



HAL
open science

Constitution et terrorisme au Royaume-Uni

Aurélie Duffy-Meunier

► **To cite this version:**

Aurélie Duffy-Meunier. Constitution et terrorisme au Royaume-Uni. Annuaire internationale de justice constitutionnelle, 2017, 32, pp.73-87. 10.3406/aijc.2017.2509 . hal-02610601

HAL Id: hal-02610601

<https://amu.hal.science/hal-02610601v1>

Submitted on 4 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Constitution et terrorisme au Royaume-Uni

Aurélie Duffy

Citer ce document / Cite this document :

Duffy Aurélie. Constitution et terrorisme au Royaume-Uni. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 32-2016, 2017. Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle. pp. 73-87;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2017.2509>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2017_num_32_2016_2509

Fichier pdf généré le 05/07/2018

CONSTITUTION ET TERRORISME AU ROYAUME-UNI

par Aurélie DUFFY

Depuis le 11 septembre 2001, la menace terroriste se fait plus pressante. Les actes de terrorisme surviennent, quant à eux, avec une fréquence grandissante. Les attentats du *World Trade Center* et du Pentagone, qui ont eu pour principale cible les États-Unis, ont en réalité touché en plein cœur le symbole même des démocraties occidentales. Plusieurs d'entre elles ont répondu à cette menace d'un nouveau genre par des textes dont la conformité aux droits constitutionnels a souvent été dénoncée. En témoigne l'emblématique *USA Patriot Act*¹, qui n'est pas le seul texte à avoir posé des problèmes de constitutionnalité².

Le Royaume-Uni, qui a été confronté au phénomène terroriste depuis bien longtemps en raison du conflit nord-irlandais, a instauré un arsenal législatif de répression du terrorisme, qui a donné lieu à des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dessinant les premiers contours européens du droit de la lutte contre le terrorisme³. Malgré les lois permettant de déclarer l'urgence⁴, les autorités britanniques ont ainsi préféré organiser leurs politiques de lutte contre le terrorisme sur le fondement de textes spécifiques nécessitant des dérogations à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales (CEDH) comme le *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974*, une législation censée durer six mois, mais qui a été renouvelée pendant 25 ans. Alors même qu'il était doté d'une loi depuis le 20 juillet 2000, le *Terrorism Act*, le Gouvernement britannique a adopté, peu après le 11 septembre 2001, l'*Antiterrorism, Crime and Security Act 2001 (ATCSA 2001)*, qui a justifié une dérogation à la CEDH. Dans la décision *A et autres*⁵, la Chambre des Lords a déclaré la contrariété de la section 23 de cette loi prévoyant la détention illimitée de suspects terroristes étrangers avec les articles 5 et 14 CEDH sur le fondement de la Section 4 du *Human Rights Act 1998* qui n'affecte pas la validité de la loi. Un peu plus de deux mois après cet arrêt, le *Prevention of Terrorism Act 2005* était adopté pour corriger l'inconventionnalité de la loi de 2001 et introduire une procédure d'ordonnance de contrôle. Les attentats dans les transports londoniens ont conduit à l'adoption du *Terrorism Act 2006* qui revêt une dimension plus répressive en consacrant de nouveaux crimes liés au terrorisme. Après cette loi et surtout depuis 2015, les

1 W. MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations « en règle » de la Constitution », *CRDF*, n° 6, 2007, p. 61-70.

2 K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 140, 2012, 493 p.

3 CourEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71 ; CourEDH, 27 septembre 1995, *McCann c. Royaume-Uni*, req. n° 18984/91. CourEDH, 29 novembre 1988, *Brogan c. Royaume-Uni*, req. n° 11209/84 ; 11234/84 ; 11266/84 ; 11386/85 ; CourEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et Mc Bride*, req. n°14553/89 ; 14554/89.

4 Le *Civil Contingencies Act 2004* a remplacé le *Civil Defence Act 1948* et le *Civil Defence Act (Northern Ireland) 1950*.

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

dispositifs de prévention et de répression du terrorisme se sont succédé à une fréquence proportionnelle au sentiment d'accélération et de banalisation des actes terroristes⁶. Les attentats, qui ont touché la France en janvier et novembre 2015, n'y sont sans doute pas étrangers. Les trois attentats de masse, dans les quartiers de Westminster, du London Bridge et de Finsbury à Londres ainsi qu'à Manchester, vont sans doute conduire le Gouvernement britannique nouvellement constitué à proposer d'autres mesures. Le Royaume-Uni, comme la France et bien d'autres États, sont la cible, de plus en plus fréquente, d'actes de terrorisme qui, par leur ampleur et leur atrocité, sont à l'origine de dispositifs de prévention et de répression dont la nature est susceptible d'ébranler les fondements même de ces deux démocraties. Définition large du terrorisme, détention sur ordre de l'exécutif, instruments de prévention des actes de terrorisme, tels que les assignations à résidence, renforcement des peines applicables aux actes terroristes, augmentation de la durée de garde à vue pour les suspects de terrorisme, extension de la juridiction extraterritoriale pour de tels actes, développement des pouvoirs des services de renseignements... Toutes ces mesures qui donnent des pouvoirs importants à l'exécutif au détriment du pouvoir judiciaire, rappellent, de près ou de loin, des dispositifs qui s'appliquent en France⁷. Dans la décision *A et autres*, Lord Hoffman conclut son opinion en posant clairement la problématique soulevée par ces textes : « La vraie menace à la vie de la nation, dans le sens d'un peuple vivant en accord avec ses lois traditionnelles et ses valeurs politiques, ne vient pas du terrorisme, mais de lois telles que [l'*ATCSA 2001*] »⁸.

