°97-388 DC « *en rapport direct* ».

²³⁸ Décision n° 2014-439 QPC, 23 janv. 2015, *Ahmed S.*

²³⁹ O. JOUANJAN « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus politicum*, n°7, 2012, p. 11.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 12.

²⁴¹ K. ROUDIER, *op. cit.*, pp. 170-171.

²⁴² Décision n° 96 - 377 DC du 16 juillet 1996, cons. 23.

²⁴³ *Secretary of State for the Home Department v JJ & others* [2007] UKHL 45, § 44 : « *Otherwise the law would place too great a restriction on the powers of the state to deal with serious terrorist threats to the lives of its citizen* ».

en compte le but de la mesure restreignant la liberté individuelle pour déterminer la portée à donner à l'article 5 de la CESDH²⁴⁴.

Si cette conception n'a jusqu'à aujourd'hui pas fait l'objet d'une consécration dans le champ du terrorisme, cela pourrait rapidement être remis en cause. Le gouvernement de David CAMERON a en effet exprimé, en 2006²⁴⁵, sa volonté d'introduire, dans l'hypothèse d'une déclaration de droit britannique remplaçant le *HRA*, une « *balancing clause* », permettant de réinterpréter les droits fondamentaux au regard de l'objectif de sécurité nationale. Or cette construction est juridiquement contestable, puisqu'elle fait remonter d'une étape le moment de la mise en balance, au stade de la détermination du champ du droit protégé, et non plus au stade de la justification de cette atteinte. Elle permettrait en réalité d'établir un rapport de proportionnalité entre la liberté constitutionnelle et la loi anti-terroriste, et non plus seulement entre la restriction à la liberté que la loi met en place et l'objectif de sécurité qui la motive.

Si cette idée devait être consacrée par un texte, cela pourrait se traduire par un recul important dans la protection des droits ; et ce d'autant plus lorsque s'ajoutent à ce bilan les difficultés rencontrées par le juge pour procéder à un réel contrôle de proportionnalité des mesures de lutte contre le terrorisme.

B. L'appauvrissement du contrôle de proportionnalité résultant de l'accentuation de son caractère abstrait

Nous avons déjà constaté la réduction de l'intensité du contrôle de proportionnalité, celui-ci étant le plus souvent restreint. Il s'agit désormais de s'intéresser à la nature de ce contrôle, et particulièrement à l'approfondissement de son caractère abstrait du fait des particularités de la lutte contre le terrorisme.

L'utilisation du standard de proportionnalité est souvent présentée comme « *une manifestation du pouvoir d'interprétation et d'arbitrage (subjectif) du juge* »²⁴⁶ ; ce qui peut expliquer les réticences qu'a eu le juge anglais à affirmer qu'il mettrait en œuvre un tel test. Il a pourtant progressivement développé les techniques de son contrôle, s'éloignant du seul contrôle du caractère raisonnable, qu'il avait développé dans la jurisprudence *Wednesbury*²⁴⁷. Puis, l'introduction du *HRA* a donné lieu à la reconnaissance explicite par la Chambre des Lords de l'utilisation du standard de proportionnalité lorsque sont en jeu des droits conventionnels²⁴⁸. C'est ainsi que dans la décision *A. v Secretary of State for the Home Department*, sur le fondement de l'article 15(1) qui exige que la dérogation à des droits conventionnels soit strictement requise par la situation, la Cour procède à un réel contrôle de proportionnalité, non seulement approfondi, mais aussi très concret²⁴⁹. La majorité des juges s'attarde en effet sur l'existence d'une différence de situation entre étrangers et nationaux vis à vis de la menace qu'ils sont en pratique

²⁴⁴ *Austin & Anor v Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] UKHL 5, § 27.

²⁴⁵ Speech to the Centre for Policy Studies, London, 26 juin 2006, « Balancing freedom and security : a modern British Bill of Rights » ; cité par H. FENWICK, « The Human Rights Act or a British Bill of Rights : creating a down-grading recalibration of rights against the counter-terror backdrop ? », *Public Law*, 2012, p. 470.

²⁴⁶ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, art. cit., p. 911.

²⁴⁷ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1

²⁴⁸ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26.

²⁴⁹ *A. v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

susceptibles de poser²⁵⁰. La Cour rejette également l'argument du gouvernement consistant à dire que, ces individus étant en principe libre de quitter le territoire à tout moment, ils sont en fait dans une « *prison à trois murs* », préférant regarder la réalité de la situation dans laquelle ils se trouvent, c'est-à-dire un « *cul-de-sac* » duquel ils ne peuvent s'échapper²⁵¹. Il faut pourtant admettre, encore une fois, que cette décision de 2004 ne permet pas de se rendre compte de la nature du contrôle exercé par le juge britannique sur les dispositifs anti-terroristes « *étant donné la disproportion flagrante des moyens utilisés pour mettre en place la dérogation* »²⁵².

Le contrôle du juge constitutionnel anglais, du fait de la nature de ses fonctions de Cour suprême, est certes nécessairement exercé de manière plus concrète que celui du juge constitutionnel français, ce dernier ne se prononçant jamais sur la situation de requérants, mais dans un cadre objectif, de défense du droit. Mais, en réalité, les juges, anglais comme français, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, disposent d'outils inadaptés, dont fait partie le test de proportionnalité. Ils sont en effet confrontés à des situations de risques en puissance, non réalisés, et donc à l'impossibilité de vérifier le respect en pratique des conditions de la proportionnalité. Le juge anglais doit donc se prononcer, non plus sur des faits, mais sur des prédictions.

C'est ce que l'on constate notamment avec la décision *Rehman*, dans laquelle le juge devait se prononcer, non sur le point de savoir si les actes de l'individu constituent une menace pour la société, mais sur le point de savoir si le ministre de l'Intérieur a pu considérer que cet individu représente un danger futur pour le pays²⁵³. Il n'a donc que très peu de marge de manœuvre et conclut que le ministre de l'Intérieur pouvait justifier l'expulsion de l'individu sur le fondement d'un risque futur, malgré l'impossibilité de démontrer ce caractère dangereux par un acte que l'individu aurait commis²⁵⁴. Dès lors, le standard de proportionnalité est utilisé de manière abstraite, parfois même formelle, et ne peut donc que très rarement être regardé comme une manifestation du pouvoir du juge.

On constate en réalité que les difficultés du contrôle de la légalité de l'infraction, c'est-à-dire de sa définition, se retrouvent nécessairement au moment du contrôle de la proportionnalité des peines ou des dispositifs de sûreté. L'incertitude qui règne quant à la réponse à apporter au terrorisme se répercute nécessairement sur la notion de proportionnalité.

S'agissant de l'adéquation, comment le juge pourrait-il se prononcer alors que la multitude des lois anti-terroristes, prises parfois à titre provisoire, avec la condition d'un bilan après application, démontrent que la question du moyen adéquat reste irrésolue ? Le juge ne disposant en outre pas de conseils d'experts, la CourEDH a choisi de laisser une large marge d'appréciation aux autorités nationales²⁵⁵, mais le juge national ne peut agir de la même façon, à moins de rendre tout contrôle juridictionnel inefficace en

²⁵⁰ Ce n'est pas le cas de Lord WALKER, pour qui les appels auraient dû être rejetés, ni de Lord HOFFMAN, pour qui il n'existe pas de menace à la vie de la nation, la dérogation sur le fondement l'article 15 étant dès lors nécessairement irrégulière. Sur l'examen concret de nature de la menace posée par ces deux groupes, voir notamment Lord NICHOLLS, § 77.

²⁵¹ Lord HOPE, § 123 : « *it would be more accurate to say that the detainees who remain here are in a cul-de-sac from which, as they have no safe country to go to, there is no escape* ».

²⁵² M. ROSENFELD, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in DELMAS-MARTY M., LAURENS H, *op. cit.*, p. 276.

²⁵³ *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2001] UKHL 47 ; voir notamment Lord HOFFMAN § 48.

²⁵⁴ *Ibid.*, § 65.

²⁵⁵ CourEDH *Lawless c/ Irlande (n°3)*, 1961, n° 332/57, § 28.

matière de terrorisme. Le juge britannique a d'ailleurs refusé d'appliquer cette théorie telle qu'utilisée par la Cour EDH²⁵⁶. Il ne peut toutefois se lancer dans un examen concret sur le point de savoir si la mesure permet d'atteindre l'objectif de sécurité, puisque, comme nous l'avons dit, il ne dispose pas des moyens de répondre à cette question, mais aussi car « *comment une juridiction oserait-elle contre les pouvoirs publics et contre l'opinion publique, prétendre qu'en regard à l'incertaine adéquation des mesures antiterroristes, celles-ci sont toutes soit inconstitutionnelles soit inconvencionnelles ?* »²⁵⁷. Il ne peut donc que vérifier qu'il existe une « *sorte de possibilité abstraite* »²⁵⁸ que les moyens choisis par le législateur permettent d'assurer la sécurité et le maintien de l'ordre public.

Le caractère purement abstrait du contrôle de l'adéquation se répercute sur celui de la nécessité. S'il suffit qu'une mesure soit potentiellement adéquate pour passer le test de l'adéquation, comment alors savoir si une mesure moins attentatoire aux libertés serait, elle, adéquate ? Le juge, qui ne dispose pas d'expertises, ne peut pas déterminer si une autre solution permettrait de répondre aux circonstances de fait, voire même à la menace telle qu'elle est susceptible de se manifester dans le futur. Il ne peut donc que s'appuyer sur le témoignage de l'exécutif ; ce qui mène à une mutation de la nature de cette étape, qui se transforme en une sorte de « *présomption de nécessité* »²⁵⁹.

Quant à la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire la conciliation entre le moyen choisi, la restriction à la liberté, et la fin visée, la sauvegarde de l'ordre public ou de la sécurité, le contrôle est là aussi très abstrait. Cette mise en balance se situe certes sur un plan plus juridique que les deux premières phases du test, mais à partir du moment où ni le lien de cause à effet entre le moyen et la fin, c'est-à-dire l'adéquation, ni le caractère nécessaire des mesures ne peuvent être démontrés, comment déterminer le poids à donner à chacun de ces éléments ? Le standard de proportionnalité est en effet conçu comme un ensemble, la validation de chaque étape permettant de passer à la suivante et les trois conditions devant être remplies, pour que la mesure soit justifiée. Or, si la première étape se fonde sur une supposition, le contrôle des deux autres éléments est nécessairement faussé, dénaturé, presque factice.

Le test de proportionnalité dans son ensemble, et particulièrement dans sa dernière étape, touche en réalité dans ce cadre à la question de savoir comment il faut lutter contre le terrorisme, à la mesure dans laquelle on peut restreindre les libertés pour la sécurité. C'est donc une question fortement idéologique, à laquelle le juge ne veut pas répondre. Il va donc déplacer le cadre de son contrôle de proportionnalité, notamment vers les garanties.

Le juge constitutionnel modifie donc les paramètres de son contrôle, allant jusqu'à créer un « *contrôle sur mesure* »²⁶⁰ dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ; contrôle qui se caractérise certes par son affaiblissement, mais qui « *présente l'avantage d'être au moins un contrôle* »²⁶¹, et qui permet donc de préserver une protection juridictionnelle, bien que relativisée, des libertés individuelle et d'aller et venir.

²⁵⁶ R. v Director of Public Prosecutions, ex parte Kebilene [1999] UKHL 43, Lord HOPE : « *This technique is not available to the national courts when they are considering Convention issues arising within their own countries* ».

²⁵⁷ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, art. cit., p. 916.

²⁵⁸ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 338.

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 342-343.

²⁶⁰ K. ROUDIER, « Le contrôle de constitutionnalité de la législation anti-terroriste : étude comparée des expériences espagnole, française et italienne », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, oct. 2012.

²⁶¹ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 351.

PARTIE 2. La préservation par le juge de son rôle de gardien des libertés

Il est nécessaire d'assurer, face aux potentielles dérives liberticides auxquelles peut donner lieu la lutte contre le terrorisme, une protection, bien qu'atténuée, de la liberté individuelle et de la liberté d'aller et venir. Cela constitue un réel devoir à la charge du juge, qui va alors tâcher, par divers moyens, de conserver un contrôle sur les dispositifs anti-terroristes (Titre 1). Ce contrôle dans le champ de la lutte contre le terrorisme est caractérisé par la retenue et la prudence du juge, mais il faut voir que cette attitude est en réalité nécessaire, et lui permet, difficilement, de maintenir les limites de l'Etat de droit (Titre 2).

Titre 1. Le devoir du juge constitutionnel d'assurer l'effectivité de la protection des libertés

Il est de l'essence même du juge de garantir la protection des libertés individuelles au sens générique du terme, et ce rôle est d'autant plus fondamental dans des périodes de crise, telles que celle engendrée par le phénomène terroriste (Chapitre 1). Il va donc procéder à un remaniement de son contrôle, afin d'assurer une protection des libertés individuelle et d'aller et venir, malgré la difficulté de cette tâche (Chapitre 2)

Chapitre 1. Le rôle essentiel du juge en temps de crise

L'absence de caractère démocratique est un argument souvent opposé à l'action du juge en matière de lutte contre le terrorisme, au profit de celle des autorités politiques. Il faut toutefois voir que cela n'obère pas la légitimité de son action (I). Sa légitimité est en effet d'une autre nature elle tient essentiellement à la protection de l'individu contre les ingérences injustifiées dans ses droits. Alors qu'il appartient au pouvoir politique, expression de la démocratie, de vouloir ; il revient, le cas échéant, au juge, qui ne représente pas le peuple, d'empêcher (II).

I. Une légitimité du juge accrue dans le cadre de la lutte contre le terrorisme

La prééminence du droit est un principe essentiel à tout ordre juridique. Exprimé et conçu de différentes manières selon les systèmes, il implique dans tous les cas une garantie de son respect par le juge. Le contrôle juridictionnel est donc légitimé par ce biais, et ce, particulièrement lorsque la prééminence du droit est menacée (A). Ce contrôle n'est, en toutes hypothèses, pas en concurrence avec les actions des autres branches du pouvoir, puisque le rôle du juge est distinct de celui des autorités politiques, de la même manière que leur légitimité ne repose pas sur un fondement identique. Il s'agit donc d'un rapport de complémentarité, au sein duquel le juge a un rôle important à jouer (B).

A. La nécessité d'un contrôle juridictionnel pour assurer la prééminence du droit

Le principe de prééminence du droit, traduction du principe de *Rule of law*²⁶², est appréhendé par les systèmes de droit civil, auxquels appartient la France, au travers du principe de primauté de la Constitution, découlant de l'Etat de droit. Cela révèle dès lors une différence de conception fondamentale entre pays de *common law* et pays de droit continental. La distinction entre la loi, au sens du droit positif, et le droit est en effet une tradition fondamentale de la *common law*, tandis qu'en France, ou en Allemagne, le droit vient de la formation de l'Etat. Cela permet de mettre en lumière la distinction essentielle entre le système français, où ce droit qui doit régner réside dans la Constitution écrite ; tandis que la tradition anglaise veut qu'il soit constitué de principes rassemblés dans une Constitution non écrite, et donc préexistant à sa potentielle formulation par des textes.

Dans les deux cas, ce principe de prééminence implique nécessairement une garantie de son respect par le juge. La *Rule of Law*, selon DICEY, regroupe trois éléments : le principe de légalité ; l'égalité devant le droit ; et le principe de « *protection judiciaire des droits* »²⁶³. Ce dernier élément, qui nous intéresse ici signifie que « *la Rule of Law traverse toute la constitution dans la mesure où ses principes généraux (comme, par exemple, la liberté individuelle, ou le droit de réunion) dérivent chez nous des décisions des cours de justice qui, au gré des cas d'espèce portés devant elles, fixent les droits des personnes privées, alors que dans beaucoup d'autres pays, la seule garantie des droits des individus découle ou semble découler des principes généraux de la Constitution* »²⁶⁴. La *Rule of Law* a donc comme corolaire nécessaire la protection des droits par le juge, puisque ces droits ne sont pas seulement appliqués par le juge, mais originellement dégagés et définis par lui à l'occasion de litiges individuels. La prééminence du droit doit donc se comprendre comme la primauté des droits ainsi dégagés par des décisions jurisprudentielles.

La logique est différente dans un système de droit continental, ce qui est illustré par la notion de « *garantie juridictionnelle de la Constitution* »²⁶⁵, dégagée par KELSEN. Le choix de cette expression montre bien que le juge est, ici, en principe conçu comme devant protéger des droits prédéfinis dans la Constitution.

Si ces traditions sont fondamentalement différentes, il faut voir qu'en pratique, cette divergence peut être relativisée par deux facteurs. D'abord, la conception du droit continental qui voudrait faire du juge constitutionnel la « bouche de la Constitution », permettant un règne du droit pur, ne peut en pratique être considérée comme absolue. L'interprétation d'un texte, et surtout d'un texte court et relativement ancien, nécessite nécessairement un moment créateur, aussi minime soit-il. Le juge constitutionnel français ne se limite donc pas à appliquer ce qui est prévu par la Constitution, il l'interprète, en tire des normes et des droits permettant de régir les questions auxquelles la société contemporaine est confrontée, et finalement « *fait parler la Constitution* »²⁶⁶. Par ailleurs, le principe de *common law* selon lequel les droits sont d'abord définis par le juge, qui détermine la portée à leur accorder en se prononçant sur les atteintes dont il font

²⁶² Traduction retenue au sein du Statut du Conseil de l'Europe, Londres, 5 mai 1949.

²⁶³ E. ZOLLER, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 107

²⁶⁴ A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 174

²⁶⁵ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

²⁶⁶ Selon l'expression de B. MATHIEU, « Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel » *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série, 2009, colloque du cinquantenaire, 3 nov. 2009, p. 2.

l'objet a été fortement relativisé par l'introduction du *HRA*, texte de droit positif qui garantit des droits fondamentaux. L'approche du juge anglais est ainsi dans une certaine mesure inversée, puisqu'il va devoir d'abord regarder la portée du droit en cause, puis examiner si les atteintes peuvent être ou non justifiées²⁶⁷. Dès lors, malgré la persistance de ces traditions différentes, on assiste à un rapprochement des systèmes sur le point de la protection juridictionnelle des droits.

Le fait d'avoir des droits fondamentaux, peu important leur origine, implique en effet nécessairement la volonté de « *soustraire certains intérêts prépondérants aux vicissitudes de la controverse politique, les placer au dessus de la compétence des majorités changeantes, les élever en principes juridiques suprêmes, applicables en tout lieu et en toute circonstance* »²⁶⁸. Dès lors, « *le contrôle judiciaire est le corollaire nécessaire de la garantie des droits* »²⁶⁹, la « *pièce angulaire de la prééminence du droit elle-même* »²⁷⁰.

Au Royaume-Uni, cette légitimité du contrôle juridictionnel est donc d'autant plus forte qu'elle est ancrée dans la tradition juridique, comme l'affirmait déjà TOCQUEVILLE, parlant du « *goût de la justice* » qui « *caractérise si fort les Anglais* »²⁷¹. Il existe en outre une importante tradition de la protection juridictionnelle de la liberté individuelle, à travers le principe d'*Habeas corpus*, dont les origines remontent au Moyen-Âge. Dès 1215 en effet, la Grande Charte, disposait que « *aucun homme ne doit être arrêté ou emprisonné ou privé de ses droits ou possessions (...) en dehors d'un jugement légitime par ses égaux ou par la loi du pays* »²⁷². Ce contrôle juridictionnel est donc justifié par le principe de prééminence du droit.

Ce dernier voit en outre son importance croître dans le système britannique contemporain. C'est ainsi qu'il a, pour la première fois en 2005, été consacré par un texte, le *Constitutional Reform Act*. Il est en outre, comme nous l'avons vu, renforcé, du fait de la relativisation de la souveraineté parlementaire. C'est ainsi qu'il est possible de considérer que, dans le cadre de cette « *Constitution faite par les juges* »²⁷³, le principe de souveraineté parlementaire a en réalité été dégagé par les juges. C'est d'ailleurs ce qu'a affirmé Lord STEYN, considérant que le principe de souveraineté parlementaire est « *une construction de la common law. Les juges ont créé ce principe* »²⁷⁴. Dès lors, « *il ne serait pas impossible que, dans certaines circonstances, les cours puissent avoir à qualifier un principe établi sur une approche différente du constitutionnalisme* »²⁷⁵.

Le juge constitutionnel, anglais comme français, est donc légitime à intervenir, pour assurer la prééminence du droit. Cette légitimité est d'autant plus prégnante en temps de crise, puisque, dans ce cadre, le juge constitue le dernier rempart contre des atteintes excessives aux libertés justifiées par le besoin de

²⁶⁷ S. PAPAPOLYCHRONIOU, « Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme », communication au VI Congrès de droit constitutionnel, Montpellier, juin 2005, p. 21.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 20.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Lord BINGHAM, *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, § 42 : « *a cornerstone of the rule of law itself* ».

²⁷¹ A. de TOCQUEVILLE, *Voyage en Suisse*, in *Œuvres*, vol. I, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1991, pp. 618-619 ; cité par E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 100.

²⁷² « *No man shall be seized or imprisoned or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled (...) except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land* ».

²⁷³ A.V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 175 : « *a judge-made Constitution* » ; cité par A. DUFFY-MEUNIER « La Cour suprême au Royaume-Uni.. », *art. cit.*, p. 46.

²⁷⁴ *R (Jackson) v Her Majesty's Attorney-General* [2005] UKHL 56, § 102 : « *It is a construct of the common law. The judges created this principle* ».

²⁷⁵ *Ibid.* : « *If that is so, it is not unthinkable that circumstances could arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalism* ».

sécurité. C'est en ce sens qu'Aharon BARAK affirme que « *la sauvegarde des droits de l'homme de chaque individu est un devoir bien plus redoutable en temps de guerre et de terrorisme qu'en temps de paix et de sécurité (...)* Cela relève du mythe que d'imaginer que nous pouvons préserver une distinction nette entre les droits de l'homme en temps de guerre et les droits de l'homme en tant de paix »²⁷⁶.

Ce faisant, le juge n'empiète pas sur les fonctions des autres branches du pouvoir, il ne fait qu'assurer son rôle de gardien de la prééminence du droit. Les conclusions de l'avocat général MADURO sur la décision *Kadi* sont en ce sens très éclairantes : « *Le fait que les mesures en cause soient destinées à éradiquer le terrorisme international ne doit pas empêcher la Cour de remplir son obligation de préserver la prééminence du droit. Ce faisant, et plutôt que d'empiéter sur le domaine de la politique, la Cour réaffirme les limites que le droit impose aux décisions politiques* »²⁷⁷. Le juge constitutionnel ne doit pas décider à la place des autorités politiques, mais doit jouer une « *fonction de contre-pouvoir en période de crise* »²⁷⁸.

B. La légitimité de l'intervention du juge dans le dialogue entre les branches du pouvoir

La légitimité du juge pour contrôler la justification des décisions affectant les libertés est distincte de celle des autorités politiques. C'est ainsi que Lord BINGHAM rejette la distinction faite entre juge et organes démocratiques visant à priver de légitimité le contrôle juridictionnel dans certains domaines sensibles. Il affirme en effet que, certes le juge n'est ni élu ni responsable devant le Parlement, et que chacune des trois branches du gouvernement ont des fonctions différentes, mais que la fonction des juges d'interpréter et appliquer le droit est « *universellement reconnu comme un élément cardinal d'un Etat démocratique moderne* »²⁷⁹. Cette légitimité est renforcée au Royaume-Uni par le fait que le Parlement, lui même, a conféré aux cours le pouvoir de faire respecter le droit et la démocratie, et le cas échéant de déclarer une décision incompatible avec les droits conventionnels. Dans ce cadre, le juge anglais bénéficie donc d'une légitimité démocratique indirecte, puisque le Parlement, représentant de la nation, a décidé de lui confier cette compétence²⁸⁰. C'est également ce qu'affirme Lord SCOTT lorsqu'il déclare que le contrôle de conventionnalité et le mécanisme des déclarations d'incompatibilité ne relèvent pas d'une fonction que le juge s'est attribué. « *C'est une fonction qui leur a été accordée par la loi de 1998* »²⁸¹. Le fondement du contrôle de constitutionnalité opéré dans le cadre du *HRA* se trouve donc la loi, dans la volonté du Parlement. Il ne s'agit pas, à la différence de la conception américaine du contrôle de constitutionnalité des lois, d'un pouvoir inhérent à l'essence du juge²⁸².

²⁷⁶ A. BARAK, art. cit., p. 294.

²⁷⁷ Conclusions de l'avocat général M. P. MADURO sur l'affaire *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil de l'UE et Commissions des Communautés européennes*, présentées le 16 janv. 2008, § 45.

²⁷⁸ S. PAPAPOLYCHRONIOU, art. cit., p. 2.

²⁷⁹ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, § 42 : « *universally recognised as a cardinal feature of the modern democratic state* »

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*, § 145 : « *It is a function that has been thrust on the courts by the 1998 Act* ».

²⁸² Dans l'arrêt *Marbury v Madison* 1803 (5 US 137) de la Cour suprême des Etats-Unis, qui théorise le contrôle de constitutionnalité des lois, le Président Marshall justifie ce contrôle par l'essence du rôle du juge, dont le devoir est de dire le droit applicable à un cas, et par le caractère limité de la Constitution américaine. Au Royaume-Uni, à l'inverse, si c'est le juge qui a créé le principe de souveraineté parlementaire, il a par la suite été lié par celui-ci. Dès lors, le pouvoir de contrôler les actes du Parlement ne peut dériver que de la volonté de ce Parlement.

Le cadre français est différent dans la mesure où ce contrôle de constitutionnalité a été expressément confié au Conseil constitutionnel par l'article 61 de la Constitution, ensuite complété par l'article 61-1. Il faut toutefois voir que son rôle, initialement conçu comme celui d'un arbitre entre les pouvoirs, a nettement évolué. Cette évolution s'est faite par deux impulsions distinctes. Tout d'abord, le Conseil, en 1971, s'est, de lui-même, érigé en défenseur des droits et libertés constitutionnellement garantis, par l'incorporation dans le bloc de constitutionnalité du Préambule de la Constitution de 1946, et par la même de la DDHC de 1789²⁸³. A cela s'est ajoutée la révision constitutionnelle de 1974, élargissant les autorités de saisine dans le cadre du contrôle a priori à 60 députés ou sénateurs. Le contrôle de la constitutionnalité des lois au regard des droits et libertés est donc fondé sur des éléments à la fois interne (l'extension du rôle du Conseil par sa jurisprudence) et externe (la Constitution). Sa légitimité n'est donc en aucun cas fondée sur la volonté du législateur.

En toutes hypothèses, que cette fonction soit conférée au juge par le Parlement ou par la Constitution, celui-ci doit être capable de « *faire plus que simplement approuver sans discussion les décisions des ministres et du Parlement* »²⁸⁴.

Si le fondement de la légitimité du juge est différent de celui de la légitimité des autorités politiques, leurs fonctions également sont distinctes. Les autorités politiques ont principalement pour but d'assurer l'efficacité des mesures de lutte contre le terrorisme, tandis que « *le rôle de la Cour est d'assurer la constitutionnalité et la légalité de la lutte contre le terrorisme* »²⁸⁵. Leur rôle ne se confond donc pas. Le devoir des autorités politiques est de chercher à assurer la sécurité, mais toujours dans le respect de la Constitution. Le juge doit alors veiller à ce respect, c'est-à-dire vérifier que la protection des exigences d'intérêt général ne revienne pas à méconnaître de manière excessive les libertés. Il ne se prononce pas sur l'opportunité de la politique choisie, mais sur la conformité de ses buts et moyens au droit. « *Ceci est la contribution de la Cour à la lutte de la démocratie pour survivre. A mon avis c'est une importante contribution, qui reflète bien le rôle du judiciaire dans une démocratie* »²⁸⁶.

Dès lors, il faut voir qu'une déférence excessive du juge ne reviendrait en réalité pas à respecter la séparation des pouvoirs, mais à la méconnaître. On ne peut pas nier que l'évaluation du niveau du risque terroriste par exemple relève d'un travail d'expert, auquel le juge n'est pas apte à se livrer ; mais la question du degré de prudence à adopter n'est pas une question purement technique, elle comporte également un aspect moral, mais aussi juridique. Elle soulève en effet la question de savoir jusqu'où des limitations aux libertés sont acceptables afin de combattre le terrorisme, à laquelle on ne peut répondre que par un bilan qualitatif, et donc par un test de proportionnalité²⁸⁷. Dès lors, « *s'il est certain que l'on doit reconnaître une sphère de jugement discrétionnaire qui relève de la compétence des branches politiques du gouvernement, il existe également une sphère de questions qui ne peuvent pas être abandonnées à la discrétion des hommes politiques parce qu'elles touchent aux libertés et droits fondamentaux des personnes* »²⁸⁸.

²⁸³ Décision n° 71-44 DC, 16 juil. 1971, *Liberté d'association*.

²⁸⁴ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, § 64 : « *The judges must be intended to do more than simply rubber-stamp the decisions taken by ministers and Parliament* ».

²⁸⁵ A. BARAK, art. cit., p. 300.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ D. FELDMAN « Human Rights, terrorism and risk : the roles of politician and judges », *Public Law*, 2006, pp. 378-379.

²⁸⁸ S. PAPAPOLYCHRONIOU, art. cit., p. 19.

La lutte contre le terrorisme engendre des tensions dans la séparation des pouvoirs, mais il faut voir que cela relève de l'essence même de la séparation des pouvoirs. Cette théorie a en effet été élaborée afin d'établir des contrepouvoirs, elle n'implique donc pas un accord entre les branches du pouvoirs, mais plutôt des frictions, des divergences, qui doivent être résolus par un dialogue entre elles, au moyen de leurs compétences respectives. Cette idée de « *dialogue constitutionnel entre les pouvoirs* »²⁸⁹ se trouve d'ailleurs au fondement même du système mis en place par le *HRA*. Sans ce dialogue en effet, la protection des droits et libertés dans le cadre du *HRA*, pourrait vite devenir ineffective. Ce dialogue apparaît donc particulièrement nécessaire dans le système britannique, mais il l'est, dans une certaine mesure, dans tout ordre juridique.

Le juge ne peut donc renoncer à tout contrôle en se retranchant derrière la déférence due aux autorités politiques. Comme le montre en effet Colombe CAMUS, « *ce n'est pas l'existence en elle-même de situations et de mesures d'exception qui menace d'affaiblir la démocratie et la force de ses principes, mais l'absence d'évaluation de contrôle et de limites lors de leur mise en place* »²⁹⁰. Il s'agit donc d'un réel devoir à la charge du juge. C'est en ce sens que la CourEDH a pu préciser que le principe de subsidiarité supposait un contrôle effectif des juges nationaux²⁹¹. Dès lors, « *le juge ne peut abdiquer de la responsabilité* » qui lui incombe en tant que gardien des droits de l'Homme juridiquement protégés²⁹². Cette responsabilité du juge est donc complémentaire avec celle des autorités politiques, qui eux, doivent protéger la population contre la menace terroriste. Ces fonctions ne doivent pas être confondues, la seconde ne doit pas primer sur la première, elles doivent au contraire s'harmoniser, puisque, comme le résume Lord HOPE, « *la première responsabilité du gouvernement dans une société démocratique est de protéger et sauvegarder la vie de ses citoyens (...). Il relève du devoir de juge de tout mettre en œuvre pour respecter et appliquer ce principe. Mais le juge a également un autre devoir. Il s'agit de protéger et sauvegarder les droits de l'individu. Parmi ces droits, il y a le droit de l'individu à la liberté* »²⁹³.

II. L'absence de caractère représentatif du juge compensée par sa mission de protection de l'individu

Le juge, en France et au Royaume-Uni, bénéficie d'une légitimité autre que démocratique, dans la mesure où il n'est pas le représentant du peuple. Cette légitimité est alors fondée sur la nécessité de protéger l'Etat de droit, plutôt que sur le principe de représentation. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ces deux principes, piliers de l'Etat moderne, peuvent apparaître en conflit, alors même que leur coexistence est nécessaire (A). Pour permettre cette harmonisation, il est indispensable d'établir la portée et le rôle de chacun de ces principes ; ce qui passe par la reconnaissance du fait que le juge, contrairement aux branches

²⁸⁹ A. DUFFY-MEUNIER, *Droits et libertés au Royaume-Uni*, op. cit., p. 481.

²⁹⁰ C. CAMUS, op. cit., p. 137.

²⁹¹ CourEDH *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, 27 sept. 1999, n° 33985/96 et 33986/96.

²⁹² *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 158, § 27 : « *the court's role under the 1998 Act is as the guardian of human rights. It cannot abdicate this responsibility* ».

²⁹³ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, §99 : « *It is the first responsibility of government in a democratic society to protect and safeguard the lives of its citizens. (...) It is the duty of the court to do all it can to respect and uphold that principle. But the court has another duty too. It is to protect and safeguard the rights of the individual. Among these rights is the individual's right to liberty* ».

politiques du pouvoir, ni n'exprime ni ne protège la volonté de la majorité, mais protège l'individu contre les ingérences dans ses droits (B).

A. *Un conflit entre les deux piliers de l'Etat moderne mis en lumière par le contexte terroriste*

La lutte contre le terrorisme, du fait du consensus politique favorable à la tendance sécuritaire, révèle un dilemme sous-jacent entre démocratie, entendue ici au sens strict c'est-à-dire du gouvernement par le peuple, et droits de l'Homme. Si on admet en effet qu'une majorité de la population est, ou pourrait être dans l'avenir, prête à « *enfermer tous les individus suspectés de terrorisme et d'autres infractions graves et (...) jeter la clé au loin* »²⁹⁴ ; comment alors concilier la volonté de cette majorité avec la nécessaire sauvegarde des droits fondamentaux ? Plus généralement, comment concilier le principe de l'Etat de droit, qui suppose une limitation du pouvoir par les droits fondamentaux, et le principe démocratique, qui implique la souveraineté du peuple dont la volonté s'exprime à travers celle de ses représentants ?

Les exigences démocratiques et celles liées à l'Etat de droit ne se rencontrent donc pas toujours, alors que, réunies, elles forment la substance même de l'Etat moderne. La lutte contre le terrorisme ne fait que révéler ce conflit sous-jacent, qui apparaît alors de manière prégnante, puisqu'il est lié à celui que fait naître le contexte terroriste entre sécurité et liberté. Comme le montre en effet Aharon BARAK, qui emploie lui le terme démocratie dans un sens large, « *un des piliers de la démocratie – le gouvernement par le peuple à travers ses représentants élus- pourrait encourager à prendre toutes les mesures effectives pour combattre le terrorisme, même si elles portent atteinte aux droits de l'homme. L'autre pilier de la démocratie – les droits de l'homme – pourrait encourager la protection des droits de chaque individu, les terroristes inclus, même si la lutte contre le terrorisme en serait atteinte* »²⁹⁵. C'est le même constant que fait Aniceto MASFERRER, qui, mettant en lumière la tension entre souveraineté nationale²⁹⁶ et protection de la liberté, affirme qu'il est « *illusoire de croire que la démocratie seule peut garantir la liberté* »²⁹⁷.

Dès lors, si ni la liberté ni la sécurité ne peuvent être absolues, il faut voir qu'il en va de même s'agissant de la démocratie et de l'Etat de droit. Comme l'affirme le Professeur JOUANJAN, « *c'est seulement si l'on démythifie les deux notions de démocratie et d'Etat de droit que l'on peut envisager leur conciliation : inconciliables ne sont que deux utopies* »²⁹⁸.

Le principe démocratique doit donc s'exercer dans le respect des droits fondamentaux, ce qui est renforcé par le fait que c'est le peuple, en France en tant que constituant, au Royaume-Uni par la voix de ses représentants lors de l'édiction du *HRA*, qui a souhaité protéger certaines valeurs contre les variations d'opinions, en les érigeant en droits fondamentaux. Le respect de la volonté du peuple souverain implique dès lors la sauvegarde de la substance des droits fondamentaux par les actes des autorités publiques. La

²⁹⁴ Lord BINGHAM, *The Rule of Law*, Penguin Books, 2011 p. 73 : « *There are doubtless those who would wish to lock up all those suspected of terrorist and other serious offences and (...) throw away the key* »

²⁹⁵ A. BARAK, art. cit., p. 293.

²⁹⁶ Le souverain juridique au Royaume-Uni est certes le Parlement, mais le peuple est politiquement souverain.

²⁹⁷ A. MASFERRER, « *The fragility of fundamental rights in the origins of modern constitutionalism : it's negative impact in protecting human rights in the 'war on terror' area* », in *op. cit.*, p. 60 : « *It is illusory to believe that democracy alone can guarantee freedom* ».

²⁹⁸ O. JOUANJAN, « *Etat de droit* », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 653.

protection des libertés permet donc *in fine* une meilleure protection de la démocratie. C'est en ce sens que Aharon BARAK a affirmé que « *la véritable responsabilité démocratique requiert plus que le seul jugement du peuple. Le législateur doit, lui aussi, justifier ses actions devant les juges qui sont chargés de la protection des principes de la démocratie* »²⁹⁹. Le juge ne doit donc pas se faire la voix de la majorité, mais doit au contraire, assurer son rôle de protection des droits individuels ; qui relève donc en ce sens d'une exigence démocratique.

B. Le juge, protecteur des droits individuels

« *Les juges ne sont pas les représentants du peuple, et ce serait une tragédie s'ils le devenaient* »³⁰⁰. Leur mission de protection des droits individuels ne doit certes pas être analysée comme signifiant que cette protection doive être réalisée au détriment de l'intérêt public ; mais il faut voir qu'en réalité, l'intérêt général ne se confond pas avec la volonté de la majorité, fluctuante et dirigée par l'émotion. Si, à l'origine et en théorie, le principe de représentation et la règle majoritaire permettaient l'incarnation de l'intérêt public ; cette conception a fait, dans la période moderne, l'objet d'un « *glissement (...) qui aboutit, d'une certaine façon, à privilégier les demandes exprimées par les plus bruyants, les plus diligents ou les plus influents, qui parviennent souvent à détourner, voire à oblitérer le dessein général* »³⁰¹. Dès lors, la prise en compte de l'intérêt public par les juges n'implique en aucun cas que ceux-ci se fassent la voix de la majorité. C'est d'ailleurs en ce sens que le Conseil affirme que la loi « *n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »³⁰². Même dans l'hypothèse où la majorité est prête à tout accepter dans un but sécuritaire, le juge constitutionnel a donc le devoir d'assurer le respect des droits fondamentaux, qui doivent « *régir en toutes circonstances, l'action des autorités dans un Etat de droit* »³⁰³.

L'intervention du juge pour la protection des libertés est donc légitime, même quand la majorité souhaiterait que certains individus en soient totalement privés. C'est ainsi que Lord HOPE affirme que l'intervention du juge « *est une garantie essentielle, si les droits et libertés individuels doivent être protégés dans une société démocratique qui respecte le principe selon lequel les minorités, même impopulaire, ont les mêmes droits que la majorité* »³⁰⁴.

Malgré l'emploi du terme de « minorités » par la Cour Suprême, notion qui est rejetée par le juge constitutionnel français ; leur conception sur ce point ne sont pas si différentes. Le Conseil constitutionnel s'appuie en effet sur l'indivisibilité de la souveraineté nationale et sur l'unité du peuple français pour refuser que ce dernier soit divisé en composantes juridiquement reconnues³⁰⁵. Il refuse donc par la même de donner un contenu juridique à la notion de minorité.

²⁹⁹ A. BARAK, art. cit., p. 294.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 301.

³⁰¹ P. MAZEAUD « De l'intérêt général », communication à l'Académie des sciences morales et politiques, 7 févr. 2011 ; disponible en ligne : http://www.asmp.fr/travaux/communications/2011_02_07_mazeaud.htm.

³⁰² Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

³⁰³ H. MOCK, art. cit., p. 34.

³⁰⁴ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, § 108 : *It is an essential safeguard, if individual rights and freedoms are to be protected in a democratic society which respects the principle that minorities, however unpopular, have the same rights as the majority* ».

³⁰⁵ Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 10 à 14.