Ces textes ont donné lieu à un contentieux constitutionnel fourni dans le champ de la lutte contre le terrorisme. Ils soulèvent des problématiques multiniveaux en mobilisant des sources juridiques nationales (lois et principes de *common law* ordinaires ou constitutionnels), mais aussi européennes, avec l'omniprésente mobilisation du droit de la CEDH grâce au *Human Rights Act 1998 (HRA)* qui a incorporé la Convention dans l'ordre juridique interne. Cette loi, même en présence d'une Constitution souple et coutumière, peut être qualifiée de loi constitutionnelle au sens matériel, dans la mesure où son contenu porte sur les droits et libertés. Elle peut aussi revêtir cette qualification dans un sens formel, car elle fait exception à la doctrine de l'abrogation implicite et ne peut être abrogée que de façon expresse par le législateur, depuis la décision *Thoburn v. Sunderland City Council*, reprise par la Cour suprême dans l'affaire *HS2*⁹. C'est une loi constitutionnelle d'un nouveau genre si on la compare à une Constitution rigide. Le contrôle exercé sur le fondement de cette loi est hybride. Il emprunte à la fois au contrôle de constitutionnalité et au contrôle de conventionnalité et permet à la Cour suprême et aux juridictions inférieures de développer une jurisprudence constitutionnelle européanisée. Se pose ainsi la question de savoir quelles garanties ce système de *common law*, doté d'une Constitution souple et qui ne connaît pas la même dualité juridictionnelle qu'en France, offre-t-il par rapport à un système de droit continental doté d'une Constitution rigide comme le nôtre ?

De la décision *Rehman*¹⁰ à la plus récente décision *Miranda*¹¹, les juges britanniques ont dessiné les contours de leur approche, assez casuistique, dans le

6 Depuis 2006, se sont succédés, le *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011*, le *Criminal Justice and Courts Act 2015*, le *Serious Crime Act 2015*, *Counter-terrorism and security Act 2015* et l'*Investigatory Power Act 2016*.

7 Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans ses versions successives.

8 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 97.

9 *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195, [2002] 3 WLR 247 et *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3.

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

11 *David Miranda v. Secretary of State for the Home Department* [2016] EWCA Civ 6.

domaine de la lutte contre le terrorisme mais qui ne transige pas sur certains principes, comme la protection judiciaire de la liberté. Oscillant entre déférence à l'égard du législateur et préservation des valeurs communes à la *common law* et à la CEDH, la jurisprudence témoigne de la vigilance des juges quant à la préservation de droits et libertés constitutive d'un noyau dur en-deçà duquel il est difficile d'aller. Néanmoins, au Royaume-Uni, comme en France, la question de la nature, exceptionnelle ou non, des dispositifs adoptés se pose. Alors que la France envisage de faire entrer dans le droit commun les mesures de lutte contre le terrorisme appliquées jusqu'à présent dans le cadre de l'État d'urgence¹², le Royaume-Uni a supprimé après l'arrêt *A et autres*¹³, la dérogation générale à l'article 5 CEDH en optant pour un dispositif moins dérogoire. Cela n'a pas empêché les nouveaux textes censés être moins dérogoires de soulever des questions de conformité à certains droits et libertés. Lord Kerr a ainsi dénoncé un affaïssement de la garantie de certains droits conventionnels et de *common law*¹⁴.

Corrélativement à la menace terroriste, la fréquence et la nature des réponses apportées par différents États, soulève des problèmes juridiques communs : quelle définition du terrorisme à adopter face à un phénomène multiforme ? Faut-il recourir à des dispositifs d'exception, comme cela est le cas, avec le recours à l'État d'urgence, en France ou faut-il, comme au Royaume-Uni, finalement préférer le droit commun ? Quelles mesures, préventives ou répressives, adopter ? Quel contrôle juridictionnel exercer sur les instruments de lutte contre le terrorisme ? Le phénomène terroriste conduit-il inéluctablement à un abaissement du standard de protection de ces droits ? Le glissement de l'exceptionnel au droit commun associé à un contrôle juridictionnel assoupli n'est-il pas dangereux pour les libertés ? De façon plus générale, c'est la question de la conciliation entre les exigences de sécurité et de liberté qui se pose. Il s'agit de s'interroger sur ce que l'approche juridictionnelle des dispositifs antiterroristes révèle des rapports entre le juge, le législateur et l'exécutif et, plus largement, du principe cardinal de séparation des pouvoirs. Finalement, quels enseignements peuvent être tirés de l'expérience britannique qui a inspiré ce principe à Montesquieu ?

L'étude du contentieux de la lutte contre le terrorisme révèle, au Royaume-Uni, comme dans d'autres systèmes¹⁵, une adaptation du cadre du contrôle juridictionnel des mesures antiterroriste (I) et un assouplissement de l'exercice de ce contrôle (II). Si des traits communs se dessinent quant aux dispositifs en cause ou au standard de contrôle, le système britannique témoigne toutefois de certaines spécificités, qui tiennent à la nature de la Constitution britannique et au droit de *common law*.