Le juge anglais, même s'il utilise la notion, ne défend pas en réalité un groupe, mais l'individu, le terme de minorité étant entendu au sens des individus que la majorité pourrait vouloir voir privés de droits. Le Conseil constitutionnel, bien qu'il le fasse de manière abstraite, protège lui aussi les droits et libertés individuels ; et ce de manière d'autant plus forte avec l'introduction de la QPC, tout justiciable pouvant contester la constitutionnalité d'une disposition législative portant atteinte à l'un de ses droits fondamentaux. Ce qu'il s'agit de protéger à l'occasion du contrôle de constitutionnalité, ce n'est en réalité ni la volonté de la majorité telle qu'exprimée par la loi, ni celle de la minorité, mais plutôt les droits de chaque individu, et l'égalité de protection de ces droits. C'est l'idée exprimée par la Baroness HALE lorsqu'elle souligne que « *la démocratie accorde la même importance à chaque personne. Dans la plupart des cas, cela signifie que la volonté de la majorité doit primer. Mais donner la même importance à chaque personne signifie aussi que la volonté de la majorité ne peut pas prévaloir si elle est incompatible avec les droits des minorités* »³⁰⁶.

C'est pour cette raison que la Cour a refusé de valider la détention indéfinie des étrangers suspectés de terrorisme. La liberté est un droit et elle appartient donc à l'individu, citoyen national comme étranger. Dès lors, le juge « *est obligé de soumettre l'ordonnance de dérogation et la législation qui en a résulté dans la mesure où elles affectent les étrangers à un examen aussi rigoureux que s'il avait s'agit de priver les nationaux britanniques de leur droit à la liberté* »³⁰⁷.

Quant au juge constitutionnel français, il a, pour sa part, déclaré inconstitutionnelle la qualification de l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, « *« commis[e] intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* »³⁰⁸, d'infraction terroriste, considérant que le législateur avait entaché son appréciation d'une disproportion manifeste³⁰⁹. Il évite ainsi une assimilation malvenue entre étrangers et terroristes.

Le juge doit donc fondamentalement et avant toute autre chose défendre les droits individuels. C'est ce qu'affirme Aharon BARAK par cette courte formule : « *je statuerai sur toute question lorsqu'elle me sera présentée (...) parce que le destin d'un être humain peut en dépendre* ». Cette responsabilité est d'autant plus présente lorsqu'il s'agit de la protection de la liberté individuelle, dont la protection relève par essence du rôle du juge ; celui-ci étant « *en première ligne pour la défense de la liberté* »³¹⁰. Le juge anglais, par cette décision de 2004, s'est affirmé de manière très claire en tant que protecteur de la liberté individuelle, même face à la sécurité, renonçant à sa considération traditionnelle pour la volonté du Parlement. Même, si comme nous l'avons vu, ses décisions postérieures n'ont pas fait preuve de la même force, la Cour Suprême a ainsi prouvé qu'elle pouvait le faire, si la situation le justifiait. Le Conseil constitutionnel ne s'est, pour sa part, jamais opposé si frontalement à la volonté du législateur, mais cela doit être relativisé dans la mesure où il

³⁰⁶ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, § 237 : « *Democracy values each person equally. In most respects, this means that the will of the majority must prevail. But valuing each person equally also means that the will of the majority cannot prevail if it is inconsistent with the equal rights of minorities* ».

³⁰⁷ *Ibid.*, § 106 : « *The court is obliged to subject the Derogation Order and the legislation that resulted from it as it affects foreign nationals to the same degree of scrutiny as it would have to be given if it had been designed to deprive British nationals of their right to liberty* ».

³⁰⁸ Article 421-1 du Code pénal.

³⁰⁹ Décision n° 96-377 DC, 16 juil. 1996, cons. 9.

³¹⁰ G. CONOR « *Rethinking civil liberties in a counter-terrorism world* », *EHRLR*, 2007, 2, p. 115 : « *in the front line of the defence of freedom* ».

n'a jamais été confronté à une mesure aussi attentatoire que celle qui était prévue par la section 23 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act*.

En toutes hypothèses, dès lors que les libertés sont en jeu, et tout particulièrement la liberté individuelle, première des libertés, l'intervention du juge est légitime, et même nécessaire. Le juge, même dans le contexte terroriste, doit assurer ce rôle. « *En tant que juges, nous avons notre étoile du Nord qui nous guide : les valeurs et les principes fondamentaux de la démocratie constitutionnelle. Une lourde responsabilité pèse sur nos épaules. Mais même dans les temps difficiles, nous devons rester fidèles à nous même* »³¹¹. C'est ainsi qu'afin d'assurer, dans la mesure du possible, la persistance d'une protection effective des libertés individuelle et d'aller et venir, malgré les perturbations engendrées par le contexte terroriste, le juge va tâcher de renouveler le contrôle qu'il exerce sur les dispositifs anti-terroristes.

Chapitre 2. Un renouvellement des méthodes du contrôle

La persistance d'un contrôle sur les mesures de lutte contre le terrorisme est rendue possible par un renouvellement des méthodes et de l'appréhension de ce contrôle. Ce renouvellement va se traduire par un certain réalisme du juge constitutionnel dans le cadre terroriste (I), ainsi que par une évolution de l'utilisation des techniques de contrôle (II).

I. La prise en compte des faits par le juge constitutionnel

Si le contrôle des mesures anti-terroristes est, comme nous l'avons vu, caractérisé par une utilisation abstraite du standard de proportionnalité ; cela ne signifie pas que le juge délaisse les faits, mais seulement qu'il ne peut se fonder que sur des hypothèses théoriques pour répondre aux questions de l'adéquation, de la nécessité, ou de la proportionnalité au sens strict de la mesure. En revanche, lors de son examen, le juge constitutionnel s'intéresse à la situation de fait, que ce soit, selon le système dans lequel on se situe, celle à l'origine du litige, ou, plus largement et dans une certaine mesure, la situation sociale actuelle (I). Il s'intéresse en outre, dans des proportions différentes liées à la différence de tradition entre pays de *common law* et pays de droit continental, aux conséquences de sa décision (II).

A. Un raisonnement pragmatique

La situation est évidemment, sur ce plan, très différente s'agissant des deux juridictions étudiées, du fait de leur nature. La Cour Suprême britannique, en tant que « *juridiction d'appel de dernier ressort* »³¹², prend nécessairement en compte la situation concrète du requérant telle qu'exposée par les parties ; tandis que le Conseil constitutionnel ne juge qu'en droit, de manière objective, et statue uniquement sur la question de la conformité de la norme législative à la Constitution. L'appréciation de la situation du litige ne rentre donc

³¹¹ A. BARAK, art. cit., p. 302.

³¹² A. DUFFY-MEUNIER « La Cour Suprême au Royaume-Uni... », art.cit., p. 29.

pas dans le rôle de ce dernier, et il n'a d'ailleurs pas connaissance des faits à l'origine de la question de constitutionnalité dans le cadre de son contrôle a posteriori³¹³. Cela ne concerne bien évidemment que le Conseil constitutionnel, et non les juges ordinaires français, qui, du fait de la procédure inquisitoire, se saisissent par eux mêmes, et sans difficultés, des faits à l'origine du litige ; à la différence des juges anglais qui ne peuvent prendre en compte les faits que dans la mesure où ceux-ci sont exposés par les parties.

En vertu de la jurisprudence de la CourEDH, la situation concrète du requérant emporte des conséquences essentielles quant à la qualification de la liberté en cause, puisque « *pour déterminer si un individu se trouve "privé de sa liberté" au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète* »³¹⁴. C'est ainsi que la Cour Suprême, dans une décision de 2010³¹⁵, a notamment pris en compte la difficulté de l'individu pour conserver des liens sociaux et familiaux du fait des modalités de l'ordonnance de contrôle afin de savoir si les mesures constituent ou non une privation de liberté. Lord BROWN rejette en effet l'argument du ministre de l'Intérieur visant à dire que le juge doit ignorer les considérants relevant des circonstances individuelles de la vie familiale du requérant, notamment liées à la maladie de la mère du requérant, ainsi qu'aux difficultés financières de la famille³¹⁶. Il établit une distinction entre l'isolation de la personne assignée à résidence du fait de la mesure d'assignation à résidence, et l'isolation de la personne du fait du comportement déraisonnable de la famille qui n'a pas saisi les occasions de la visiter. Dès lors, ce n'est pas les difficultés particulières liées à la situation de la famille que le juge doit ignorer pour déterminer si la mesure s'analyse en une privation de liberté au sens de l'article 5, mais une absence de contact résultant de l'échec déraisonnable de la part de la famille à surmonter ces difficultés³¹⁷. L'idée d'un seuil permettant que l'ordonnance de contrôle ne tombe pas dans le champ de l'article 5, qui paraissait être fixé à 16h par Lord BROWN dans la décision *JJ*³¹⁸, est donc fortement relativisée. En effet, Lord BROWN lui-même affirme que la durée du couvre-feu ne peut être le seul critère de la privation de liberté³¹⁹. Selon lui, en réalité, le premier critère à examiner est celui de la durée, et si celle-ci est considérée comme acceptable, les autres conditions rentrent en compte et, si elles ont un impact conséquent sur la vie de l'individu, elles peuvent emporter la qualification de privation de liberté³²⁰. Des restrictions proportionnées à l'article 8 de la CESDH peuvent donc mener à conclure qu'une mesure qui, sans ces restrictions, aurait été analysée en une simple restriction à la liberté d'aller et venir, constitue une privation de liberté au sens de l'article 5. En outre, le juge peut prendre en compte des facteurs subjectifs relatifs à la situation particulière de la personne et de sa famille pour déterminer si cette mesure constitue une telle privation de liberté. Il est donc « *clairement établi que dans un cas où le confinement n'est pas suffisamment long en lui même pour constituer une privation de*

³¹³ Article 23-1 de l'ordonnance n°58-1967 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « *Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé* ». Cela permet de garantir le caractère objectif du recours, puisqu'ainsi, seule la question de droit est transmise au Conseil.

³¹⁴ CourEDH *Guzzardi c/ Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, § 92.

³¹⁵ *Secretary of State for the Home Department v AP* [2010] UKSC 24.

³¹⁶ *Ibid.*, § 14.

³¹⁷ *Ibid.*, § 15.

³¹⁸ *Secretary of State for the Home Department v JJ* [2007] UKHL 45, §105.

³¹⁹ *Secretary of State for the Home Department v AP* [2010] UKSC 24, § 3.

³²⁰ *Ibid.*, § 4.

liberté, une analyse des effets de la mesure sur la personne contrôlée peut être décisive »³²¹. Cette décision, d'ailleurs remarquable pour sa concision, confirme donc que, même en dessous de 16 heures, l'exécutif n'est pas libre d'imposer toute mesure privative de liberté à l'individu. Le juge anglais accorde alors une importance toute particulière à la situation concrète du requérant, et notamment à sa situation sociale, pour qualifier les mesures privatives de liberté destinées à assurer la sécurité nationale.

Nous allons désormais nous concentrer sur la prise en compte par le juge de la situation à l'origine de la loi. Pour cela, il semble dans un premier temps opportun de reprendre la distinction dégagée par la doctrine américaine et reprise par le Professeur Elisabeth ZOLLER³²², entre fait législatif et fait juridictionnel³²³. Le fait juridictionnel s'entend de la situation du requérant à l'origine du litige, tandis que le fait législatif concerne la situation sociale et politique à l'origine de la loi, et relève donc de l'appréciation des faits par le législateur, ce qui justifie le *self-restraint* du juge. Du fait de la souveraineté du Parlement et de sa traditionnelle déférence, le juge anglais ne s'attarde en principe pas sur les faits législatifs puisqu'il considère que c'est au législateur de procéder à la mise en balance des intérêts. Bien que cette prise en compte des faits à l'origine de la loi par le juge constitutionnel rencontre moins d'obstacles théoriques dans le système français³²⁴ ; la formule traditionnelle du Conseil constitutionnel selon laquelle « *l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* »³²⁵, exprime la même idée.

On peut toutefois remarquer que le contexte terroriste pousse, dans une certaine mesure, le juge à s'intéresser aux motifs justifiant la loi. Ainsi, dans la décision *A*³²⁶, la Chambre des Lords examinent en profondeur la question de l'existence d'un danger public menaçant de la vie de la nation. Cet examen est certes requis par l'article 15 de la CESDH mais les juges auraient pu suivre l'argument du gouvernement selon lequel cette question relève de sa sphère discrétionnaire de jugement ainsi que de celle du Parlement. Ce n'est pas l'attitude qu'ont adoptée les juges, relativisant ainsi la portée de la décision *Rehman*³²⁷, sans toutefois totalement neutraliser cette jurisprudence. Les juges admettent en effet que la question de l'existence d'un tel danger relève en premier lieu des pouvoirs d'appréciation du Parlement et de l'exécutif, mais cette affirmation est ensuite nuancée. Lord HOPE, notamment, relève qu'afin de savoir si la privation de liberté n'excède pas ce qui est requis par la situation, il est préalablement nécessaire d'identifier cette situation³²⁸. Dès lors, l'analyse du juge sur l'existence d'un danger au sens de l'article 15 est justifiée. C'est également la position de Lord HOFFMAN, qui conclut pour sa part à l'absence d'un tel danger³²⁹.

³²¹ *Ibid.*, § 31 : « *It is now clearly established that in a case where the confinement is not sufficiently long of itself to amount to a deprivation of liberty, an assessment of the effect of the measures on the controlee may be decisive* ».

³²² E. ZOLLER, « L'après-gouvernement des juges : *United States v Carolene Products Co.* » in E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, p. 265.

³²³ Cette distinction entre faits législatifs (*legislative facts*) et faits juridictionnels (*adjudicative facts*) a été dégagée par le Professeur DAVIS en 1942 à la suite des décisions *NLRB v Jones & Laughlin Steel Corporation* 301 US 1 (1937) et *United States v Carolene Products Co.* 304 US 144 (1938) de la Cour Suprême des Etats-Unis.

³²⁴ Le Conseil constitutionnel se réfère régulièrement à la situation sociale actuelle pour apprécier la constitutionnalité de la loi. Voir notamment la décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, dans laquelle il valide la loi en se fondant sur le fait qu'elle ait été prise « *dans un but d'apaisement politique ou social* » (cons. 15).

³²⁵ Formule constamment employée depuis la décision n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, cons. 1.

³²⁶ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56.

³²⁷ *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2001] UKHL 47.

³²⁸ *A v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, § 116.

³²⁹ *Ibid.*, § 97.

Quant au Conseil constitutionnel, si cette prise en compte des faits législatifs est moins évidente du fait du caractère elliptique de la motivation de ses décisions, elle peut toutefois se remarquer dans certaines décisions. Le considérant 8 de la décision 96-377 DC est à cet égard très intéressant. Ainsi, la censure relative à l'introduction à l'article 421-1 du Code pénal de l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger n'est qu'en dernier lieu fondée sur la relation entre l'infraction et la peine, l'élément déterminant étant la relation entre les faits et leur qualification, ceux-ci n'étant « *pas en relation immédiate avec la commission de l'acte de terrorisme* »³³⁰ selon le juge constitutionnel. Ce faisant, il contrôle la qualification des faits, et se situe donc dans une analyse factuelle. Par ailleurs, la deuxième partie du considérant est consacrée à la question de l'utilité de l'extension de la définition du terrorisme. Le juge affirme que d'autres moyens juridiques permettent de réprimer les actes en cause³³¹, avant de conclure que le législateur a commis une erreur manifeste d'appréciation³³². Il regarde donc les effets pratiques de la mesure, c'est-à-dire l'utilité de l'extension de la définition. Ce raisonnement est donc marquant par son pragmatisme. Le Conseil constitutionnel ainsi que la Cour suprême adoptent donc face à la lutte contre le terrorisme, une position marquée par un certain réalisme. Cette prise en compte des faits se remarque au stade de la situation actuelle, mais aussi au regard de la situation future, puisque le juge constitutionnel s'intéresse aux conséquences de sa décision.

B. *Un raisonnement conséquentialiste*

L'affirmation d'Aharon BARAK selon laquelle « *nous [les juges] ne devons être ni naïfs ni cyniques* » lorsque confrontés aux mesures anti-terroristes invite vivement le juge à prendre en compte les conséquences de ses décisions. En effet, si, comme le relève Fabrice HOURQUEBIE, cet argument conséquentialiste, « *l'évaluation des effets [d'une décision de justice] non seulement juridiques mais surtout sociaux, économiques, voire même politiques, est véritablement au cœur de la motivation des décisions des juges anglo-saxons* »³³³, cela semble moins évident s'agissant du juge constitutionnel français.

Celui-ci prend pourtant en compte la gravité des conséquences attachées à l'extension de la décision, notamment dans sa décision 96-377 DC, dans laquelle il s'attarde sur la sévérité des conséquences, relatives à la durée de la peine ainsi qu'à la diminution des garanties, avant de conclure à l'inconstitutionnalité de la qualification d'acte de terrorisme des délits d'aide à l'entrée, au séjour ou à la circulation irréguliers d'étrangers³³⁴. On peut d'ailleurs considérer, à la suite du Professeur Fabrice HOURQUEBIE, que « *la justification par les conséquences n'est pas inexistante chez les juges continentaux ; simplement elle n'est pas assumée* »³³⁵. Cela s'explique selon lui car « *la motivation est étroitement liée au rôle qu'un système juridique entend assigner à ses juges* »³³⁶, et elle est traditionnellement, en France, destinée à prouver le

³³⁰ Décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996, cons. 8.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*, cons. 9.

³³³ F. HOURQUEBIE « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* », in F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTHEAUX, dir., *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 26.

³³⁴ Décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996, cons. 8.

³³⁵ F. HOURQUEBIE « L'emploi de l'argument conséquentialiste ... », art cit., p. 36.

³³⁶ *Ibid.*, p. 33.

caractère juridique de l'argumentation. Cette prise en compte des conséquences par le Conseil constitutionnel est donc implicite, et ne peut se constater qu'à travers l'utilisation des réserves d'interprétation et de la modulation des effets de ses décisions dans le temps. On peut toutefois supposer, que lorsque les délibérations seront rendues publiques³³⁷, l'argument conséquentialiste apparaîtra au sein de la prise de décision du Conseil, comme ce fut le cas lors de la publication des délibérations antérieures³³⁸.

En toutes hypothèses, même s'il répond en droit, le juge ne peut totalement ignorer les conséquences politiques, et cela est d'autant plus vrai s'agissant du juge constitutionnel, puisque « *les frontières entre le politique et la justice constitutionnelle ne sont pas étanches* »³³⁹.

C'est ainsi que, lorsque la Chambre des Lords a déclaré incompatible avec la Convention l'internement pour une durée indéterminée des étrangers suspectés de terrorisme³⁴⁰, elle était consciente du fait que cette décision allait créer un précédent important, et qu'il fallait donc poser des barrières, pour le futur, aux atteintes portées à la liberté individuelle par le gouvernement dans le contexte terrorisme. Cette préoccupation transparait tout au long de la décision, bien qu'elle ne soit pas explicitement énoncée³⁴¹, notamment par des références à l'histoire, et en particulier à la déportation des allemands et italiens en 1940 du territoire britannique³⁴²; ce qui démontre la conscience qu'a le juge de la gravité des conséquences que pourront engendrer cette décision. La Chambre des Lords s'intéresse par ailleurs aux conséquences de la mesure sur la réduction de la menace terroriste. Le fait que l'application de cette mesure soit limitée aux étrangers, alors que les citoyens britanniques représentent une part non négligeable des suspects de terrorisme, et donc qu'elle ne soit pas à même d'assurer l'objectif de sécurité mis en avant par le gouvernement, constitue en effet un élément déterminant pour conclure à l'absence de caractère nécessaire de la mesure³⁴³.

Comme le montrent ces exemples, si le juge hésite à affirmer cette prise en compte des implications politiques, afin de respecter la marge d'action des autorités politiques, il ne peut les ignorer, et s'attache donc, par un raisonnement conséquentialiste à prévenir les plus désastreuses. Les juges anglais et français, qui refusent par principe de servir de vecteur de la réforme sociale, au profit du législateur, doivent donc relativiser cette position, et adopter une conception plus réaliste de leur fonction. Lady HALE notamment, exprime en ce sens sa volonté de voir la jurisprudence de la Cour suprême s'enraciner plus profondément dans les réalités actuelles³⁴⁴. Le contexte terroriste pourrait donc, dans une certaine mesure, réaliser ce souhait. La nécessité de prendre en compte la réalité de la société actuelle est en effet d'autant plus impérieuse dans ce cadre, dans la mesure où le juge, comme tout individu membre de cette société, ne peut refuser de voir la réalité du danger. Comme l'a affirmé Aharon BARAK en tant que Président de la Cour Suprême israélienne dans une formule restée célèbre, en effet, « *nous ne sommes pas dans une tour d'ivoire.*

³³⁷ Les procès verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel sont rendus publics après 25 ans en vertu de la loi organique du 15 juillet 2008.