I.- L'ADAPTATION DU CADRE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES DISPOSITIFS DE LUTTE CONTRE LE TERRORISME

L'adaptation du cadre du contrôle juridictionnel se manifeste à propos du cadre normatif (A) et du standard de contrôle (B) des dispositifs de lutte contre le terrorisme.

12 J.-B. JACQUIN, « Projet de loi antiterroriste : vers un été d'urgence permanent », *Le Monde*, Vendredi 9 juin 2017, p. 9.

13 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*

14 Lord KERR, « Human Rights Law and the "War on Terror" », Lord MacDermott Lecture, Queen's University, Belfast, 2 May 2013.

15 Cf. l'analyse réalisée par K. Roudier à propos des expériences française, espagnole et italienne, K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, *op.cit.*

A.- Le cadre normatif

1.- L'instabilité des dispositifs législatifs de lutte contre le terrorisme

Après avoir mis en place un régime d'exception, le législateur britannique a progressivement normalisé les nombreux dispositifs législatifs successifs de lutte contre le terrorisme en se concentrant, dans les dernières années, sur la répression et le renseignement¹⁶. Outre leur fréquence, leurs contenus respectifs témoignent toutefois d'une volonté de conduire une guerre, par tous les moyens possibles, contre le terrorisme, notion qu'ils appréhendent d'ailleurs dans un sens particulièrement large¹⁷. Ces textes se sont heurtés à un contrôle juridictionnel sanctionnant ou dénonçant les difficultés juridiques soulevées par ces textes. La Chambre des Lords a ainsi jugé que la section 23 de l'*ATCSA*, qui a nécessité une dérogation à l'article 5 de la CEDH et qui permet la détention illimitée de personnes non-britanniques suspectées de terrorisme était inconstitutionnelle. La majorité des Lords a jugé que la mesure dérogatoire n'était pas strictement exigée par la situation et que cette disposition était, par conséquent, contraire aux articles 5 et 14 CEDH. Alors même que la déclaration d'incompatibilité n'a pas eu d'effet sur la validité de la loi, mais a constitué un signal à l'attention du législateur pour qu'il corrige la violation, il s'agit d'un revers cinglant pour le Gouvernement britannique, qui était habitué à une approche bien plus prudente des Cours dans le domaine de la sécurité nationale¹⁸. C'est, en effet, la première fois qu'une juridiction britannique dénonce la contrariété d'une loi avec les droits fondamentaux en ce domaine.

Des lois postérieures ont corrigé cette incompatibilité en normalisant quelque peu le cadre législatif. Le *PTA 2005* prévoit des dispositifs préventifs d'ordonnance de contrôle qui peuvent être dérogatoires ou non dérogatoires. Ce n'est que dans la seconde hypothèse, qui ne s'est jamais réalisée, qu'une dérogation à la CEDH peut être demandée, au cas par cas. Rappelant la logique des assignations à résidence françaises, ces ordonnances imposent diverses restrictions aux personnes pour qui il y a « des motifs raisonnables de suspecter que l'individu est, ou a été, impliqué dans des activités liées au terrorisme et [que le ministre de l'Intérieur] considère qu'il est nécessaire pour des raisons liées à la protection des membres du public d'un risque terroriste, d'adopter une ordonnance imposant des obligations à cet individu »¹⁹. Elles imposent notamment des restrictions concernant la liberté de circulation, d'association, de communication, mais également des assignations à résidence assorties de mesures contraignantes telles que les restrictions de recours à des moyens de communication ou la fréquentation de certains lieux de cultes²⁰. Ces ordonnances non dérogatoires peuvent être adoptées par le Ministre de l'Intérieur

16 *Criminal Justice and Courts Act 2015* et *Investigatory Power Act 2016*. Pour un aperçu de ces différentes mesures, cf. K. SYRETT, « The United Kingdom », in K. ROACH (ed.), *Comparative Counter-Terrorism Law*, Cambridge University Press, 2015, p. 167-202.

17 Elle s'entend, d'après la section 1 du *Terrorism Act 2000* « comme l'usage ou la menace d'action, au Royaume-Uni ou en dehors du Royaume-Uni, impliquant de graves actes de violences contre les personnes, de graves dommages contre la propriété, mettant en danger la vie des personnes, créant un risque sérieux en matière de santé ou de sécurité publique ou visant à désorganiser un système électronique ; destinés à influencer un gouvernement ou une organisation intergouvernementale ou à intimider le public ou une partie du public et réalisés dans le but de faire progresser des causes politiques, religieuses, raciales ou idéologiques ».

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

19 Section 2(1) du *PTA 2005*.

20 Section 1(4), Section 2, Section 4 à 6 du *PTA 2005*.

après une autorisation juridictionnelle²¹. La procédure se déroule à huis clos, seul un avocat spécial désigné par le Procureur général peut y avoir accès et des éléments de preuve secrets sont admis. Ces ordonnances sont valables douze mois renouvelables avec l'autorisation du tribunal. Les ordonnances de contrôle dérogatoires²², qui imposent des restrictions plus importantes aux libertés, nécessitent une autorisation parlementaire afin d'obtenir une dérogation à la Convention européenne. Même dans cette hypothèse, une intervention juridictionnelle est nécessaire pour adopter une ordonnance de contrôle valable pour une période renouvelable de 6 mois.

Le *PTA 2005*, qui a corrigé l'incompatibilité dénoncée par les Lords dans l'affaire *A et autres*²³, a lui-même soulevé des questions de conformité aux droits et libertés et donné lieu à un contentieux assez dense lors de recours contre des mesures d'assignations à résidence²⁴. Après les attentats de Londres du 7 juillet 2005, le *Terrorism Act 2006* a consacré de nouveaux crimes en matière de lutte contre le terrorisme comme l'encouragement et la glorification du terrorisme. Cette loi a également étendu la durée de détention des personnes suspectées de terrorisme à 28 jours à condition que la détention au-delà de 14 jours soit autorisée par un juge. Des dispositifs non dérogatoires, mais particulièrement restrictifs se sont ainsi substitués aux législations dérogatoires. Le contentieux qu'elles ont occasionné et les critiques dont elles ont fait l'objet par le contrôleur des législations antiterroristes²⁵, ont été à l'origine d'évolutions. Le *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011*, proposée par Teresa May alors ministre de l'Intérieur, a abrogé le système d'ordonnances de contrôle et prévoit des mesures d'enquête et de prévention du terrorisme (*TPIM notice*). Plus ciblées et moins restrictives des libertés puisqu'il n'existe plus de possibilité de déroger au droit conventionnel, ces mesures rappellent la procédure d'ordonnances de contrôle non-dérogatoires²⁶. Elles sont décidées par le Ministre après une autorisation juridictionnelle ou, en cas d'urgence, avec un contrôle juridictionnel postérieur à la décision du Ministre²⁷. Les restrictions impliquées par ces mesures sont comparables aux ordonnances de contrôles, tout en imposant des obligations moins lourdes²⁸. Leur durée est, par ailleurs, plus limitée puisque ces mesures ne peuvent durer qu'une année et ne sont renouvelables qu'une fois. Seule la preuve de nouvelles activités terroristes peut justifier une prolongation au-delà de ce délai.

Plus récemment, différents textes ont renforcé les dispositifs de lutte contre le terrorisme sans revenir sur les principaux instruments de lutte contre le terrorisme que sont les *TPIM Notices*. Le *Criminal Justice and Courts Act 2015* a augmenté les peines maximales pour certains délits terroristes qui passent de 10 ou 14 ans de prison à une peine de prison à vie. Le *Serious Crime Act 2015* a étendu la juridiction extraterritoriale du Royaume-Uni afin de poursuivre des personnes suspectées de

21 Section 2 du *PTA 2005*.

22 Section 4 à 6 du *PTA 2005*.

23 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*

24 *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. JJ and others (FC) (Respondents)* [2007] UKHL 45 ; *Secretary of State for the Home Department v. MB (FC) (Appellant)* [2007] UKHL 46 ; *Secretary of State for the Home Department Respondent v. E and another (Appellant)* [2007] UKHL 47.

25 D. ANDERSON, *The Terrorism Acts in 215, Report of the independent reviewer on the operation of the Terrorism Act 2000 and Part 1 of the Terrorism Act 2006, Presented to Parliament pursuant to Section 36(5) of the Terrorism Act 2006*, December 2016, 138 p.

26 Section 3, conditions A à E du *TPIM Act 2011* et Section 3 du *PTA 2005*.

27 L'Annexe 2(3) du *TPIMA 2011* reprend presque mot pour mot la section 3 (3) à (5) du *PTA 2005*. L'objet de ce contrôle est de vérifier que la décision du Ministre n'est pas « manifestation erronée ».

28 Première annexe du *TPIMA 2011*. Les couvre-feux sont limités à la nuit, elles ne peuvent imposer des limitations à l'accès à internet ou à d'autres moyens de communications et elles ne peuvent restreindre à une frontière géographique donnée la liberté de circulation des personnes concernées.

commettre un délit de préparation d'actes terroristes ou d'entraînement au terrorisme à l'étranger. La stratégie de lutte contre le terrorisme du Gouvernement s'est accompagnée du *Counter-terrorism and Security Act de 2015* qui contient des mesures de contrôle et de saisie des passeports, d'expulsions temporaires, de renforcement des pouvoirs des services secrets pour contrôler les communications par internet et de contrôle des données des passagers de transports ferroviaires, maritimes ou aériens. Dernièrement l'*Investigatory power Act de 2016* a augmenté les pouvoirs des services de renseignement en leur donnant un mandat très large pour intercepter des communications.

Après que se soient succédé des dispositifs dérogatoires et des dispositifs de droit commun sans cesse renouvelés, les Britanniques ont voulu, avec le *TPIMA 2011*, mettre un terme à cette logique de pérennisation dans le temps d'un droit de l'exception. La France pourrait, de son côté, emprunter une voie assez comparable au regard du projet de loi mettant un terme à l'état d'urgence, mais insérant dans le droit commun des mesures en matière antiterroriste²⁹. Toutefois, un retour en arrière est aujourd'hui envisagé par le Royaume-Uni à la suite des attaques terroristes dont le Royaume-Uni a fait l'objet depuis le début de l'année. Les récents dispositifs législatifs n'ont pas permis d'éviter les attentats. Les réponses qui vont y être apportées pourraient marquer un retour à des mesures plus dérogatoires puisqu'après les récents attentats, Theresa May a annoncé qu'elle souhaitait rétablir les ordonnances de contrôle afin de permettre des assignations à résidence. Elle envisage aussi de faciliter les procédures d'expulsion, d'augmenter les peines de garde à vue de 14 à 28 jours et d'alourdir les peines de prison. La Première ministre envisage de remettre sur la table un projet de loi visant à condamner les discours de haine qui n'avait pu aboutir en 2016. Pour ce faire, les Britanniques devraient rétablir la dérogation sur le fondement de l'article 15 CEDH³⁰.