³³⁸ Voir, B. MATHIEU, J-P. MACHELON, F.. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, dir., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Dalloz, 2^e ed ; notamment p. 50.

³³⁹ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 22.

³⁴⁰ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

³⁴¹ Voir notamment Lord HOPE, § 115, Lord SCOTT § 155.

³⁴² Lord RODGER, § 177.

³⁴³ Voir notamment Lord BINGHAM, § 33, Lord HOPE § 128-129, et Lord RODGER, § 186.

³⁴⁴ Voir notamment Baroness HALE, « *Between Academic and Practical Legal Work* », Discours prononcé à la *City University London*, 2013.

Nous vivons la vie de ce pays. Nous sommes conscients de la dure réalité du terrorisme dans lequel nous sommes par moments immergés. La crainte que notre jugement nous empêchera de nous occuper des terroristes nous trouble. Mais nous sommes des juges. Nous exigeons que d'autres agissent en conformité avec la loi. Mais c'est aussi l'exigence que nous nous faisons à nous-même. Tout procès dont nous connaissons est également notre procès »³⁴⁵. Dès lors, tout en conservant son rôle de protection de la liberté et des droits individuels, le juge doit trouver un équilibre ; permettant de ne pas priver la sécurité nationale de toute effectivité, tout en conservant son rôle de gardien des libertés. C'est dans cette démarche, permettant d'atténuer l'appauvrissement du contrôle de constitutionnalité résultant de son caractère parfois purement abstrait, que s'inscrit le remodelage de ses techniques de contrôle par le juge constitutionnel.

II. Des standards de contrôle remodelés

Le contrôle du juge sur les dispositifs anti-terroristes est, comme nous l'avons vu, confronté à de nombreuses difficultés. Il est toutefois nécessaire que le juge conserve un rôle actif, ce qui va passer par un renouvellement des méthodes utilisées. L'influence de la CESDH sur les techniques de contrôle du juge constitutionnel, et particulièrement quant à l'utilisation du standard de proportionnalité est considérable, ce qui, *in fine*, permet de garantir une protection des libertés individuelle et d'aller et venir face à la lutte contre le terrorisme (A). Le contexte terroriste mène par ailleurs à une réédification du contrôle de proportionnalité, celui-ci étant axé sur la présence de garanties (B).

A. *Le droit de la CESDH, un facteur du renforcement de la protection de la liberté par le juge constitutionnel*

La CourEDH, du fait de son caractère supranational est capable de prendre plus de recul que les juges nationaux, elle résiste donc mieux à « *l'effet 11 septembre* »³⁴⁶. Elle a été confronté dès sa naissance à des affaires de terrorisme, et a refusé en 1961 d'exercer un contrôle restreint sur le respect des conditions de l'article 15 permettant une dérogation aux droits conventionnels³⁴⁷. Cette fermeté de la CourEDH exerce une influence importante sur les méthodes de contrôle des juges nationaux.

Cette influence est particulièrement éclatante au Royaume-Uni dans la mesure où l'incorporation de la CESDH a modifié en profondeur la dynamique du système britannique de protection des droits, et donc le rôle accordé au juge. Le contrôle de l'*ultra vires* était en effet initialement limité à un contrôle du caractère raisonnable de la mesure administrative en vertu de la jurisprudence *Wednesbury*³⁴⁸, celle-ci ne pouvant être annulée que si elle était tellement déraisonnable qu'aucun décideur sensé n'aurait pu la prendre. Le juge britannique étant en outre traditionnellement réticent à procéder à la mise en balance des intérêts requise par le test de proportionnalité, considérant que cela relève d'une mission du législateur, ce test de

³⁴⁵ HC 4054/94, *Pub. Comm. Against Torture in Isarel v Government of Israel*, 43 (4), PD 817, 845 ; cité par A. BARAK, art. cit., p. 302.

³⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 107.

³⁴⁷ CourEDH, *Lawless c/Irlande (n°3)*, 1961, 332/57.

³⁴⁸ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1

proportionnalité avait été écarté du champ du droit britannique en 1991³⁴⁹. Or, le *HRA*, en « plaçant les droits fondamentaux au centre du système britannique (...) a opéré une profonde transformation de celui-ci en une « démocratie fondée sur des droits » »³⁵⁰ et, par la même a remplacé la traditionnelle soumission du juge au Parlement en un « dialogue constitutionnel entre les pouvoirs »³⁵¹. Dès lors, un approfondissement du contrôle juridictionnel sur les actes des autorités politiques était rendu nécessaire, afin de conférer toute sa portée à ce texte.

Le but de l'introduction du *HRA* était en effet de conférer une sorte d' « effet rayonnant » aux droits conventionnels, pour reprendre l'expression de la Cour constitutionnelle fédérale allemande³⁵², et un tel résultat n'aurait pas été rendu possible si les cours avaient conservé un degré de contrôle aussi modéré. Ce contrôle a donc été approfondi, en grande partie au moyen de l'utilisation du standard de proportionnalité, adopté dans le cadre du droit conventionnel par le juge britannique en 2001³⁵³. Cette évolution a également été permise par l'interprétation donnée par la Cour suprême de la section 2(1) du *HRA*, qui requiert des cours qu'elles « prennent en compte » la jurisprudence de la CourEDH. Cette formule était en effet peu claire, et la Cour est donc venue préciser le sens à lui conférer. Selon elle, la jurisprudence de la CourEDH ne lie pas au sens strict les juges britanniques mais ceux-ci doivent, en dehors de circonstances particulières, suivre toute jurisprudence claire et constante de la CourEDH³⁵⁴.

C'est ainsi que l'on peut voir, notamment dans la décision *A v Secretary of State for the Home Department*³⁵⁵, un véritable exposé d'un contrôle de proportionnalité, le juge n'hésitant plus à procéder lui-même à cette mise en balance, et ce même lorsque des considérations de sécurité nationale entrent en compte. Le juge britannique s'est donc saisi de ce changement fondamental du système britannique, et l'a tout particulièrement mis en œuvre dans le cadre du terrorisme, afin de défendre la liberté individuelle. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine, représentée par le Professeur Gearty CONOR, qui était initialement hostile au *HRA* afin de préserver le rôle du Parlement souverain dans la protection des droits, a finalement salué ses effets sur le droit interne³⁵⁶, et la manière dont les juges ont utilisé ce nouvel instrument pour la défense des droits dans le cadre de la lutte contre le terrorisme³⁵⁷.

S'agissant du système français, là aussi, la CESDH permet une plus large protection juridictionnelle des libertés. En premier lieu, avant l'introduction de la QPC, la protection des droits fondamentaux dans des cas concrets était essentielle assurée sur le fondement de la jurisprudence de la CourEDH, le Conseil ne pouvant influencer sur le sens à donner à la norme constitutionnelle que par le biais des réserves d'interprétation. Après la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, les juges ordinaires, qui étaient déjà juges de la conventionnalité de la loi, deviennent juge de la constitutionnalité de la loi, et non de son inconstitutionnalité, puisqu'ils jouent le rôle de filtre dans la procédure de transmission de la QPC au

³⁴⁹ *R v Home Secretary ex parte Brind* [1991] UKHL 4

³⁵⁰ S. PAPAPOLYCHRONIOU, art. cit., p. 21.

³⁵¹ A. DUFFY-MEUNIER, *Droits et libertés au Royaume-Uni*, op. cit., p. 481

³⁵² BVerfGE 34, 269 *Soraya*, 14 févr. 1973

³⁵³ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26.

³⁵⁴ *R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, § 26.

³⁵⁵ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

³⁵⁶ G. CONOR, « The Human Rights Act : an academic sceptic changes his mind but not his heart », *EHRLR*, 2010, n° 6.

³⁵⁷ *Ibid.*, pp. 584-585.

Conseil³⁵⁸. L'articulation entre les deux procédures a dès lors suscité des difficultés, puisque le juge ordinaire est soumis à la fois au respect des décisions du juge constitutionnel et de celles du juge européen et qu'une déclaration de compatibilité à la CESDH n'emporte pas conformité à la Constitution³⁵⁹, et vice versa. Les droits et libertés étant en outre, pour la plupart, protégés dans les deux ordres juridiques, le justiciable se trouve confronté à la question de savoir quelle procédure est la plus avantageuse pour la protection de ses droits.

En reprenant l'analyse du Professeur Bertrand MATHIEU³⁶⁰, on s'aperçoit en réalité que la coexistence de ces deux procédures permet une meilleure protection des libertés. Si cela ne se constate pas directement dans le cadre de la lutte contre le terrorisme du fait du faible nombre de saisines du Conseil constitutionnel dans ce cadre ; il paraît important de démontrer comment cette protection s'articule, et donc comment elle pourrait, en puissance, permettre de poser des limites à l'action du législateur en matière terroriste.

Le justiciable est donc confronté à un choix. Il peut en effet soulever uniquement la question de constitutionnalité, ce qui, en pratique, n'est pas le plus intéressant. Il peut également ne soulever que la question de conventionnalité, ce qui permettra que la question soit tranchée plus rapidement par le juge, sous réserve d'une question préjudicielle. Il peut enfin soulever les deux, ce qui lui laisse d'abord plus de chances de réussir et qui permet en outre l'abrogation de la disposition. Le délai sera potentiellement plus long pour une QPC, mais dans la mesure où l'exception d'inconventionnalité ne permet que d'écarter la loi, la procédure de la QPC a le mérite d'éviter que la question soit à nouveau posée en appel, voire en cassation, voire même devant la CourEDH. De ce point de vue, le cumul des deux procédures permet d'élargir le champ de protection des libertés, et de se prémunir contre les défauts inhérents à chacune d'entre elles.

La précision apportée par le Conseil en vertu de laquelle « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* »³⁶¹ constitue en outre un « *instrument essentiel de résolution des conflits* »³⁶² et favorise donc cette complémentarité des ordres juridiques. La superposition de ces deux procédures de protection des droits fondamentaux, au service du justiciable, permet alors au juge de renforcer son rôle de protecteur des libertés.

Dès lors, sous l'influence de la CESDH et de la jurisprudence de la CourEDH, les modalités du contrôle juridictionnel sur les actes des autorités politiques en France et au Royaume-Uni se rapprochent, sans toutefois être similaires, vers une protection accentuée des libertés individuelle et d'aller et venir. Ce contrôle s'est donc affiné, et ce notamment par l'utilisation de méthodes particulière dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ; le regard du juge étant désormais tourné vers l'existence de garanties.

³⁵⁸ En refusant de transmettre la question, ils affirment par la même que la disposition contestée est conforme à la Constitution, le monopole du Conseil est alors limité à la déclaration d'inconstitutionnalité.

³⁵⁹ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*

³⁶⁰ B. MATHIEU « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme : coexistence – autorité – conflits – régulation », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juil. 2011.

³⁶¹ Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 2

³⁶² B. MATHIEU « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme ... », art. cit., p. 8.

B. Un contrôle de proportionnalité axé sur les garanties procédurales

A défaut de pouvoir exercer un contrôle de proportionnalité effectif aux stades de l'adéquation et de la nécessité ; le juge va tâcher de préserver un certain contrôle sur les dispositifs anti-terroristes en axant le test de proportionnalité au sens strict sur la présence de garanties. Le phénomène terroriste déplace en effet nécessairement les frontières du contrôle, le juge ne pouvant ignorer la particularité du contexte sécuritaire. La CESDH le reconnaît elle-même et accepte en conséquence de « *donner à la démocratie des armes supplémentaires lorsque l'acte terroriste atteint une certaine ampleur* »³⁶³, ce qui se traduit en pratique par la possibilité de dérogations mise en place par l'article 15. Si le contexte sécuritaire justifie donc, dans une certaine mesure, une relativisation de la protection des libertés individuelle et d'aller et venir ; il ne peut en aucun cas justifier l'absence de procès équitable. Le droit à un procès équitable joue donc le rôle de dernier rempart dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, permettant une protection de l'individu contre l'arbitraire. Il doit être garanti puisque « *se convaincre de la supériorité de la démocratie sur le terrorisme et que l'Etat de droit est aux antipodes de la barbarie est à ce prix* »³⁶⁴.

C'est ainsi que lorsque la CourEDH a été saisi, à la suite de la Chambre des Lords, de l'affaire des détenus de Belmarsh³⁶⁵, afin qu'elle ordonne la libération des requérants, pouvoir que le *HRA* n'a pas conféré aux juges britanniques, elle a longuement insisté sur les garanties qui doivent accompagner une mesure privative de liberté. Après avoir confirmé le caractère disproportionné des mesures et donc la violation de l'article 5 §1 de la Convention, la Cour s'attarde sur la question de la violation de l'article 5 § 4 prévoyant le droit à un recours juridictionnel afin de contrôler la légalité d'une privation de liberté. En l'espèce, les soupçons étaient en partie fondés sur des documents confidentiels, dont les requérants n'avaient pas eu connaissance. La CourEDH admet que le droit à un procès contradictoire puisse être restreint « *dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde d'un intérêt public important tel que la sécurité nationale* »³⁶⁶ mais qu'afin de garantir l'équité de la procédure, cette restriction doit être compensée par des garanties procédurales. L'indépendance de la juridiction et l'existence d'avocats spéciaux peuvent en principe constituer des garanties suffisantes, mais il est nécessaire que les détenus soient suffisamment informés pour pouvoir donner des instructions utiles à ces avocats. Elle conclut alors à la violation de l'article 5 § 4 dans le cas de quatre requérants, du fait de l'imprécision des accusations. L'élément essentiel de cette jurisprudence relève du fait que, si la Cour admet qu'une « *procédure relevant de l'article 5 § 4 ne doit pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 prescrit* »³⁶⁷ ; elle affirme qu'en l'espèce, compte tenu de l'importance de la liberté en cause, et de la gravité et de la durée de la privation de liberté, « *l'article 5 § 4 doit impliquer des garanties substantiellement identiques à celles que consacre le volet pénal de l'article 6 § 1* »³⁶⁸.

³⁶³ F. MARCHADIER « Terrorisme », *in op. cit.*, p. 729.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ CourEDH, Gr. Ch., *Abu Qatada et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, n° 3455/05.

³⁶⁶ *Ibid.*, § 205.

³⁶⁷ *Ibid.*, § 203.

³⁶⁸ *Ibid.*, § 217.

La Chambre des Lords a pris acte de cette jurisprudence une semaine après que la décision de la CourEDH soit rendue. Elle est à cette occasion revenue sur sa jurisprudence antérieure³⁶⁹, qui affirmait qu'en principe le recours aux avocats spéciaux constituait un contrepoids suffisant à l'absence de communications d'éléments servant de preuves de l'existence de motifs raisonnables de soupçonner l'implication d'une personne dans des activités terroristes, ajoutant toutefois que cela devait faire l'objet d'une appréciation au cas par cas. Dans sa décision de 2009, la Chambre des Lords procède à l'interprétation conforme des dispositions du *Prevention of Terrorism Act*³⁷⁰, afin de tenir compte de la jurisprudence de la CourEDH et affirme donc que l'individu faisant l'objet de mesures de contrôle doit disposer d'informations suffisantes pour pouvoir donner des instructions à son avocat³⁷¹. La Chambre des Lords harmonise donc les exigences liées au procès équitable dans le cadre des ordonnances de contrôle portant le plus souvent atteinte à la liberté d'aller et venir, avec celles devant être présentes dans le cadre de la détention, et donc d'une atteinte forte à la liberté individuelle. Lord PHILLIPS affirme en effet que, malgré le fait qu'une ordonnance de contrôle soit de nature différente que la détention, la CourEDH ayant cité à plusieurs reprises dans sa décision des affaires relevant des ordonnances de contrôle, une telle distinction ne semble pas exister. Dès lors, les ordonnances de contrôle, du fait des restrictions importantes qu'elles portent à la liberté d'aller et venir, voire parfois à la liberté individuelle, sont soumises au même standard de procès équitable que celui en vigueur dans un procès pénal³⁷². Le standard est donc bien plus exigeant que celui prévu dans la décision *MB*, qui variait selon le contexte. Il s'agit désormais, comme le montre Lord Brown, d'un « *principe rigide* »³⁷³, qui exige que le requérant dispose d'informations suffisantes pour donner des instructions à son avocat.

Cette rigidité de la conception du procès équitable s'explique par l'importance de la liberté en cause. La CourEDH dans une décision de 2014³⁷⁴ a en effet affirmé que, contrairement aux garanties procédurales des articles 5 et 6, celles fondées sur l'article 8 varient selon le contexte. De même, la Cour suprême britannique a considéré que le standard mis en place dans la décision *AF* était limité aux cas relatifs à la liberté individuelle ou à la liberté d'aller et venir, du fait du caractère essentiel de ces dernières³⁷⁵.

Le juge constitutionnel français, de manière général, censure rarement sur le fondement de l'inadéquation ou de l'absence de nécessité, mais plutôt sur celui de la proportionnalité au sens strict, qui comprend l'examen des garanties³⁷⁶. Ce constat se vérifie tout particulièrement dans le contexte terroriste. C'est ainsi que dans la décision 96-377 DC, le Conseil admet que la loi puisse prévoir des visites, perquisitions et saisies de nuit en cas de flagrance, lorsqu'elles sont autorisées par le juge judiciaire, l'inviolabilité du domicile étant rattaché à la liberté individuelle³⁷⁷. En revanche, il censure la disposition ayant prévu cette possibilité dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, considérant que l'autorisation du

³⁶⁹ *Secretary of State for the Home Department v MB* [2007] UKHL 46.

³⁷⁰ *Secretary of State for the Home Department v AF (no 3)* [2009] UKHL 28, § 67.

³⁷¹ *Ibid.*, § 59.

³⁷² *Ibid.*, § 57.

³⁷³ *Ibid.*, § 119 « *There now is a rigid principle* ».

³⁷⁴ CourEDH, *IR et GT c/ Royaume-Uni*, 28 janv. 2014, n° 14876/12 et 63339/12

³⁷⁵ *Home Office v Tariq* [2011] UKSC 35.

³⁷⁶ V. GOESEL-LE BIHAN « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012, p. 3.

³⁷⁷ Décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996, cons. 17.

procureur ou du juge d'instruction ne constitue pas une garantie suffisante³⁷⁸. L'intervention d'un magistrat du siège est donc requise du fait de l'importance de l'atteinte à la liberté individuelle. De même, lors du contrôle de la loi du 9 mars 2004 instaurant des règles dérogatoires pour un certain nombre d'infractions commises en bande organisée, dont le terrorisme, qui prolonge la durée de la garde à vue à 96 heures, le Conseil insiste longuement sur les garanties, et particulièrement sur l'intervention du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle³⁷⁹. Il a ensuite été saisi, dans le cadre de son contrôle a posteriori, de la question de la conformité de l'article 706-88 du Code de procédure pénale qui différait le choix de l'avocat d'un individu gardé à vue pour des faits de terrorisme pendant la durée de cette garde à vue. Il n'a pas censuré le principe, considérant que la liberté du choix de l'avocat pouvait être exceptionnellement différée du fait de la « *complexité et la gravité de cette catégorie de crimes et délits* »³⁸⁰, mais a abrogé la disposition pour incompétence négative, considérant qu'il appartenait au législateur de définir les conditions particulières permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense ainsi que les modalités de cette dernière.

La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme avait prévu que la durée de la garde-à-vue puisse être portée à 144 heures pour des actes de terrorisme. Lorsque le Conseil a été saisi de cette loi dans le cadre de son contrôle a priori³⁸¹, la saisine ne portait pas sur cette disposition, mais Pierre MAZEAUD, alors Président du Conseil, a affirmé que « *même si cela n'apparaît pas dans la décision, le Conseil les a examinées d'office. Cet examen d'office s'imposait compte tenu de l'atteinte qu'elles portent à la liberté individuelle* »³⁸². Il déclare donc que le Conseil les a validé pour trois raisons, les garanties existantes avaient déjà été validées ; les nouvelles prolongations ne peuvent intervenir qu'à titre exceptionnel et dans deux cas strictement définis ; enfin elles sont autorisées par le juge de la liberté et de la détention, distinct du juge d'instruction. Lorsque le Conseil a ensuite été expressément saisi de cette disposition par une QPC, il l'a en effet validé pour ces raisons, considérant que les garanties apportées étaient suffisantes³⁸³.