2.- L'eupéanisation des sources de contrôle

Le contrôle de ces mesures est caractérisé par la diversité des sources mobilisées par les juridictions pour exercer leur contrôle : lois et droits de *common law*, ordinaires ou constitutionnels, sources européennes comme les droits conventionnels incorporés par le *HRA* et, de façon plus originale, mais assez répandue dans les systèmes de *common law*, des sources étrangères et doctrinales. Le Conseil constitutionnel français se limite, quant à lui, au texte strict de la Constitution dans la motivation de ses décisions et préfère reléguer la jurisprudence européenne dans son dossier documentaire alors qu'elle semble tout de même l'influencer³¹. Cachée en France, alors qu'elle est explicitement utilisée au Royaume-

29 J.-B. JACQUIN, « Projet de loi antiterroriste : vers un été d'urgence permanent », *Le Monde*, Vendredi 9 juin 2017, p. 9.

30 R. MASON et V. DODD, « May: I'll rip up human rights laws that impede new terror legislation », *The Guardian.com*, Tuesday 6 June 2017, disponible sur <https://www.theguardian.com/politics/2017/jun/06/theresa-may-rip-up-human-rights-laws-impede-new-terror-legislation> ; P. BERNARD, « Mme May critique les lois sur les droits de l'homme », *Le Monde*, 9 juin 2017, p. 9 ; A. TRAVIS, « UK would have to declare state of emergency to change human rights laws », *The Guardian.com*, Wednesday 7 June 2017, disponible sur <https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jun/07/uk-would-have-to-declare-state-of-emergency-to-change-human-rights-laws> ; M. SPURRIER, « Theresa May has said she'll rip up human rights. We should all be afraid », *The Guardian.com*, Wednesday 7 June 2017, disponible sur : <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jun/07/theresa-may-human-rights-european-charter-terrorists>.

31 Dossier documentaire de la décision CC, décis. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 *M. Cédric D.*, p. 21-26 citant notamment les décisions : CEDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande*, Req.

Uni, la jurisprudence de la CourEDH est un élément déterminant du raisonnement des juges britanniques qui sont, en vertu de la section 2 du *HRA*, obligés d'en tenir compte.

Plusieurs décisions en témoignent. Dans l'affaire *A et autres*, d'abord, la décision *Chabal c. Royaume-Uni*³² a été citée pour rappeler que les étrangers suspects de terrorisme ne peuvent être expulsés s'ils sont susceptibles d'être soumis à des violations l'article 3 CEDH dans leur État d'origine. Examinant la proportionnalité du recours à l'article 15 CEDH, Lord Bingham compare l'approche du *Privy Council* à celle de la Cour suprême canadienne³³ et rappelle non seulement la jurisprudence européenne en ce domaine, mais aussi la décision *Korematsu* pour indiquer qu'« en temps de détresse l'excuse de la nécessité militaire et de la sécurité nationale ne doit pas être utilisée pour protéger les actions du Gouvernement d'un contrôle minutieux d'une responsabilité »³⁴. Les écrits du Professeurs Jowell et de Richard Clayton ont par ailleurs été utilisés par Lord Bingham dans les développements relatifs au contrôle de proportionnalité. Lorsqu'il n'y a pas de précédent correspondant exactement à la situation soumise au contrôle du juge, le recours au droit conventionnel et au droit étranger est utilisé comme une source confortative et non comme un précédent persuasif. En revanche, lorsqu'un précédent existe, les Lords s'estiment liés, même à reculons³⁵, par une décision de la CourEDH. La décision de la CourEDH *A et autres c. Royaume-Uni* de 2009³⁶ a constitué un précédent décisif dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department v. AF*, comme le montre ce qu'écrivit Lord Rodger : « Strasbourg a parlé, l'affaire est réglée »³⁷. Les Lords n'ont donc pas pris en compte le précédent britannique, mais la décision de la CourEDH qui a jugé que lorsqu'une ordonnance de contrôle est adoptée « sur le fondement ou de façon décisive » sur une preuve secrète, le droit à un procès équitable est toujours méconnu³⁸.

B.- Le standard de contrôle

1.- Un allègement du standard de contrôle

Le contrôle des lois de lutte contre le terrorisme et des mesures prises sur leur fondement révèle qu'en ce domaine, les juges développent un standard de contrôle caractérisé par une certaine déférence. Les juges britanniques, à l'inverse du juge administratif français, qui « est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit »³⁹, mais à l'instar de la Cour suprême américaine « faire preuve de déférence vis-à-vis des branches politiques »⁴⁰ en ce domaine. Ce standard varie toutefois en fonction des affaires. La décision *A et*

n° 332/57 ; CEDH, 18 janvier 1978, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Req. n° 5310/71 ; CEDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, Req. n° 7367/76.

32 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, op. cit. not. § 162 ; CourEDH, *Chabal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Req. 22414/93.

33 CourEDH, 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*, op. cit. § 30 ; *R v. Oakes* [1986] 1 SCR 103 et § 69-70 ; *Libman v. Attorney General of Quebec* (1997) 3 BHRC 269.