Le Conseil, tout comme la Cour suprême britannique, ont donc tâché de freiner les tendances parfois excessivement répressives des autorités politiques dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, en exigeant la présence de garanties procédurales. Cette position revient toutefois à laisser un champ relativement large à ces autorités pour porter atteinte aux libertés individuelle et d'aller et venir du fait de l'objectif de sécurité nationale. La jurisprudence britannique apparaît certes plus protectrice, du fait du caractère frappant et inattendu de sa décision *A.*, mais le juge anglais a toutefois, lui aussi, validé un certain nombre de mesures restrictives par la suite, en affirmant qu'elles étaient assorties de garanties suffisantes. Si l'attention portée aux garanties permet, en toutes hypothèses, de sauvegarder un contrôle sur les atteintes à ces libertés ; celles-ci sont de plus en plus fortes et posent la question des limites à ne pas franchir pour rester dans le cadre d'un Etat de droit. Comme l'affirmait Pierre MAZEAUD, au sujet de la garde-à-vue, « *Si le Conseil a considéré*

³⁷⁸ *Ibid.*, cons. 18.

³⁷⁹ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 25 à 27.

³⁸⁰ Décision n° 2011-223 QPC du 17 févr. 2012 *Ordre des avocats au Barreau de Bastia*, cons. 7

³⁸¹ Décision n° 2005-532 DC du 19 janv. 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*.

³⁸² P. MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Visite à la cour suprême du Canada, 24 au 26 avril 2006, p. 9.

³⁸³ Décision n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A.*, cons. 5.

qu'elles n'étaient pas franchies en l'espèce, on peut penser que l'on approche désormais des limites ultimes »³⁸⁴.

Titre 2. Un contrôle prudent mais attentif au maintien des limites de l'Etat de droit

La lutte contre le terrorisme impose à l'ensemble des organes de l'Etat, mais tout particulièrement au juge constitutionnel, de trouver un équilibre, entre sécurité et liberté, entre défense de l'Etat et sauvegarde de l'Etat de droit. Or, face aux nombreuses difficultés auxquelles le contrôle de constitutionnalité est confronté dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, « aucune juridiction ne peut prétendre avoir identifié la meilleure stratégie à adopter »³⁸⁵. Les juges ne sont pas parvenus à établir un tel équilibre de manière stable, mais ils s'efforcent, à travers chaque décision, de le trouver, afin de maintenir les limites de l'Etat de droit. C'est par rapport à cette démarche de tâtonnement vers la recherche d'un équilibre que l'étude comparative est la plus intéressante, puisqu'elle permet de mettre en lumière les difficultés inhérentes au rôle même du juge, au delà du système dans lequel il se situe. Cette recherche d'équilibre se constate dans deux dynamiques différentes, d'abord au niveau de sa relation avec les autres organes de l'Etat, c'est-à-dire relativement aux questions de déférence ou de retenue du juge (Chapitre 1) ; mais aussi au sein de son processus de contrôle en lui-même, par rapport au niveau de protection adéquat des libertés individuelle et d'aller et venir qu'il convient d'adopter face au terrorisme (Chapitre 2).

Chapitre 1. Une sagesse jurisprudentielle efficace

Il relève certes d'un devoir à la charge du juge de conserver l'efficacité de son rôle de gardien des libertés, mais cela ne signifie pas que toute retenue de sa part serait malvenue. Une certaine prudence est au contraire souhaitable. Tant qu'elle n'est pas excessive, la retenue du juge constitutionnel dans le cadre terroriste est donc légitime (I) ; elle permet en outre de renforcer la rigidité des limites posées à l'action des autorités politiques en matière de lutte contre le terrorisme, et conditionne donc l'efficacité de la jurisprudence (II).

I. Une retenue appropriée

Une démarche d'autolimitation doit être adoptée par le juge constitutionnel, afin de conserver la confiance de la société, et donc de permettre l'acceptation de ses décisions par celle-ci (A). C'est cette même démarche qui permet une discussion avec les autorités politiques, et la coopération entre les différentes branches du pouvoir (B).

³⁸⁴ P. MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme ... », art. cit., p. 10.

³⁸⁵ A. MASFERRER, C. WALKER, « Countering terrorism and crossing legal boundaries », in A. MASFERRER, C. WALKER, *op. cit.* p. 6 : « no single jurisdiction can claim to have identified the correct stance to take ».

A. *L'autolimitation du juge*

Une certaine retenue du juge est en pratique nécessaire. Celui-ci doit certes assurer son rôle de protecteur des libertés, mais il doit concilier cela avec la nécessité pratique d'assurer l'assentiment du peuple à sa décision et de conserver la neutralité qui doit le caractériser aux yeux de la société. Ce dernier point revêt une importance particulière dans des systèmes où, comme en France, la composition de la cour constitutionnelle est contestée du fait du caractère politique de la nomination de ses membres. De même, au Royaume-Uni, la nomination des juges de l'ancienne Chambre des Lords était marquée par une certaine opacité³⁸⁶. Le *Constitutional Reform Act* a donc mis en place un nouveau processus de sélection, plus transparent, et confirmant l'exclusion du Parlement de ce processus afin d'éviter une trop grande politisation et de garantir la confiance de la population dans cette institution³⁸⁷.

Le juge doit donc veiller à ne pas dépasser le cadre de son office. Toute déférence ne doit dès lors pas être considérée comme regrettable ou préjudiciable aux libertés ; là encore c'est une question de mesure, d'équilibre à trouver. Le juge constitutionnel n'est certes pas le défenseur de la majorité, mais il ne peut ignorer la volonté de celle-ci, à moins de mettre en péril l'autorité attachée à ses décisions, et par la même le respect des droits qu'elles affirment. Si on part du principe selon lequel le juge constitutionnel dispose nécessairement d'un pouvoir normatif, bien que sa marge décisionnelle soit étroite, « *il faut bien reconnaître que l'autolimitation n'est autre que le seul moyen disponible pour [le] contenir* »³⁸⁸. Il revient donc au juge de déterminer, selon les circonstances, lorsqu'il doit faire preuve d'audace ou, au contraire, lorsqu'il convient de laisser une plus large place à l'action des organes représentatifs du peuple afin de garantir l'acceptation de la décision finale.

Cette acceptation doit aussi passer par la motivation des décisions du juge constitutionnel, puisque c'est à travers cette dernière que l'on peut constater la position qu'a choisi d'adopter le juge. Or, si le juge anglais se sert en effet largement de cet outil pour justifier de la légitimité de son action dans des situations précises, le Conseil constitutionnel lui, se contente d'affirmer de manière constante qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement, ce qui permet difficilement de se faire une idée des raisons qui justifient le choix du degré de retenue qu'il épouse au sein de chaque décision.

En toutes hypothèses, le juge constitutionnel ne peut ignorer l'opinion publique, du fait de la pression qui est exercée sur lui « *non seulement de la part des ministres membres du gouvernement mais aussi de la pression médiatique incitant à une plus grande sévérité de lutte contre le terrorisme* »³⁸⁹. De ce fait, lorsque des questions sensibles lui sont posées, il est légitime que le juge puisse faire preuve d'une certaine retenue, et ne censurer que la disproportion manifeste. Cette plus large marge accordée aux autorités politiques ne signifie toutefois pas que ces dernières sont totalement libres. Au contraire, cette retenue est à double

³⁸⁶ A. DUFFY-MEUNIER « La Cour suprême au Royaume-Uni... », art. cit., p. 21

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 22.

³⁸⁸ D. de BECHILLON « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juil. 2008, p. 2.

³⁸⁹ J. MORAN, art. cit., pp. 62-63 : « *the judges came under sustained pressure not only directly from individual government ministers but also from media pressure towards tougher counter-terrorism* ».

tranchant puisqu'elle signifie « *d'une part que le juge reste conscient de ses propres limites (il existe un seuil d'inacceptabilité sociale de sa décision dont il est conscient), d'autre part qu'il n'hésitera pas en revanche à censurer une décision si elle lui semble manifestement irrationnelle ou disproportionnée et ce, même s'il lui faut aller à l'encontre de l'opinion publique* »³⁹⁰. Elle ne doit donc pas être analysée comme une limite externe à l'action du juge, qui lui serait imposée par les autorités politiques, mais, à l'inverse, comme une illustration de la maîtrise de ses propres pouvoirs, puisque c'est à lui de déterminer dans quelle mesure il doit faire preuve de déférence, d'établir l'équilibre qui lui semble approprié. Dès lors, si le juge constitutionnel doit, en pratique, prendre en compte l'opinion publique dans son raisonnement, il ne peut en aucun cas se sentir lié par celle-ci. En effet, « *lorsqu'une cour statue sur l'équilibre entre sécurité et liberté en temps de menaces de terrorisme, souvent elle entend des griefs de tous les côtés. Les défenseurs des droits de l'homme soutiennent que la cour accorde trop peu de protection à la sécurité et trop peu aux droits de l'homme. Les défenseurs de la sécurité soutiennent l'opposé. Souvent, ceux qui avancent ces arguments se limitent à la lecture des conclusions judiciaires sans tenir compte du raisonnement juridique qui cherche à parvenir à un équilibre approprié entre des valeurs et principes en conflit. Rien de tout cela ne devrait intimider le juge. Il doit décider au mieux de sa compréhension et conscience* »³⁹¹. Le rôle du juge est donc difficile, tout particulièrement dans le cadre terroriste, mais il doit s'affirmer et procéder lui-même à la mise en balance des intérêts, lorsqu'il considère que celle réalisée par l'exécutif ou le législateur est défailante.

B. La nécessaire coopération avec les autres branches du pouvoir

Au sein d'un Etat démocratique et caractérisé par la séparation des pouvoirs, les notions de dialogue et de compromis sont essentielles. Cela est d'autant plus vrai lorsque la séparation des pouvoirs est conçue, comme en France, comme une séparation des fonctions, plutôt que comme une division du pouvoir, dans la mesure où les différentes branches du pouvoir se situent alors dans un rapport d'interdépendance. Le juge ne doit alors pas nécessairement se poser en frein à l'action des autorités politiques, mais plutôt permettre que celle-ci s'inscrive dans le respect de la Constitution.

Au Royaume-Uni, ce rapport entre les différentes branches de l'Etat a été modifié en profondeur par l'introduction du *HRA*. Le système mis en place nécessite en effet, comme nous l'avons vu, la mise en place d'un dialogue entre les pouvoirs pour être efficace. Le juge, tout comme les autorités politiques, doit donc trouver un compromis permettant d'assurer la protection des libertés et savoir restreindre son champ d'action lorsqu'une opposition frontale n'est pas nécessaire. C'est à cette fin que le juge constitutionnel français utilise très largement la technique des réserves d'interprétation, permettant d'éviter une censure, tout en purgeant la loi de son inconstitutionnalité. C'est ainsi qu'en 2004, lorsqu'il a été saisi de la question de la constitutionnalité du report de l'intervention de l'avocat dans le cadre de la garde-à-vue pour des infractions en matière de criminalité organisée, cet entretien pouvant être différé jusqu'à 72 heures en matière de terrorisme ; il s'est refusé à invalider la disposition, et a préféré l'interpréter conformément à la Constitution.

³⁹⁰ X. PHILIPPE, « Le contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Petites affiches*, 5 mars 2009, n° 56, p. 17.

³⁹¹ A. BARAK, *op. cit.*, p. 297.

Il a donc, par le biais d'une réserve d'interprétation, placé la décision de reporter l'intervention de l'avocat prise par un officier de police judiciaire sous le contrôle du juge judiciaire³⁹² ; le législateur ayant, selon le Conseil, « *nécessairement entendu* » que ce magistrat soit compétent pour contrôler la qualification des faits justifiant le report.

De même, le juge britannique montre une grande réticence à prononcer des déclarations d'incompatibilité, préférant utiliser la technique de l'interprétation conforme de la section 3 du *HRA*. Le mécanisme de la déclaration d'incompatibilité de la section 4 joue donc un rôle subsidiaire, lorsqu'une telle interprétation est rendue impossible par les termes de la loi, « *en tant que consolation pour le requérant déçu et comme un indicateur important du besoin de changement* »³⁹³. La seule déclaration d'incompatibilité confirmée par la Cour suprême, ou plutôt en l'espèce par l'ancienne Chambre des Lords, en matière de terrorisme a été celle relative à la détention pour une durée indéfinie sans procès des étrangers suspectés de terrorisme³⁹⁴. Les termes de la loi ne laissaient en effet aucune place à l'ambiguïté, ce qui rendait impossible une interprétation conforme et l'atteinte portée à la liberté individuelle était en outre d'une gravité inacceptable au sein d'un Etat de droit.

Cela nous permet de comprendre la démarche que suit le juge britannique. Il reconnaît d'abord que la mise en balance entre le besoin de sécurité et la protection des libertés individuelles relève en premier lieu du législateur et de l'exécutif, et que le juge doit donc leur reconnaître un « *degré approprié de latitude* »³⁹⁵. Si on peut alors se demander comment justifier le contrôle poussé et la solution radicale qu'il a adoptée dans cette affaire ; il faut voir, à la suite de Julian RIVERS que « *l'issue à cette impasse est de distinguer selon les motifs justifiant une certaine étendue de la déférence. Le fait que certaines questions relèvent de l'expertise de l'exécutif est une raison justifiant la déférence, mais pas une raison justifiant une déférence considérable* »³⁹⁶. Le juge doit donc faire varier la marge qu'il laisse aux autorités politiques, selon la nature de la question qui lui est posée. C'est exactement cette idée que Lord BINGHAM met en lumière à travers sa théorie du spectre. Il rejette en effet la plénitude que le ministre de l'Intérieur cherche à conférer à la théorie de la déférence due par les cours aux autorités politiques et préfère voir cela comme un spectre, dont une extrémité serait composée de questions purement politiques, et l'autre de questions purement juridiques³⁹⁷. Dès lors, cette déférence n'est pas un principe rigide, mais, au contraire, une attitude que le juge adopte dans des proportions fluctuantes en fonction des circonstances.

Ces variations quant au degré de retenue opportun démontrent le respect du juge pour les fonctions des autorités politiques, tant que ces dernières ne dépassent pas les limites qu'il a posé, et permettent donc, dans une sorte de rapport de réciprocité, d'assurer, en pratique, le respect des décisions jurisprudentielles par les autres branches du pouvoir.

³⁹² Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 33.

³⁹³ G. CONOR « The Human Rights Act ... », art. cit., p. 583 : « *the higher courts' power to issue a declaration of incompatibility stands ready as a consolation for the disappointed litigant and an important pointer towards the need for change* ».

³⁹⁴ *A. v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

³⁹⁵ *Ibid.*, § 80 : « *the courts will accord to Parliament and ministers, as the primary decision-makers, an appropriate degree of latitude* »

³⁹⁶ J. RIVERS, « Proportionality and variable intensity of review », *Cambridge Law Journal*, 2006, 65(1), p. 205 : « *The way out of the impasse is to distinguish the grounds for deference from its proper extent. That certain matters fall within executive expertise is a reason for deferring, but not a reason for deferring greatly* ».

³⁹⁷ *A. v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, § 29.

II. La condition de l'efficacité de la protection des libertés par le juge constitutionnel

Cette autolimitation du juge a pour conséquence logique un renforcement de l'autorité de ses décisions. Du fait de la retenue qu'il adopte dans le cadre sécuritaire, les décisions par lesquelles il s'élève contre la volonté des autorités politiques apparaissent légitimes et sont donc largement respectées (A). Au delà du respect de ses décisions au sens strict, cela contribue à conférer au juge une autorité de persuasion, une influence, dont il use judicieusement (B).

A. *La retenue du juge, condition du respect de ses décisions*

Le juge constitutionnel essaie de trouver la juste mesure permettant une protection des libertés individuelle et d'aller et venir sans toutefois adopter une conception dogmatique quant au niveau de cette protection. Il prend donc en compte les conséquences de ses décisions, non seulement sur la société, mais également relativement à leur impact sur sa propre légitimité, qui conditionne la portée accordée à sa jurisprudence.

La lutte contre le terrorisme entraîne nécessairement un assouplissement du contrôle de constitutionnalité, mais celui-ci, « *pour ne pas disparaître, doit être savamment dosé* »³⁹⁸.

Cette recherche d'équilibre quant au rôle que le juge doit adopter face aux actions des autorités politiques peut être illustrée par la position qu'a adoptée le Conseil constitutionnel lorsqu'il a été confronté à la définition du terrorisme. On peut en effet considérer que le fait de censurer cette définition n'aurait pas emporté une meilleure protection des droits fondamentaux dans la mesure où il est impossible de réellement restreindre le sens à donner à cette notion. Dès lors, deux solutions auraient été possibles, l'absence totale de définition, ce qui aurait nécessairement été plus préjudiciable aux libertés, ou bien l'élaboration d'une nouvelle définition, dont la portée aurait été tout aussi large. Le juge constitutionnel a donc choisi de définir les contours de la notion, et ce de manière quasiment imperceptible. Ainsi, en censurant l'introduction par le législateur à l'article 421-1 du Code pénal du délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour d'un étranger en situation irrégulière³⁹⁹, le Conseil a par la même apporté des précisions relatives à ce que recouvrait la notion même de terrorisme. En affirmant en effet que, « *à la différence des infractions énumérées à l'article 421-1 du code pénal, l'article 21 incrimine non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière* »⁴⁰⁰; le Conseil précise la nature et les effets d'un acte terroriste. Il doit donc s'agir d'un acte matériel et ayant des effets directs sur la sécurité des biens ou des personnes. Dans ce même considérant, il ajoute en outre une nouvelle condition pour qu'un acte soit qualifié de terrorisme. Si celui-ci doit, en vertu de l'article 421-1 du code pénal, être intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par

³⁹⁸ K. ROUDIER, *op. cit.*, p 353.

³⁹⁹ Décision n° 96-377 DC du 16 juil. 1996.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, cons. 8.

l'intimidation ou la terreur ; pour le Conseil cette relation doit être « *immédiate* »⁴⁰¹. Le juge constitutionnel œuvre donc par petites touches, ce qui lui permet d'encadrer la notion, sans toutefois se positionner en tant qu'opposant à la volonté du législateur. Cela facilite donc l'acceptation de sa décision par les autorités politiques.

Mais cette démarche emporte une autre conséquence essentielle ; lorsque le juge exprime une opposition marquée face à une mesure, une grande considération lui est attachée. C'est en effet la tolérance dont il fait le plus souvent preuve qui conditionne la force des déclarations d'inconstitutionnalité, ou d'incompatibilité. On peut en ce sens dresser un parallèle avec la structure de la CESDH qui autorise des dérogations, en distinguant des catégories de motifs pouvant justifier les limitations à certains droits conventionnels. La possibilité de déroger, ou de limiter les droits fondamentaux dans certaines circonstances conditionne en réalité le respect de la CESDH. Le caractère absolu de l'interdiction de la torture est ainsi renforcé par le fait que ce droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants est le seul droit protégé par la Convention qui ne peut faire l'objet d'une mise en balance avec des motifs, notamment de sécurité nationale⁴⁰².

Cela nous permet donc de comprendre la portée qu'a revêtue, au Royaume-Uni, la décision *A v Secretary of State for the Home Department*⁴⁰³ par laquelle la Chambre des Lords a conclu à l'incompatibilité de la section 23 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act*. Cela est d'autant plus remarquable dans le contexte britannique, dans la mesure où le juge, traditionnellement très respectueux de la souveraineté du Parlement, ne s'était jamais opposée avec tant de force, et par une majorité si large, à la volonté de ce dernier. La fermeté de Lord BINGHAM déclarant que le fait de conclure à la disproportion des mesures en cause est « *à mon sens, irrésistible* »⁴⁰⁴ n'aurait évidemment pas eu le même poids si une telle vigueur était courante dans la jurisprudence de relative au terrorisme. Le Parlement a donc par la suite abrogé l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001 et ces pouvoirs de détention ont été remplacés en 2005 par les ordonnances de contrôle du *Prevention of Terrorism Act*.