34 CourEDH, 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*, op. cit. § 41 ; *Korematsu v United States* 584 F Supp (1984) § 21 et *Korematsu v United States* 323 US 214 (1944).

35 Lord Hoffman, *Secretary of State for the Home Department v. AF* [2009] UKHL, 28 § 70.

36 CourEDH, 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 3455/05.

37 [2009] UKHL 28, § 98.

38 *Ibid.*, § 59 et § 84-87.

39 CC, décis. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 *M. Cédric D.*

40 *Boumediene et Al v. Bush* 128 S. Ct 2229 (12 juin 2008) cité in E. Zoller, *Les Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 851.

autres marque ainsi le passage d'une approche systématiquement déférente⁴¹ en matière de sécurité nationale à un contrôle plus approfondi⁴². L'opinion de Lord Bingham, à laquelle la majorité des Lords a souscrit, indique que les décisions des organes démocratiques méritent un certain « respect »⁴³ selon leur nature. Il écarte toutefois le recours au traditionnel contrôle d'irrationalité et lui préfère le contrôle de proportionnalité en indiquant que les Cours ne sont pas « effectivement empêchée par une quelconque doctrine de déférence de contrôler les questions soulevées »⁴⁴. Le contrôle est exercé, mais avec prudence.

La question du standard de contrôle est intimement liée à celle de l'équilibre des pouvoirs lorsqu'il ajoute : « Je n'accepte, en particulier, pas la distinction qu[e l'*Attorney General*] réalise entre les institutions démocratiques et les Cours. Il est, bien sûr, vrai que les juges de ce pays ne sont ni élus ni responsables devant le Parlement. Il est également vrai [...] que le Parlement, l'exécutif et les cours ont des fonctions différentes. Mais la fonction des juges indépendants, chargés d'interpréter et d'appliquer le droit est universellement reconnue comme le trait cardinal des états démocratiques modernes, comme la pierre angulaire de la *Rule of Law* elle-même »⁴⁵. Lord Rodger rappelle, pour sa part, la déférence dont les Cours peuvent faire preuve dans des domaines tels que celui de la sécurité nationale tout en soulignant le « rôle traditionnel » des Cours britanniques « pour protéger la liberté de chacun [...] quelle que soit sa nationalité »⁴⁶. Rappelant le mandat que le législateur a donné aux Cours afin d'effectuer une déclaration d'incompatibilité sur le fondement du *HRA*, Lord Bingham conclue au caractère disproportionné de la dérogation et de la section 23 du *PTA*. C'est, en effet, parce qu'il s'agit d'une question portant sur la liberté individuelle, pour laquelle les juges ont une compétence particulière qu'un contrôle plus strict que le contrôle habituel en ce domaine a été mis en œuvre⁴⁷.

Le contrôle exercé pour autoriser les mesures individuelles de prévention du terrorisme, comme les ordonnances de contrôle, est d'une autre teneur. Il rappelle le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du juge administratif français puisque les juges doivent vérifier si la demande de l'*Attorney General* est « manifestement erronée »⁴⁸. En revanche, lorsqu'il s'agit de contrôler la légalité d'une ordonnance de contrôle, la Cour d'appel a développé un standard de contrôle assez comparable à celui de la Chambre des Lords dans la décision *A et autres*⁴⁹. Lord Phillips souligne que le contrôle de la nécessité des obligations imposées à certains individus dans le cadre d'une ordonnance de contrôle implique un « contrôle de proportionnalité »⁵⁰, mais que la mise en œuvre de ce contrôle nécessite « un degré de déférence à l'égard des décisions prises par le ministre de l'Intérieur ». « [M]algré une telle déférence, les Cours auront une latitude pour exercer un contrôle plus strict sur la nécessité de chaque obligation imposée à un individu dans le cadre du régime de l'ordonnance de contrôle »⁵¹. Elles pourront notamment explorer les moyens alternatifs pour parvenir au même résultat. La mise en œuvre de ce standard de contrôle a conduit toutefois les Cours à avoir une approche plus déférente qu'intrusive des obligations imposées

41 *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, *op. cit.*

42 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 29.

43 *Ibid.*, § 39.

44 *Ibid.*, § 42.

45 *Ibid.*, § 42.

46 *Ibid.*, § 175-178, notamment 178.

47 *Ibid.*, § 44.

48 Section 3 du *PTA* 2005.

49 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*

50 *Secretary of State for the Home Department v. MB*, [2006] EWCA Civ 1140, § 63.

51 *Ibid.*, § 65.

dans le cadre d'une ordonnance de contrôle et à conclure, le plus souvent, à la légalité des ordonnances de contrôle⁵².

2.- Une altération de l'équilibre des pouvoirs et du principe de Rule of Law

L'assouplissement du standard de contrôle dans le champ de la lutte contre le terrorisme ainsi que le choix du recours à une déclaration d'incompatibilité ou à l'interprétation conforme⁵³ soulève des questions liées au principe de séparation des pouvoirs, notamment lorsqu'il s'agit de contrôler des dispositifs privatifs ou restrictifs de la liberté individuelle.