C'est donc « *précisément parce que les cours ont été nuancées, que le gouvernement a invariablement été capable d'être généreux* »⁴⁰⁵. La prise en compte par les autorités politiques de l'appréciation juridictionnelle des mesures de lutte contre le terrorisme ne se limite en outre pas à l'autorité de chose jugée, dans la mesure où s'ajoute à cette dernière une autorité de persuasion.

B. Un pouvoir d'influence du juge constitutionnel

Au delà des hypothèses de censure ou de déclaration d'incompatibilité, la jurisprudence du juge constitutionnel influence la manière dont sont conçus les dispositifs de lutte contre le terrorisme. Cela peut

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² CourEDH, Grde Ch., *Saadi c/ Italie*, 28 févr. 2008, n° 37201/06, § 138.

⁴⁰³ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56

⁴⁰⁴ *Ibid.*, § 43.

⁴⁰⁵ G. CONOR, « The Human Rights Act ... », art. cit., p. 584 : « *Precisely because the courts have been nuanced, the government has invariably been able to be generous* ».

être illustré par l'évolution de la définition britannique du terrorisme. Dans sa décision *R v Gul*⁴⁰⁶, la Cour suprême a, en effet, après avoir validé la définition du *Terrorism Act* de 2000, ajouté des remarques de nature générale exprimant son inquiétude quant à la large portée de la définition. La Cour affirme qu'il s'agit d'une question relevant du Parlement et choisit donc de ne pas elle-même restreindre le sens de la définition, mais profite d'avoir été saisie de cette question pour affirmer que « toute restriction législative du champ de la définition (...) serait la bienvenue »⁴⁰⁷. Ce faisant elle joue donc le rôle d'éclaireur, indiquant au gouvernement quelles évolutions serait souhaitable afin de permettre une meilleure protection des libertés. Cet avertissement de la Cour a été appuyé par celui de l'examineur indépendant de la législation en matière terroriste invitant en juillet 2014 le gouvernement à restreindre la portée de la définition du terrorisme, ainsi que celle d'activités liées au terrorisme, permettant de déclencher l'application de mesures de prévention et d'enquête terroristes en vertu du *TPIM Act* 2011⁴⁰⁸. Le gouvernement a répondu en mars 2015 à ce rapport, et affirme prendre en compte l'invitation des juges, exprimée par la Cour Suprême dans la décision *Gul*, et par la High Court dans l'affaire *Miranda*, à restreindre la définition du terrorisme du *Terrorism Act* 2000. Toutefois, il considère qu'il est opportun, avant d'éventuellement procéder à une modification, d'attendre de voir la position qu'exprimera la Cour suprême dans l'affaire *Beghal*, décision actuellement en instance devant elle, ainsi que la Cour d'appel relativement à l'affaire *Miranda*⁴⁰⁹. Cela permet dès lors de constater l'importance attachée par les autorités politiques à l'appréciation du juge.

Cette influence du juge se constate également très nettement à travers le remplacement des ordonnances de contrôle prévues par le *Prevention of Terrorism Act* 2005 par les mesures de prévention et d'enquête terroristes en vertu du *TPIM Act* 2011. L'ancienne chambre des Lords avait en effet, à plusieurs reprises, procédé à une interprétation conforme des dispositions de la loi de 2005, refusant de les déclarer incompatibles. Dans la décision *MB* notamment, le juge de première instance avait déclaré incompatible avec l'article 6 de la CESDH la procédure de supervision par le juge de la décision du ministre de l'Intérieur de prendre une ordonnance de contrôle⁴¹⁰ ; la Cour d'appel a renversé cette décision, ce qui a été confirmé par la Chambre des Lords⁴¹¹ ; bien que Lord BINGHAM ait exprimé des doutes quant à la suffisance de cette interprétation, admettant que l'argument selon lequel une déclaration d'incompatibilité serait justifiée mérite considération. Il a toutefois préféré se ranger à l'avis de la majorité, et conclut donc que la section 3 du *HRA* doit être appliquée⁴¹². Malgré le fait qu'aucune décision finale de déclaration d'incompatibilité n'ait été prise relativement au mécanisme des ordonnances de contrôle, le gouvernement a pris en compte les inquiétudes exprimées par la Cour, puisque ces mécanismes ont été abrogés en 2011 et remplacés par des mesures moins restrictives des libertés individuelle et d'aller et venir. La loi de 2011 prévoit en effet qu'elles ne puissent être imposées que pour une durée maximale d'un an, renouvelable une fois. Surtout, le gouvernement et le Parlement ont pris en compte la conception de la Cour relative à l'article 6 de la

⁴⁰⁶ *R v Gul* [2013] UKSC 64

⁴⁰⁷ *Ibid.*, § 62.

⁴⁰⁸ D. ANDERSON QC, Independent Reviewer on Terrorism Legislation, « The terrorism acts in 2013 », juil. 2014, p. 108.

⁴⁰⁹ « The government response to the annual report on the operation of the Terrorism Acts in 2013 by the Independent Reviewer of Terrorism Legislation », mars 2015, p. 7.

⁴¹⁰ *Secretary of State for the Home Department v MB* [2006] EWHC 1000 (Admin).

⁴¹¹ *Secretary of State for the Home Department v MB* [2007] UKHL 46.

⁴¹² *Ibid.*, § 44.

Convention, puisque la permission du juge est désormais requise en vertu de la section 6 du *TPIM Act*. Enfin, le *Counter-Terrorism and Security Act* de 2015 est venu limiter la définition des « activités liées au terrorisme » au sens du *TPIM Act*. Étaient en effet auparavant englobés dans cette notion les faits de porter assistance ou support à des individus dont l'individu sait ou croit qu'ils sont impliqués dans des comportements de commission, préparation ou instigation d'actes de terrorisme, mais aussi de faciliter ou encourager ces comportements ; désormais seule l'assistance à la commission, préparation ou instigation d'actes terroristes tombe dans le champ de la loi de 2011⁴¹³.

Cela nous permet donc de constater la « *puissance d'opinion* »⁴¹⁴ dont est auréolée la Cour suprême britannique. Cette formule utilisée par TOCQUEVILLE pour décrire la place de la Cour suprême américaine dans le système constitutionnel, peut être transposée à la Cour suprême britannique ; celle-ci devant nécessairement, trouver un équilibre entre une trop grande affirmation de son rôle et une mise en retrait excessive qui serait préjudiciable aux libertés. Cette recherche de la juste mesure dans l'autolimitation est un élément important de la politique jurisprudentielle de toute Cour constitutionnelle, mais elle est d'autant plus impérative pour la Cour suprême britannique, par rapport au Conseil constitutionnel français, du fait de la spécificité des mécanismes mis en place par le *HRA*.

S'agissant du système français, ce pouvoir d'influence du Conseil constitutionnel se remarque aussi, et ce même en amont, comme le montre Pierre MAZEAUD. « *En validant l'essentiel des mesures anti-terroristes adoptées par le législateur, le Conseil constitutionnel a permis la mise en place d'un système à la fois efficace et respectueux des garanties attendues d'un Etat de droit. Par ses réserves et ses censures, il a manifesté sa vigilance en la matière afin que le législateur demeure dans l'épuration constitutionnelle. Cette vigilance est, au demeurant, désormais intégrée par le législateur : les rapports et les débats parlementaires font largement référence à la jurisprudence du Conseil et le Parlement se positionne par rapport à elle. C'est ainsi qu'en amont même des décisions qu'il rend lorsqu'il est saisi, le Conseil contribue à la défense des libertés fondamentales et de la démocratie* »⁴¹⁵.

Tout cela nous permet de démontrer le caractère vertueux d'une certaine retenue du juge constitutionnel, permettant une meilleure réception de son évaluation par les autres branches du pouvoir ; et ce même en amont de ses décisions. L'attitude du juge consistant à moduler son degré de déférence selon les questions qui lui sont posées, s'élevant avec force quand il le faut contre la volonté des autorités politiques, et conservant, dans toute autre situation, une influence discrète, permet donc *in fine* une meilleure effectivité de la protection des libertés. Cette modération donne par ailleurs au juge constitutionnel une certaine flexibilité quant à l'intensité de son contrôle en matière de terrorisme. La protection juridictionnelle des libertés individuelle et d'aller et venir dans ce cadre est ainsi sauvegardée, bien qu'affaiblie.

⁴¹³ Section 4 du *TPIM Act* 2011, tel que modifiée par la section 20 du *Counter-Terrorism and Security Act* de 2015.

⁴¹⁴ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique (1^{ère} partie)*, 3^e éd., 1835, version électronique, disponible à http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_tome1.html, p. 136.

⁴¹⁵ P. MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme ... », art. cit., p. 12.

Chapitre 2. La nécessaire marge de manœuvre du juge

Les variations quant à la marge d'appréciation laissée aux autorités politiques sont logiquement accompagnées d'une flexibilité quant à l'intensité du contrôle juridictionnel. C'est en réalité cette flexibilité qui permet au juge de s'adapter, et ainsi de conserver un rôle actif dans la protection des libertés face au terrorisme. Le degré du contrôle varie ainsi selon l'importance de la liberté et en cause, ainsi que selon la nature et le degré de l'atteinte qui lui est portée (I). Cette flexibilité va par conséquent permettre au juge d'imposer des ultimes frontières aux restrictions aux libertés que la lutte contre le terrorisme est susceptible de justifier (II).

I. Une intensité de contrôle variable

L'idée selon laquelle la passivité caractérise le rôle du juge constitutionnel dans le cadre de la lutte contre le terrorisme doit être réfutée. En réalité, celui-ci, par divers moyens, adapte l'intensité de son contrôle à la situation à laquelle il est confrontée (A). Cette intensité est toujours plus forte lorsque des droits fondamentaux essentiels, tels que la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir sont en cause (B).

A. *Une approche contextuelle du juge déterminant l'intensité du contrôle*

Les juges britanniques ont rompu avec l'approche stricte de la décision *Rehman*⁴¹⁶, qui revenait à laisser une sphère discrétionnaire de jugement aux autorités publiques lorsque les questions de sécurité nationale sont en cause. Le degré de contrôle sur ces questions est désormais variable. Le juge constitutionnel français fait également varier l'intensité de son contrôle afin de permettre de conserver une certaine protection des libertés dans le contexte terroriste, mais il fait, comme à son habitude, de manière plus implicite.

L'intensité du contrôle porté sur les dispositifs anti-terroristes varie donc selon l'importance de l'objectif sécuritaire, le juge s'intéressant notamment à ce titre à la gravité de la menace terroriste⁴¹⁷, mais aussi et surtout en fonction de l'importance des droits et libertés en cause et de la gravité de l'atteinte qui leur est portée. La Cour suprême, dans la récente décision *Pham*⁴¹⁸, a ainsi admis que l'intensité de son contrôle était déterminée par une approche contextuelle. Il s'agissait en l'espèce d'un individu qui s'était vu privé de sa nationalité par le ministre de l'Intérieur car il était suspecté de terrorisme et la question posée à la Cour était celle de savoir si cela revenait à le rendre apatride, dans la mesure où le Vietnam, dont le requérant était originaire, avait déclaré ne plus le considérer comme l'un de ses citoyens. La Cour a rejeté l'appel, considérant que ce n'était en toutes hypothèses pas la décision du ministre britannique qui l'avait rendu apatride et a refusé de se prononcer au regard du droit de l'UE car la question n'avait pas initialement été posée lors de la première instance. Cette décision est surtout intéressante en ce qu'elle a donné lieu à une

⁴¹⁶ *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2001] UKHL 47,

⁴¹⁷ Voir notamment la décision de la Chambre des Lords *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, § 94 ; et la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-31 QPC, 22 sept. 2010, *M. Bulent A. et autres*, cons. 5.

⁴¹⁸ *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19.

réflexion importante sur le *judicial review*, son intensité, et l'utilisation du standard de proportionnalité dans les rapports entre droit interne et droit de l'UE, mais aussi, indirectement, avec le droit de la CESDH. Lord CARNWATH reprend en effet l'analyse développée par Lord MANCE dans la décision *Kennedy v Charity Commission*⁴¹⁹ relative à l'approche flexible et dépendante du contexte du contrôle de l'excès de pouvoir⁴²⁰.

La distinction opérée par les juges entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir permet, là aussi, au juge de disposer d'une marge de manœuvre, puisque, comme nous l'avons vu⁴²¹, l'intensité du contrôle va pouvoir varier en fonction de la qualification de la liberté en cause. C'est ainsi que, dans la décision 2011-631 DC⁴²², le Conseil a considéré que la prolongation de la durée de la rétention administrative d'un étranger condamnés à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme ou à l'encontre duquel une mesure d'expulsion a été prononcée pour des comportements liés à des activités terroristes, lorsque l'éloignement ne peut être exécuté pour des raisons indépendantes de la diligence de l'administration, constituait une atteinte à la liberté individuelle ; ce qui lui permet de censurer la disposition⁴²³. La mesure d'assignation à résidence qui peut se substituer à cette rétention administrative si elle permet un contrôle suffisant de l'individu, est, elle, considérée par le Conseil comme un compromis adéquat entre la prévention des atteintes à l'ordre public et le respect des droits et libertés constitutionnels, il affirme donc qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté d'aller et venir et exerce un contrôle restreint⁴²⁴. L'utilisation de la catégorie des objectifs à valeur constitutionnelle permet également une flexibilité du contrôle de constitutionnalité, puisque la conciliation opérée entre l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties par le législateur se trouve sous le contrôle du juge. Dès lors, ce dernier peut rétablir l'équilibre au sein de cette conciliation, notamment en utilisant des réserves d'interprétation.

Le juge adapte donc l'intensité de son contrôle à la situation à laquelle il est confronté. Cette entreprise l'amène nécessairement à prendre en compte la situation sociale, le sentiment d'insécurité, et le besoin de protection de la vie de la population. Cependant, il faut voir que malgré la complexité et la gravité de la situation, le contrôle du juge est toujours plus soutenu lorsque des droits fondamentaux essentiels sont en jeu.

B. Une flexibilité cohérente avec le rôle de protecteur des droits fondamentaux du juge constitutionnel

Si on rejoint l'analyse de Valérie GOESEL-LE BIHAN, qui s'appuie sur l'absence de mention du caractère manifeste de la disproportion dans certaines décisions, il est possible de conclure que « *contrairement à une opinion souvent professée, le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil n'est pas toujours un contrôle restreint* »⁴²⁵. Il exerce, selon elle, un contrôle restreint sur les atteintes à la liberté d'aller et venir ainsi que sur une partie des atteintes à la liberté individuelle. Toutefois, il exerce un contrôle qui « *peut alors*

⁴¹⁹ *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20.

⁴²⁰ *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, § 60.

⁴²¹ Voir supra, partie 1, titre 2, chapitre 2, I, B.

⁴²² Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

⁴²³ *Ibid.*, cons. 76.

⁴²⁴ *Ibid.*, cons. 79.

⁴²⁵ V. GOESEL-LE BIHAN « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 5.

être considéré comme entier »⁴²⁶ sur les atteintes graves à des libertés considérées comme essentielles, telles que la liberté individuelle au sens strict.

S'agissant du juge britannique, son contrôle a toujours été plus approfondi lorsque des droits fondamentaux étaient en cause. Bien que la Chambre des Lords ait refusé en 1991 d'intégrer un contrôle de proportionnalité⁴²⁷, une approche comparable a pu être adoptée au moyen d'un contrôle plus approfondi lorsque des décisions méconnaissaient des droits et libertés essentiels⁴²⁸. C'est ainsi que Lord BINGHAM a pu affirmer en 1996 que « *plus l'interférence avec les droits de l'homme est substantielle, plus les Cours exigeront de justifications avant d'être convaincues que la décision est raisonnable* »⁴²⁹. Lorsque le Royaume-Uni s'est ensuite doté d'un catalogue de droits fondamentaux avec le *HRA*, les Cours se sont fondées sur la section 2 (1) du *HRA*, qui requiert que les juges tiennent compte de la jurisprudence de la CourEDH, pour adopter le standard de proportionnalité dans le cadre des droits conventionnels. Ils ont en outre mis en œuvre une conception de ce standard relativement proche de celle développée par la CourEDH, permettant donc le contrôle de la conciliation opérée par les autorités publiques. Dès lors, la rigueur de l'approche adoptée par la Cour dans l'affaire des détenus de Belmarsh⁴³⁰, malgré l'importance de l'objectif de sécurité nationale, est justifiée, comme le montre Lord HOPE, par le caractère fondamental de la liberté individuelle, traditionnellement protégée par le juge de *common law*. C'est ainsi qu'il conclut que « *l'étendue de la marge d'appréciation [de l'exécutif et du législateur] dépend du contexte. Ici le contexte est donné par la nature du droit à la liberté que la Convention garantit à chacun, et par la responsabilité à la charge des cours de donner effet à la garantie de minimiser le risque d'arbitraire et d'assurer la prééminence du droit (...). Sa nature absolue, mis à part les circonstances expressément prévues par l'article 5(1) indiquent que toute interférence avec le droit à la liberté doit faire l'objet d'un examen entier et minutieux* »⁴³¹.

On peut donc conclure, avec le Professeur Julian RIVERS⁴³², qu'en réalité, à partir du moment où leur rôle est celui de gardien des droits, une seule caractéristique est déterminante pour l'intensité du contrôle opéré par les juges constitutionnels, celle de la portée de la limitation du droit ; ce qui fait à la fois appel à l'importance intrinsèque du droit, et à la gravité de l'atteinte. L'attitude des juges consistant à ne censurer, ou déclarer incompatible, que lorsqu'il existe une atteinte particulièrement grave à la liberté individuelle, susceptible d'engendrer de lourdes conséquences nous conforte en effet dans cette analyse. C'est en effet ainsi que peuvent être comprises les réactions des juges visant à éviter l'amalgame entre immigration et terrorisme, telles qu'exprimées par la Chambre des Lords dans l'affaire des détenus de Belmarsh⁴³³, ou par le Conseil constitutionnel dans la décision 96-377 DC, qui refuse d'assimiler l'aide à l'entrée, à la circulation

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 6.

⁴²⁷ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] UKHL 4.

⁴²⁸ A. DUFFY-MEUNIER, « Le contrôle juridictionnel dans le cadre du Human Right Act 1998 : un standard de contrôle conventionnalisé pour une meilleure protection des droits et libertés ? », *L'Europe des libertés*, n° 24, sept. 2007, p. 2.

⁴²⁹ *R v. Ministry of Defense, ex parte Smith* [1996] [1995] EWCA Civ 22: « *The more substantial the interference with human rights, the more the court will require by way of justification before it is satisfied that the decision is reasonable* »

⁴³⁰ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

⁴³¹ *Ibid.*, § 107 : « *The width of the margin depends on the context. Here the context is set by the nature of the right to liberty which the Convention guarantees to everyone, and by the responsibility that rests on the court to give effect to the guarantee to minimise the risk of arbitrariness and to ensure the rule of law: (...). Its absolute nature, save only in the circumstances that are expressly provided for by article 5(1), indicates that any interference with the right to liberty must be accorded the fullest and most anxious scrutiny* ».

⁴³² Proportionality and variable intensity of review », *Cambridge Law Journal*, 2006, 65(1), p. 205.

⁴³³ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

ou au séjour d'un étranger en situation irrégulière à un acte de terrorisme⁴³⁴. Ce faisant, le juge pose des limites infranchissables à l'action des autorités publiques dans le cadre de lutte contre le terrorisme, et protège les ultimes frontières, déjà déstabilisées, de l'Etat de droit.

II. Une flexibilité permettant de maintenir les ultimes frontières de l'Etat de droit

C'est donc essentiellement l'intensité du contrôle qui détermine le niveau de protection des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Dès lors, l'impact des différences liées au système juridique est amoindri, cette flexibilité amenant à un rapprochement des contrôle des dispositifs anti-terroristes opérés par les différentes juridictions étudiées (A). Cette politique jurisprudentielle, combinant test de proportionnalité et intensité variable, permet donc de conserver un contrôle, bien que ce dernier atteigne ses limites (B).

A. *Le dépassement des divergences liées aux modèles de contrôle par les variations dans l'intensité de ce contrôle*

Dans la récente décision *Pham v Secretary of State for the Home Department*⁴³⁵, Lord REED pose une distinction essentielle. Il distingue la proportionnalité en tant que standard général du contrôle de l'excès de pouvoir des actes administratifs, de la proportionnalité en tant que moyen d'examiner les justifications apportées à l'interférence dans des droits fondamentaux⁴³⁶. Dans le premier cas, bien que le résultat puisse être similaire, le *Wednesbury test*, même accompagné d'un examen rigoureux, n'est pas identique au principe de proportionnalité. En revanche, lorsqu'il s'agit de contrôler les justifications avancées pour restreindre des droits fondamentaux, la Cour suprême (ou l'ancienne Chambre des Lords) a pu adopter une approche en substance identique à celle du test de proportionnalité, bien que moins formelle⁴³⁷. Cela s'explique par le fait que « *la proportionnalité n'est pas un principe monolithique* »⁴³⁸, l'intensité du contrôle variant toujours en fonction de différents facteurs, la nature du droit, la gravité de l'interférence, et la nature de la justification. Cela permet donc à Lord MANCE d'affirmer que, du fait de la gravité de la décision de priver un individu de sa nationalité, un contrôle pointilleux doit être exercé par le juge, et que, dès lors « *il est improbable que la nature, la sévérité ou le résultat d'un tel contrôle diffère selon qu'il soit conduit au regard des principes de droit interne ou qu'il ait été requis qu'il soit conduit par référence au principe de proportionnalité dérivé du droit de l'Union* »⁴³⁹; indirectement, cette réflexion concerne également le principe de proportionnalité tel que conçu par la CourEDH. C'est en ce sens que Lord SUMPTION peut

⁴³⁴ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996

⁴³⁵ *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKHL 19.

⁴³⁶ *Ibid.*, § 113.

⁴³⁷ *Ibid.*, § 118.

⁴³⁸ *Ibid.*, § 117 : « *proportionality is not a monolithic principle* »

⁴³⁹ *Ibid.*, § 98 : « *It is therefore improbable that the nature, strictness or outcome of such a review would differ according to whether it was conducted under domestic principles or whether it was also required to be conducted by reference to a principle of proportionality derived from Union law* ».

conclure que la source juridique du droit garanti ne puisse en réalité emporter aucune différence quant à l'intensité du contrôle⁴⁴⁰.

Ces réflexions nous permettent de voir que c'est en réalité « *la manière dont les juges manient les moyens de contrôle dont ils disposent* »⁴⁴¹, plutôt que ces moyens en eux mêmes qui conditionnent le niveau de protection des droits fondamentaux dans un système. Cela permet alors de dépasser les divergences liées aux modèles de contrôle, et mène donc à une « *homogénéisation des modalités du contrôle juridictionnel* »⁴⁴². Cette formule est employée par les auteurs s'agissant du contrôle des actes administratifs, mais elle se constate également dans le cadre du contrôle des actes législatifs, puisque, comme nous l'avons vu⁴⁴³, le juge anglais accepte désormais, à l'image du juge constitutionnel français, de s'immiscer dans la conciliation opérée par le législateur entre l'intérêt public et la protection des libertés.

Cela nous permet donc de voir que, dans l'hypothèse où le *HRA* serait abrogé, il n'est pas sur que le gouvernement et le Parlement bénéficieraient d'une plus large marge d'action, dans la mesure où cela n'emporterait pas nécessairement une réduction de l'intensité du contrôle. Cette idée est renforcée par le jugement de Lord STEYN dans l'arrêt *Daly*, qui, reprenant l'idée selon laquelle l'intensité du contrôle est variable dans les affaires de droit public, en fonction du contexte, ajoute que « *c'est également le cas même dans les litiges impliquant des droits conventionnels* »⁴⁴⁴. Comme l'affirme le Professeur Julian RIVERS, la proportionnalité est elle-même un « *principe flexible* »⁴⁴⁵ ; ce qui justifie que l'on puisse parler d'une « *intensité variable du contrôle à l'intérieur de la doctrine de proportionnalité* »⁴⁴⁶.

Cette flexibilité permet une réactivité du juge constitutionnel dans le cadre terroriste, qui maintient ainsi les dernières limites de l'Etat de droit. Si la jurisprudence constitutionnelle « *a régulièrement démontré qu'elle sait réagir pour affronter les situations les plus diverses* »⁴⁴⁷ ; face aux adaptations auxquelles elle a du consentir du fait de la lutte contre le terrorisme, les possibilités qui s'offrent à elle pour contenir l'action des autorités publiques dans le cadre constitutionnel semblent désormais très minces.

B. Le juge constitutionnel, un fragile rempart de la protection de l'Etat de droit face à la lutte contre le terrorisme

Pour le Professeur Xavier PHILIPPE, « *le contrôle de proportionnalité doit rester cette soupape de sécurité qui permet au juge de ne pas accepter l'inacceptable, de rester vigilant face aux tentations de textes liberticides ou de mesures excessives compte tenu d'un contexte défavorable* »⁴⁴⁸. Le standard de proportionnalité ne peut en réalité assurer ce rôle que s'il est combiné avec une intensité variable du contrôle. Si l'on reprend l'analyse de Julian RIVERS, qui définit la proportionnalité comme la nécessité d'assurer que,

⁴⁴⁰ *Ibid.*, § 110.

⁴⁴¹ S. PAPAPOLYCHRONIOU, art. cit., p. 2.

⁴⁴² D. FAIRGRIEVE, M. GUYOMAR, B. STIRN, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, O. Jacob, Paris, 2006, p. 71.

⁴⁴³ Voir supra, Partie 2, titre 2, chapitre 2, I, A.

⁴⁴⁴ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26, § 28 : « *That is so even in cases involving Convention rights* ».

⁴⁴⁵ J. RIVERS, art. cit., p. 203 « *it is itself a flexi-principle* »

⁴⁴⁶ *Ibid.* ; « *it makes sense to talk of variable intensity of review within the doctrine of proportionality* ».

⁴⁴⁷ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 374

⁴⁴⁸ X. PHILIPPE, art. cit., p. 22.

plus l'exercice d'un droit est limité, plus le gain pour l'intérêt public soit important, et la variabilité de l'intensité comme impliquant que plus l'ingérence dans un droit est grave, plus la justification présentée au juge soit rigoureuse et argumentée⁴⁴⁹ ; on voit alors que c'est en effet cette combinaison qui permet au juge constitutionnel d'assurer la permanence d'une protection des libertés individuelle et d'aller et venir face à la lutte contre le terrorisme.

Cela a donc permis aux juges constitutionnels britanniques et français de disloquer les régimes les plus répressifs ; s'érigeant ainsi en « *remparts du constitutionnalisme et de la protection des droits fondamentaux* »⁴⁵⁰. Ils ont toutefois, afin d'assurer le respect de leurs décisions et de permettre que celles faisant état d'une opposition ferme aux mesures les plus excessives soient considérées comme absolument irrévocables, du accepter de valider des atteintes conséquentes portées à la liberté individuelle et à la liberté d'aller et venir.

Cette logique visant, selon l'expression de Mireille DELMAS-MARTY à « *raisonner la raison d'Etat* »⁴⁵¹, en acceptant la légitimité des limitation aux droits fondamentaux, « *mais pas n'importe lesquelles* »⁴⁵², ne peut suffire, sur le long terme, à maintenir la lutte contre le terrorisme dans le cadre constitutionnel de l'Etat de droit. L'assouplissement du contrôle permet certes au juge constitutionnel de fixer des limites catégoriques à l'action des autorités publiques dans le cadre terroriste, mais les frontières de l'Etat de droit « *sont repoussées à leur point de rupture* »⁴⁵³, et il est donc possible de douter de l'effectivité future du contrôle de constitutionnalité, ou de conventionnalité, face au terrorisme.

L'équilibre entre sécurité et liberté dans le contexte actuel est en effet très instable et a encore été fragilisé par les récents attentats terroristes visant la France, mais ayant eu des répercussions sur l'ensemble des Etats européens. Partant, l'équilibre que le juge constitutionnel s'efforce d'établir entre défense de l'Etat face à la menace terroriste et sauvegarde des droits fondamentaux est chancelant, incertain, et sa capacité à maintenir durablement la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'Etat de droit est essentiellement dubitable. Le juge constitutionnel « *reste, dans ce contexte, le dernier rempart contre l'arbitraire mais il livre ses ultimes concessions* »⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ J. RIVERS, art. cit., pp. 205-206.

⁴⁵⁰ M. VERDUSSEN, in *Débat entre J-J URVOAS, D. BENICHO, M. VERDUSSEN*, animé par C. CERDA-GUZMAN, art. cit p. 26.

⁴⁵¹ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 375.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 299.

Conclusion générale

Le contexte terroriste a amené le juge à procéder à une mutation des modalités de son contrôle. Celle-ci était nécessaire pour permettre l'efficacité de la lutte contre le terrorisme, mais le contrôle juridictionnel sur les dispositifs anti-terroristes touche désormais aux limites de ce qu'il permet pour la protection des libertés individuelles.

La solution pourrait résider, comme le pressent Mireille DELMAS-MARTY, dans le fait de considérer le terrorisme comme un « *concept transitoire, appelé à disparaître lorsque la communauté mondiale sera suffisamment organisée pour donner aux actes de violence une réponse globale, au nom de valeurs partagées sur toute la planète* »⁴⁵⁵. Or nous sommes aujourd'hui loin de cette situation, malgré les divers partenariats et accords existant au sein de l'Union Européenne, mais également en dehors de l'Union, notamment avec les Etats-Unis⁴⁵⁶. Si cette idée de « valeurs partagées sur toute la planète » paraît en l'état des choses assez utopique, il semble désormais absolument nécessaire de rechercher un tel accord sur les valeurs à privilégier, du moins au sein de l'Etat, voire des organisations régionales.

Du fait de ses pouvoirs limités, le juge constitutionnel ne peut, en toutes hypothèses, assurer seul et de manière durable le rôle de rempart face à la pression de l'opinion publique, conditionnée par un climat général de peur. Une réaction de cette dernière ainsi que des autorités politiques est nécessaire, d'autant que, comme l'affirme Jon MORAN⁴⁵⁷, malgré les efforts indéniables du juge pour assurer la prééminence du droit, les élections peuvent avoir en pratique un impact bien plus important en ce sens. Il est donc aujourd'hui nécessaire, du fait de la dilatation des principes au fondement de l'ordre constitutionnel engendrée par la lutte contre le terrorisme, que les démocraties se livrent à un « *travail d'introspection* »⁴⁵⁸.

Si le juge constitutionnel doit, par sa retenue, permettre une coopération avec les autres branches du pouvoir ; il relève également du devoir de ces dernières de respecter la place et la fonction du juge, qui joue ce rôle de dernier rempart face à la lutte contre le terrorisme. Or ce n'est pas toujours le cas, les autorités politiques ignorant parfois ses recommandations. C'est ainsi que les autorités britanniques ont décidé de passer outre la décision de la Cour suprême relative à l'impossibilité de priver un individu de la nationalité britannique, si c'est la seule dont il bénéficie, peu important qu'il soit susceptible d'en obtenir une autre⁴⁵⁹. En 2014, l'*Immigration Act* est alors venu amender le *British Nationality Act* de 1981 afin de permettre de priver de la nationalité britannique des personnes naturalisées dont le comportement est sérieusement préjudiciable aux intérêts de l'Etat, même si cela revient à les rendre apatrides, tant qu'il existe des motifs

⁴⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 324.

⁴⁵⁶ Le 4 juin 2015 a notamment été adopté par le Sénat l'approbation de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique relatif au renforcement de la coopération en matière d'enquêtes judiciaires en vue de prévenir et de lutter contre la criminalité grave et le terrorisme.

⁴⁵⁷ J. MORAN, *art. cit.*, p. 81.

⁴⁵⁸ M. VERDUSSEN, *in* Débat entre J-J URVOAS, D. BENICHO, M. VERDUSSEN, animé par C. CERDA-GUZMAN, *art. cit.* p. 27.

⁴⁵⁹ *Al-Jedda v Secretary of State for the Home Department* [2013] UKSC 62.

raisonnables de croire que l'individu pourrait obtenir une autre nationalité⁴⁶⁰. Les autorités politiques sont dirigées par le besoin de sécurité qui apparaît prédominant au sein de la société, et par l'incertitude liée à la menace terroriste. Il serait donc judicieux qu'elles portent une plus large attention à la position du juge qui, s'il ne peut être totalement détaché, prend nécessairement plus de recul face à la situation, étant dénué de caractère représentatif.

Ce dernier ne peut en effet assurer seul l'effectivité de ses décisions, et il revient également aux autorités politiques d'assurer l'existence de ce « *dialogue constitutionnel entre les pouvoirs* »⁴⁶¹. Une des solutions pour remédier à la réticence de ces dernières à établir une telle coopération en matière de terrorisme pourrait être d'instaurer une saisine obligatoire des dispositifs de lutte contre le terrorisme. Mais, si cela est d'abord difficilement envisageable dans le système britannique ; deux problèmes s'ajoutent, celui de l'incertitude quant à l'effectivité d'une telle procédure, et surtout celui de la définition du domaine terroriste. On revient donc alors au problème initial relatif à l'incertitude de la notion même de terrorisme. Cela ne semble donc pas opportun afin de remédier à l'insuffisance de la coopération, d'autant plus qu'il est souhaitable, afin d'obtenir des résultats, que cette plus large prise en compte par les autorités politiques de la fonction du juge constitutionnel en temps de crise soit le fruit d'une évolution volontaire de ces dernières, et non contrainte.

Selon le Professeur Guy CARCASSONNE, la société actuelle est marquée par une « *dérive dans laquelle la liberté, quand elle n'est pas purement et simplement oubliée, n'est au mieux que seconde, vouée à s'effacer (...) derrière toute considération qu'inspire l'esprit du moment. Celui qui la rappelle est jugé grincheux ou qualifié, au choix, d'anarchiste ou de sans cœur* »⁴⁶². Or, le juge constitutionnel, afin de protéger effectivement dans le contexte terroriste cette liberté tant décriée, mais pourtant fondamentale, doit bénéficier de la confiance des autorités politiques, et de la population dans son ensemble.

Si le Professeur Michel ROSENFELD laisse entrevoir l'espoir d'une stabilisation de cet équilibre entre sécurité de l'Etat et sauvegarde de l'Etat de droit grâce à l'action du juge constitutionnel en matière terroriste, affirmant que « *il est tout à fait possible qu'une jurisprudence convaincante, juste et équilibrée puisse émerger. Nous sommes au début du processus, et il faut espérer que le développement du nouveau paradigme légal de la guerre contre la terreur fournisse des instruments utiles pour traiter ces défis singuliers, constamment changeants et décourageants* »⁴⁶³ ; cette évolution ne pourra donc voir le jour, sans qu'elle ne soit soutenue par la société, au risque de distendre encore plus les deux principes au fondements de l'Etat moderne, la démocratie et l'Etat de droit. Il est donc souhaitable que l'opinion publique prenne réellement conscience des conséquences qu'aura nécessairement, à long terme, la lutte contre le terrorisme, telle qu'envisagée aujourd'hui, sur la notion même d'Etat de droit. Si cette exigence d'information relève plus de la fonction du politique que du juridique, le juge peut toutefois favoriser la connaissance éclairée du peuple, au travers de la motivation, en explicitant clairement la portée des intérêts mis en balance et les éléments ayant déterminés le résultat de leur conciliation. Comme il est coutume de le dire, le Conseil constitutionnel a, pour sa part, encore des progrès à faire dans cette voie.

⁴⁶⁰ Section 40 (4 A) du *British Nationality Act* 1981.

⁴⁶¹ A. DUFFY-MEUNIER, *Droits et libertés au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 481.

⁴⁶² G. CARCASSONNE « Libertés : une évolution paradoxale », *Pouvoirs*, 2009/3, n° 130, p. 10.

⁴⁶³ M. ROSENFELD, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in DELMAS-MARTY M., LAURENS H, *op. cit.*, p. 289.

Le rôle du juge constitutionnel est éminemment difficile, et ce constat est assurément renforcé dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Sa démarche visant au maintien d'une protection des libertés inhérentes à l'être humain, telles que la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir, doit alors être soutenue par le peuple, afin qu'à force de « *sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité* »⁴⁶⁴, il ne finisse pas « *perdre les deux* »⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ B. FRANKLIN ; cité par W. MASTOR in J-L GILLET, P. CHAUDON, W. MASTOR, art. cit., p. 408.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

• OUVRAGES ET THESES

❖ En langue française

- CAMUS Colombe, *La Guerre contre le terrorisme. Dérives sécuritaires et dilemme démocratique*, 2007.
- DELMAS-MARTY Mireille, LAURENS Henry, dir., *Terrorismes : Histoire et Droit*, CNRS éd., Paris, 2010.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Liberté et sureté dans un monde dangereux*, Éd. du Seuil, 2010.
- DENIZEAU Charlotte, *Droit des libertés fondamentales*, 2^e ed, 2012.
- DICEY Albert Venn, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Traduction de BATUT André et JEZE Gaston, Girard & Brière, Paris, 1902.
- DUFFY-MEUNIER Aurélie, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, LGDJ, coll. des Thèses, 2007.
- FAIRGRIEVE Duncan, GUYOMAR Matthias, STIRN Bernard, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, O. Jacob, Paris, 2006.
- FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, SCOFFONI Guy, et al. *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 6^e ed., 2012.
- LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2004.
- MATHIEU Bertrand, MACHELON Jean-Pierre, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, ROUSSEAU Dominique, PHILIPPE Xavier, dir., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Dalloz, 2^e ed.
- MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002.
- RENUCCI Jean-François, *Droit européen des Droits de l'Homme, droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, 5^e ed., 2013.
- RENUCCI Jean-François, *Traité de droit européen des Droits de l'Homme*, LGDJ, 2^e ed., 2012.
- ROUDIER Karine, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, 2012.
- ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2^e éd., 2013.

❖ En langue anglaise

- MASFERRER Aniceto, WALKER Clive, éd., *Counter-terrorism, Human Rights and the Rule of Law*, Edward Elgar, 2013.

• ARTICLES ACADÉMIQUES ET CONTRIBUTIONS

❖ En langue française

- BARAK Aharon, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006/2, n° 66, p. 227-302.
- BARBE Vanessa, « Les évolutions de la législation britannique dans le domaine des libertés individuelles », *Constitutions*, 2013, n° 1, pp. 59-61.
- BEHILLON (DE) Denys, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juil. 2008
- BENICHOU David, URVOAS Jean-Jacques, VERDUSSEN Marc, débat animé par CERDA-GUZMAN Carolina « La lutte contre le terrorisme », *Constitutions*, 2015, n° 1, pp. 21-29.
- CAPELLO Aurélie, « L'interdiction de sortie du territoire dans la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *AJ Pénal* n°12, 2014. pp. 560-562.
- CARCASSONNE Guy, « Libertés : une évolution paradoxale », *Pouvoirs*, 2009/3, n° 130, pp. 5-15.
- CERDA-GUZMAN Carolina, « La Constitution : une arme efficace contre le terrorisme ? », *RFDC*, vol. 73, 2008, p. 41 et s.
- CHAMUSSY Damien « Le Parlement et la QPC », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/2, n° 47, pp. 45-63.
- CHAUDON Philippe, GILLET Jean-Louis, MASTOR Wanda, « Terrorisme et liberté », *Constitutions*, 2012, n° 3, pp. 403-413.
- DREYER Emmanuel « Les restrictions administratives à la liberté d'aller et de venir des personnes suspectées de terrorisme », *Gazette du Palais*, 2015, n°55, p. 22 et s.
- DUFFY-MEUNIER Aurélie, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : une juridiction hors norme », *Jus politicum*, n°9, 2013, 56 p.
- DUFFY-MEUNIER Aurélie, « Le contrôle juridictionnel dans le cadre du *Human Rights Act 1998* : un standard de contrôle conventionnalisé pour une meilleure protection des droits et libertés ? », *L'Europe des Libertés*, 2007, n°24.
- DUFFY-MEUNIER Aurélie, « Le *Human Rights Act 1998* à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », *L'Europe des Libertés*, section travaux de recherche ; consultable à l'adresse suivante : http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=262&id_rubrique=30
- GOESEL-LE-BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus politicum*, n°7, 2012.
- GOESEL-LE-BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007.
- GREWE Constance, KOERING-JOULIN Renée, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures anti-terroristes », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 891-916.