Les Lords ont eu recours à la déclaration d'incompatibilité, qui constitue une condamnation symbolique et sans conséquence juridique de l'ATCSA dans l'affaire *Belmarsh* puisqu'elle ne prive pas la loi d'effet. Ils ont, par la suite, préféré avoir recours à la technique de l'interprétation conforme⁵⁴ pour assurer la conformité du dispositif d'ordonnances de contrôler avec le droit à un procès équitable et sauver la loi afin d'éviter au législateur de se remettre à l'ouvrage. Cette technique, qui a été utilisée à propos du *PTA 2005* montre que le dispositif d'ordonnance de contrôle soulève des difficultés quant à sa conformité aux droits fondamentaux.

Les développements de Lord Bingham dans la décision *A et autres* en témoignent⁵⁵. Moins explicites que l'opinion du juge Kennedy qui, dans l'affaire *Boumediene et al. v. Bush*, rappelle que « [l]a gravité des problèmes de séparation des pouvoirs soulevés par ces affaires et le fait que les détenus n'ont pas eu accès à un vrai juge pendant des années donnent à ces affaires un caractère exceptionnel »⁵⁶, les opinions des juges britanniques relatifs au contrôle de proportionnalité et à la déférence révèlent combien ces questions sont liées au rôle et à la place du juge dans une démocratie, comme un élément de protection du principe de *Rule of Law*. Lord Nichols le dit bien : « la détention illimitée sans accusation ni procès est un anathème dans tout pays qui respecte la *Rule of Law* »⁵⁷. Lady Hale, a soulevé de son côté, dans des propos extrajudiciaires, le problème que posent ces dispositifs quant à la remise en cause du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire⁵⁸. Au-delà de la question générale de la balance des pouvoirs, qui penche en faveur du pouvoir exécutif au détriment du pouvoir judiciaire, et du rôle du juge dans un système démocratique, ce sont les conséquences concrètes du contrôle juridictionnel sur les libertés individuelles qui soulèvent les plus grandes difficultés. Elles remettent, en effet, en cause l'un des aspects essentiels de la *Rule of Law*, telle que Dicey la présentait : la protection judiciaire des droits⁵⁹.

52 *Secretary of State for the Home Department v. AH* [2008] EWHC 1018 (Admin) ; *Secretary of State for the Home Department v. AT, AW* [2009] EWHC 512 (Admin).

53 Section 3 et 4 du HRA.

54 *Secretary of State for the Home Department v. MB (FC) (Appellant)* [2007] UKHL 46, cf. Lord Bingham § 44.

55 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 42.

56 Cf. l'opinion du juge Kennedy dans la décision *Boumediene et Al v. Bush*, *op. cit.*, cité in E. ZOLLER, *Les Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 848.

57 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 81.

58 Lady Brenda HALE, « Terrorism and Global Security : Threats to the Independence of The Judiciary in a Changing World », Speech at the 10th Biennial International Conference of International Association of Women Judges, Seoul, South Korea, 12 May 2010 disponible sur le site https://www.supremecourt.uk/docs/speech_100512.pdf.

59 A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902, p. 167-183.

II.- L'ASSOUPLISSEMENT DE L'EXERCICE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES DISPOSITIFS DE LUTTE CONTRE LE TERRORISME

La lutte contre le terrorisme nécessite de « réaliser un équilibre entre la protection de l'intérêt public et le droit à la liberté »⁶⁰. Le contrôle juridictionnel exercé sur les mesures de lutte contre le terrorisme révèle une fragilisation de la protection des droits procéduraux (A) et substantiels (B), que l'on retrouve, en des termes parfois différents, devant les juges français en raison d'une conception différente du droit public.

A.- Une fragilisation de la protection des droits procéduraux

1.- *Le principe du contradictoire*

Le régime dérogatoire à la CEDH instauré par l'ATCSA 2001 a été remplacé par le PTA 2005. Cette loi a aménagé les garanties procédurales encadrant les mesures de prévention du terrorisme au nom de la protection de la sécurité nationale. La possibilité d'avoir recours à des preuves secrètes, le recours éventuel à un avocat spécialisé, l'autorisation de la Cour pouvant être donnée en l'absence de l'individu sans que la demande lui ait été notifiée et sans qu'il ait eu l'opportunité d'être représenté devant la Cour⁶¹ ont soulevé des difficultés quant à la légalité de la procédure d'ordonnance de contrôle. Dans un pays dans lequel les garanties procédurales et les voies de recours conditionnent la garantie des droits substantiels (*remedies precede rights*), cet assouplissement des règles du procès équitable et, plus particulièrement, du principe du contradictoire et de l'égalité des armes a été à l'origine d'un contentieux assez important. Il porte principalement sur la question de la contestation des preuves utilisées pour adopter une ordonnance de contrôle à laquelle le ministre de l'Intérieur peut avoir recours s'il a des « motifs raisonnables de suspecter qu'un individu est ou a été impliqué dans une activité liée au terrorisme »⁶². Il s'agit d'un point fondamental, que l'on retrouve également aux États-Unis : contrôler la véracité des faits dont le contenu n'est pas toujours divulgué aux suspects⁶³. La Chambre des Lords a rendu plusieurs décisions à ce sujet le 31 octobre 2007⁶⁴. Dans l'affaire *MB* qui fixe les lignes directrices à ce propos, la majorité des Lords a considéré que l'utilisation de preuves secrètes pour adopter une ordonnance de contrôle assortie du recours à un avocat spécialisé ayant accès à ces preuves, mais ne pouvant pas en communiquer le contenu à son client, satisfaisait, en principe, aux exigences du droit à un procès équitable. Rattachant la procédure d'ordonnance de contrôle à la matière civile en raison de son caractère préventif, les juges de la majorité ont toutefois admis qu'il pouvait subsister des cas dans lesquels la non-divulgateion des preuves pouvait méconnaître le droit à un procès équitable. Dans ce cas de figure, la juge Hale a proposé d'appliquer ce dispositif sauf lorsque cela porte atteinte au droit à un procès équitable⁶⁵. À l'inverse, de l'arrêt *E*, dans lequel l'ordonnance était principalement fondée sur des preuves contradictoires, aux côtés des preuves secrètes, *MB* avait vu l'ordonnance de contrôle exclusivement

60 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 101.