- HOURQUEBIE Fabrice « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* », in HOURQUEBIE Fabrice, PONTTHOREAU Marie-Claire, dir., *La motivation des décisions des cours suprême et cours constitutionnelles*, Bruylant, pp. 25-46.
- JOUANJAN Olivier, « Etat de droit », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 653.
- JOUANJAN Olivier, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus politicum*, n°7, 2012, 15 p.
- JOUANJAN Olivier, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, n° 2, 2009, 26 p.
- KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.
- LUCHAIRE François, « Brève remarque sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 2005/4, n°64, pp. 675-684.
- MARCHADIER Fabien, « Terrorisme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric., dir., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008, pp. 727-729.
- MATHIEU Bertrand, « Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Hors-série, 2009, colloque du centenaire, 15 p.
- MATHIEU Bertrand, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme : coexistence – autorité – conflits – régulation », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juil. 2011.
- MAZEAUD Pierre « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Intervention lors de la visite à la Cour suprême du Canada, 24-26 avril 2006.
- MOCK Hanspeter « Guerre contre le terrorisme et Droits de l'Homme : Réflexions à propos du rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) intitulé «L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité» », *RTDH*, 2006, p. 23 et s.
- OBERDORFF Henri, « La République française face au défi du terrorisme », *RDP*, 2015, n°2, pp. 357-370.
- PACTEAU Bernard, « Liberté d'aller et venir », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric, dir., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008, pp. 493-495.
- PAPAPOLYCHRONIOU Sofia, « Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de lutte contre le terrorisme », communication au VIe Congrès de droit constitutionnel, Congrès de Montpellier, 9, 10, 11 juin 2005, 23 p.
- PARDINI Jean-Jacques « La jurisprudence constitutionnelle et les « faits » », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°8, juil. 2010.
- PAYE JC « Lutte anti-terroriste : la fin de l'Etat de droit », *RTDH*, 2004, p.61 et s.
- PAYE Jean-Claude, « Le modèle anglais », *CRDF*, n° 6, 2008, pp. 71-80.
- PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Petites Affiches*, n°46, 2005, p. 6 et s.

- PICCA Georges, SCHMELCK Robert, « L'Etat face au terrorisme », *Pouvoirs*, n° 10, sept. 1979, pp. 53-64
- ROUDIER Karine, « Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme », communication au VIe Congrès de droit constitutionnel, Congrès de Montpellier, 9, 10, 11 juin 2005, 20 p.
- ROUIDI Hajer « La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *AJ Pénal*, n°12, 2014. pp. 555-569.
- SALLES Damien « « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009.
- SCOFFONI Guy, DUFFY-MEUNIER Aurélie, « Chronique droit constitutionnel étranger, l'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *RFDC*, 2007/2, n° 70.
- SCOFFONI Guy, DUFFY-MEUNIER Aurélie, « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume Uni », *RFDC*, 2006, n°66.
- SCOFFONI Guy, DUFFY-MEUNIER Aurélie, « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume Uni », *RFDC*, 2009/3, n°79.
- SCOFFONI Guy, DUFFY-MEUNIER Aurélie, « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume Uni », *RFDC*, 2009/4, n° 80.
- SCOFFONI Guy, DUFFY-MEUNIER Aurélie, « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume Uni », *RFDC*, 2011/2, n° 86.
- SCOFFONI Guy, DUFFY-MEUNIER Aurélie, « Droit constitutionnel étranger : l'actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* et de droit mixte ; Royaume Uni », *RFDC*, 2012/4, n° 92.
- TRONQUOY Philippe « Etat et sécurité », *Cahiers français*, n° 360, La documentation française, 2011.
- ZOLLER Elisabeth, « L'après-gouvernement des juges : *United States v Carolene Products Co.* » in ZOLLER Elisabeth, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, pp. 261-271.
- ZOLLER Elisabeth, « Le *Patriot Act* : retour sur un texte controversé », *RDP*, 2015, n°2, p. 377 et s.

❖ En langue anglaise

- CHAN Cora, « Business as usual: deference in rights review », in. DAVIS Fergal F., LONDRAS (DE) Fiona, eds., *Critical debates on counter-terrorism judicial review*, Cambridge University Press, 2014, pp. 228-250.
- FELDMAN David, « Human Rights, Terrorism and Risk: the role of politicians and judges », *Public Law*, 2006, pp. 364-384.

- FELDMAN David, « Proportionality and discrimination in anti-terrorism legislation », *Cambridge Law Journal*, 2005, vol. 64, n°2, pp. 271-274.
- FENWICK Helen « Redefining the role of TPIMs in combatting « home-grown » terrorism within the widening counter-terror framework », *EHRLR*, 2015, n°1, pp. 41-56
- FENWICK Helen, "The Human Rights Act or a British Bill of Rights: Creating a Down-grading Recalibration of Rights Against the Counter-terror Backdrop? » *Public Law*, 2012, pp. 468-490.
- GEARTY Conor « Rethinking civil liberties in a counter-terrorism world », *EHRLR*, 2007, n° 2, pp. 111-119.
- GEARTY Conor « The HRA: An Academic Sceptic Changes His Mind but Not His Heart », *EHRLR*, 2010, n° 6, pp. 582-588.
- MCKEEVER David, « The Human Rights Act and anti-terrorism in the UK: one great leap forward by Parliament, but are the courts able to slow the steady retreat that has followed? », *Public Law*, 2010, pp. 110-139.
- RIVERS Julian, « Proportionality and variable intensity of review », *Cambridge Law Journal*, 2006, 65(1), pp. 174-207.
- SANDELL Adam, « « Liberty, fairness and the UK control order cases : two steps forward, two steps back », *EHRLR*, 2008, n°1, p. 120-131.

•RAPPORTS OFFICIELS

❖ En langue française

- Étude d'impact de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 8 juillet 2014 ; consultable à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2110-ei.asp>

❖ En langue anglaise

- Rapport annuel de l'examineur indépendant de la législation anti-terroriste « The Terrorism Acts in 2013 », 22 juillet 2014 ; consultable à l'adresse suivante : <https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk/the-terrorism-acts-in-2013-july-2014/>
- Réponse du gouvernement « Government response to the annual report on the operation of the Terrorism Acts in 2013 », 12 mars 2015 ; consultable à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/government/publications/government-response-to-the-annual-report-on-the-operation-of-the-terrorism-acts-in-2013>
- Rapport annuel de l'examineur indépendant de la législation anti-terroriste « Terrorism Prevention and Investigation Measures in 2014 », 12 mars 2015 ; consultable à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/government/publications/terrorism-prevention-and-investigation-measures-in-2014>

- Réponse du gouvernement « Government response to report on Terrorism Prevention and Investigation Measures in 2014 », 12 mars 2015 ; consultable à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/government/publications/government-response-to-report-on-terrorism-prevention-and-investigation-measures-in-2014>
- Rapport de la Commission pour l'égalité et les droits de l'homme (autorité administrative indépendante), « Human Rights Review 2012 : How fair is Britain ? An assessment of how well public authorities protect human rights » ; 17 décembre 2014 ; consultable à l'adresse suivante : http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/humanrights/ehrc_hrr_full_v1.pdf
- Rapport de la Commission parlementaire mixte sur les droits de l'Homme « Legislative Scrutiny : Counter-Terrorism and Security Bill », 12 janvier 2015 ; consultable à l'adresse suivante : <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201415/jtselect/jtrights/86/86.pdf>
- Rapport du Comité sur la Constitution de la Chambre des Lords, « Counter-Terrorism and Security Bill », 12 janvier 2015 ; consultable à l'adresse suivante : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldconst/92/92.pdf>

• DISCOURS

❖ En langue anglaise

- CLARKE Charles, ministre de l'Intérieur britannique de décembre 2004 à mai 2006, discours devant l'Assemblée plénière du Parlement européen, 7 sept. 2005.
- HALE Brenda, Juge à la Cour Suprême du Royaume-Uni, « Between Academic and Practical Legal Work », Discours prononcé à la *City University London*, 2013.

• ARTICLES DE PRESSE

❖ En langue française

- Dossier thématique, « Vous avez dit terrorisme ? », *Manière de voir*, Le monde diplomatique, n° 140, avril-mai 2015.
- DELMAS-MARTY Mireille, « La démocratie dans les bras de Big Brother », propos recueillis par JOHANNES Franck, *Le Monde*, 4 juin 2015.

❖ En langue anglaise

- BOWCOTT Owen, « Cameron's pledge to scrap Human Rights Act angers civil rights groups », *The Guardian*, 1 oct. 2014.

• RESSOURCES ELECTRONIQUES

L'ensemble des sites mentionnés ont été consultés entre janvier 2014 et juin 2015

❖ En langue française

- MAZEAUD Pierre, « De l'intérêt général », communication à l'Académie des sciences morales et politiques, 7 févr. 2011, consultable en ligne : http://www.asmp.fr/travaux/communications/2011_02_07_mazeaud.htm.
- TOCQUEVILLE (DE) Alexis, *De la démocratie en Amérique*, édition électronique réalisée à partir de la 13e édition de l'œuvre, 1835, par l'Université du Québec à Chicoutimi, téléchargeable à l'adresse suivante : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.toa.dem1>

❖ En langue anglaise

- NOYCE Hannah, « The Supreme Court on statelessness, EU citizenship and proportionality », *UK Human Rights blog*, 31 mars 2015, <http://ukhumanrightsblog.com/2015/03/31/the-supreme-court-on-statelessness-eu-citizenship-and-proportionality/>
- RHYMES Michael, « On fairness, elephants and principle », *UK Human Rights blog*, 2 avril 2015, <http://ukhumanrightsblog.com/2015/04/02/on-fairness-elephants-and-principle-michael-rhimes/>

• TEXTES NORMATIFS CITES

❖ France

Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat

Loi n°96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde-à-vue

Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme

Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme

❖ Royaume-Uni

Terrorism Act du 20 juillet 2000

Anti-terrorism, Crime and Security Act du 14 décembre 2001

Criminal Justice Act du 20 novembre 2003

Prevention of Terrorism Act du 11 mars 2005

Constitutional Reform Act du 24 mars 2005

Terrorism Act du 30 mars 2006

Counter-terrorism Act du 26 novembre 2008

Terrorism Prevention & Investigation Measures Act du 14 décembre 2011

Protection of Freedoms Act du 1^{er} mai 2012

Counter-terrorism and Security Act du 12 février 2015

❖ Union Européenne

Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative à la lutte contre le terrorisme

• JURISPRUDENCES CITEES

❖ Juridictions françaises

Conseil constitutionnel :

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*

Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*

Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*

Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Ponts à péage*

Décision n° 80 - 127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*

Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*

Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle Calédonie*

Décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat*

Décision n° 87-232 DC du 7 janv. 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*

Décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie,*

Décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*

Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*

Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*

Décision n°93-325 DC du 13 aout 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*

Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*

Décision n° 96-386 DC, 30 décembre 1996, *Loi de finances rectificative pour 1996*

Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*

Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*

Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice.*

Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*

Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*

Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*

Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*

Décision n° 2010-31 QPC, 22 sept. 2010, *M. Bulent A.*

Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Isabelle D. et Isabelle B*

Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S*

Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autres*

Décision 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G*

Décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012 *Ordre des avocats au Barreau de Bastia*

Décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, *Ahmed S.*

Conseil d'Etat :

CE, ord., 9 janv. 2001, *Desperthes*

CE ord., 14 mars 2005, *Bruno Gollnisch*

❖ **Juridictions britanniques**

Ancienne Chambre des Lords et Cour Suprême du Royaume-Uni :

R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport [1990] UKHL 7

R v Home Secretary ex parte Brind [1991] UKHL 4

R. v Director of Public Prosecutions, ex parte Kebilene [1999] UKHL 43

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

R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly [2001] UKHL 26

Secretary of State for the Home Department v Rehman [2001] UKHL 47

A v Secretary of State for the Home Department, [2004] UKHL 56

Jackson v Attorney General [2005] UKHL 56

Secretary of State for the Home Department v JJ [2007] UKHL 45

Secretary of State for the Home Department v MB [2007] UKHL 46

Austin & Anor v Commissioner of Police of the Metropolis [2009] UKHL 5

Secretary of State for the Home Department v AF (no 3) [2009] UKHL 28

Secretary of State for the Home Department v AP [2010] UKSC 24

Home Office v Tariq [2011] UKSC 35

Al-Jedda v Secretary of State for the Home Department [2013] UKSC 62

R. v Gul, [2013] UKSC 64

R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v Secretary of State for Transport [2014] UKSC 3

Kennedy v Charity Commission [2014] UKSC 20

Pham v Secretary of State for the Home Department [2015] UKSC 19

Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles :

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1947] EWCA Civ 1

R v Ministry of Defence Ex p. Smith [1995] EWCA Civ 22

International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department [2002] EWCA Civ 158

Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles :

Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin).

Secretary of State for the Home Department v MB [2006] EWHC 1000 (Admin).

David Miranda v Secretary of State for the Home Department [2014] EWHC 255 (Admin)

❖ **Cour européenne des droits de l'homme**

CourEDH, *Lawless c/ Irlande n°3*, 1^{er} juil. 1961, n° 332/57

CourEDH, *Engel et autres c/ Pays Bas*, 8 janv. 1976, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72

CourEDH, *Guzzardi c/ Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76

CourEDH, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, 13 août 1990, n° 12244/86 ; 12245/86 et 12383/86

CourEDH, *Chahal c/ Royaume-Uni*, 15 nov. 1996, n° 22414/93

CourEDH, *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88

CourEDH, *Osman c/ Royaume-Uni*, 28 oct. 1998, n° 87/1997/871/1083

CourEDH, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, 27 sept. 1999, n° 33985/96 et 33986/96.

CourEDH, *O'Hara c/ Royaume-Uni*, 16 oct. 2001, n° 37555/97

CourEDH, Grde Ch., *Saadi c/ Italie*, 28 févr. 2008, n° 37201/06, § 138

CourEDH, Gr. Ch., *Abu Qatada et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, n° 3455/05.

CourEDH, *IR et GT c/ Royaume-Uni*, 28 janv. 2014, n° 14876/12 et 63339/12

❖ **Autres juridictions**

Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne :

BVerfGE 34, 269 *Soraya*, 14 févr. 1973

Cour suprême des Etats-Unis :

Marbury v Madison 5 US 137 (1803)

NLRB v Jones & Laughlin Steel Corporation 301 US 1 (1937)

United States v Carolene Products Co. 304 US 144 (1938)

Cour suprême d'Israël :

HC 4054/94, *Pub. Comm. Against Torture in Isarel v Government of Israel*, 43 (4)

TABLE DES MATIÈRES

Avertissement.....	II
Remerciements.....	II
Abreviations.....	III
Sommaire.....	IV
INTRODUCTION.....	1
I. Liberté individuelle et liberté d’aller et venir.....	3
II. Une dichotomie dangereuse entre sécurité et liberté.....	6
PARTIE 1 : LE JUGE CONFRONTE A UN ORDRE JURIDIQUE FRAGILISE PAR LES DEFIS POSES PAR LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME.....	10
TITRE 1. La difficile appréhension par le droit du phénomène terroriste.....	10
<i>Chapitre 1. Un dispositif de lutte contre le terrorisme construit sur des bases fragiles.....</i>	<i>10</i>
I. Un arsenal législatif conséquent réprimant un phénomène insaisissable.....	10
A. Un puissant arsenal législatif de lutte contre le terrorisme.....	10
B. Une incertitude inhérente à la notion de terrorisme.....	13
II. Une définition binaire insatisfaisante.....	15
A. La banalisation de l’urgence à travers l’élément matériel.....	15
B. La prise en compte problématique de l’idéologie par l’élément finaliste.....	17
<i>Chapitre 2. Une indétermination de la notion de terrorisme laissant une large place au pouvoir discrétionnaire.....</i>	<i>20</i>
I. La confrontation de la législation anti-terroriste aux logiques du droit pénal.....	20
A. Une confusion au sein de la distinction entre prévention et répression.....	20
B. Un dangereux allègement des standards de preuve.....	22
II. Les difficultés relatives à l’exercice du contrôle du respect du principe de légalité des infractions terroristes.....	24
A. Un contrôle fondé sur des probabilités.....	24
B. Un contrôle global quant à la définition du terrorisme et à l’élaboration d’un régime antiterroriste.....	26
TITRE 2. Une organisation des pouvoirs affectée par la lutte contre le terrorisme.....	28
<i>Chapitre 1. Le remodelage de la séparation des pouvoirs dans le cadre sécuritaire.....</i>	<i>28</i>

I. La sécurité nationale, une question politique relevant par essence de l'exécutif	29
A. Une volonté politique d'exclure le juge	29
B. La tentative de l'exécutif d'établir sa prééminence sur le législatif	33
II. La légitimité renforcée du pouvoir législatif	34
A. L'étendue du pouvoir d'appréciation du législateur	35
B. Le retour aux principes fondateurs du système britannique à l'occasion du contrôle de la législation anti-terroriste	36
<i>Chapitre 2. La limitation du rôle du juge dans le cadre sécuritaire</i>	<i>39</i>
I. Un degré de contrôle conditionné par l'objet de la norme contrôlée.....	39
A. Le poids prépondérant accordé à l'intérêt public dans la balance entre sécurité et protection des libertés	39
B. Un assouplissement du contrôle.....	41
II. Une adaptation des paramètres du contrôle au cadre de la lutte contre le terrorisme.....	43
A. Une interprétation des normes de référence conditionnée par l'objet de la loi.....	43
B. L'appauvrissement du contrôle de proportionnalité résultant de l'accentuation de son caractère abstrait.....	45

PARTIE 2. LA PRESERVATION PAR LE JUGE DE SON RÔLE DE GARDIEN DES LIBERTÉS.....48

TITRE 1. Le devoir du juge constitutionnel d'assurer l'effectivité de la protection des libertés

Chapitre 1. Le rôle essentiel du juge en temps de crise.....

I. Une légitimité du juge accrue dans le cadre de la lutte contre le terrorisme	48
A. La nécessité d'un contrôle juridictionnel pour assurer la prééminence du droit	49
B. La légitimité de l'intervention du juge dans le dialogue entre les branches du pouvoir.....	51
II. L'absence de caractère représentatif du juge compensée par sa mission de protection de l'individu	53
A. Un conflit entre les deux piliers de l'Etat moderne mis en lumière par le contexte terroriste	54
B. Le juge, protecteur des droits individuels	55

Chapitre 2. Un renouvellement des méthodes du contrôle

I. La prise en compte des faits par le juge constitutionnel	57
A. Un raisonnement pragmatique	57
B. Un raisonnement conséquentialiste.....	60
II. Des standards de contrôle remodelés.....	62
A. Le droit de la CESDH, un facteur du renforcement de la protection de la liberté par le juge constitutionnel	62
B. Un contrôle de proportionnalité axé sur les garanties procédurales	65

TITRE 2. Un contrôle prudent mais attentif au maintien des limites de l'Etat de droit	68
<i>Chapitre 1. Une sagesse jurisprudentielle efficace</i>	68
I. Une retenue appropriée	68
A. L'autolimitation du juge	69
B. La nécessaire coopération avec les autres branches du pouvoir	70
II. La condition de l'efficacité de la protection des libertés par le juge constitutionnel	72
A. La retenue du juge, condition du respect de ses décisions.....	72
B. Un pouvoir d'influence du juge constitutionnel	73
<i>Chapitre 2. La nécessaire marge de manœuvre du juge</i>	76
I. Une intensité de contrôle variable.....	76
A. Une approche contextuelle du juge déterminant l'intensité du contrôle.....	76
B. Une flexibilité cohérente avec le rôle de protecteur des droits fondamentaux du juge constitutionnel	77
II. Une flexibilité permettant de maintenir les ultimes frontières de l'Etat de droit.....	79
A. Le dépassement des divergences liées aux modèles de contrôle par les variations dans l'intensité de ce contrôle	79
B. Le juge constitutionnel, un fragile rempart de la protection de l'Etat de droit face à la lutte contre le terrorisme	80
CONCLUSION GENERALE	82
Bibliographie.....	i
Table des matières.....	xii