61 Section 3 de l'ATCSA 2001.

62 Section 1(10) du PTA 2005.

63 E. ZOLLER, *Les Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 864-865.

64 *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others* [2007] UKHL 45 ; *Secretary of State for the Home Department v. MB* [2007] UKHL 46 ; *Secretary of State for the Home Department Respondent v. E and another* [2007] UKHL 47.

65 *Secretary of State for the Home Department v. MB* [2007] UKHL 46 § 72.

justifiée par des preuves secrètes. Les affaires ont ensuite été renvoyées aux juridictions inférieures pour qu'elles appliquent les lignes de conduites de la Chambre des Lords.

Deux ans après, la CourEDH s'est prononcée quant à la conformité de la procédure de détention avec l'article 5 § 4 CEDH. La CourEDH a jugé que la procédure de détention prévue par le *PTA 2005* pouvait violer les exigences de l'article 5 § 4 lorsque la détention des requérants est fondée « uniquement et dans une mesure déterminante sur des pièces secrètes » et que les éléments non confidentiels consistent exclusivement en des assertions générales⁶⁶. La Chambre des Lords a appliqué cette décision à la procédure d'ordonnance de contrôle dans la décision *Secretary of State for the Home Department v. AF*⁶⁷. Sa majorité a opté en faveur d'une interprétation conforme de la section 3(10) de la loi en indiquant que la personne faisant l'objet d'une ordonnance de contrôle doit avoir eu « des informations suffisantes à propos des charges reposant contre lui afin de lui permettre de donner des instructions effectives [à son avocat spécialisé] pour contester ces allégations. Si cette exigence est satisfaite, un procès équitable peut avoir lieu bien que l'intéressé n'ait pas eu le détail ou les sources de preuve constituant le fondement des accusations portées à son encontre. Cependant, lorsque la preuve auquel il peut avoir accès consiste simplement en des affirmations générales et que l'accusation portée contre l'intéressé est seulement, ou de façon décisive, fondée sur des preuves secrètes, l'exigence du droit à un procès équitable ne sera pas satisfaite quelle que soit la solidité des accusations fondées sur les preuves secrètes »⁶⁸. Lord Hope rappelle très bien les principes applicables en ce domaine lorsqu'il écrit que « l'État de droit dans une société démocratique ne tolère pas [la dénonciation sur des fondements non divulgués à l'intéressé]. Le principe fondamental est que tout le monde a droit à ce que soient divulgués des preuves suffisantes pour lui permettre de répondre de façon efficace à l'accusation portée contre lui. [...] Si la *Rule of Law* signifie quelque chose, dans des affaires de la sorte c'est que les cours doivent faire respecter ce principe. Elle doit insister pour que la personne accusée prenne connaissance de ce qui lui est reproché »⁶⁹. L'existence d'un « minimum irréductible »⁷⁰ d'éléments pouvant être divulgués se dégage de ces décisions. En effet, « L'importance du principe de transparence (*open justice*) a été soulignée à plusieurs reprises... Ce principe n'est pas une simple règle procédurale. C'est un principe fondamental de *common law* »⁷¹. Après la décision *AF*, le ministre de l'Intérieur a préféré révoquer un certain nombre d'ordonnances concernant les requérants plutôt que de divulguer des preuves secrètes⁷².

2.- Les preuves obtenues par la torture

Au-delà du contradictoire, les Cours ont été confrontées à la question des preuves obtenues par la torture. Dans une première décision de 2005, la Chambre des Lords a jugé qu'il n'était pas possible d'utiliser de telles preuves contre des personnes suspectées de terrorisme⁷³. Cette décision, qui se fonde cependant sur la

66 CourEDH, 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

67 [2009] UKHL 28, § 98.

68 *Ibid.*, § 59.

69 *Ibid.*, §§ 83-84.

70 *Ibid.*, §21.

71 *Al Rawi v The Security Services*, [2012] 1 A.C. 531, § 10.

72 A. TOMKINS, « National Security and the Role of the Court: A Changed Landscape », *LQR*, vol. 126, 2010, p. 551.

73 *A (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71.

common law, s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence européenne. La CourEDH a, de son côté, dans l'affaire *Othman*, constaté une violation du droit à un procès équitable en cas d'expulsion d'un prédicateur musulman placé sous ordonnance de contrôle car des preuves obtenues par la torture pourraient être utilisées contre lui s'il était expulsé dans son État d'origine⁷⁴. La seconde affaire s'inscrit dans sa continuité, mais concerne la décision de geler des avoirs de personnes suspectées d'appartenir à Al-Qaïda⁷⁵. La décision du Secrétaire d'État a été jugée légale car bien que certaines preuves aient été obtenues par la torture, les motifs justifiant la décision du Secrétaire d'État étaient étrangers à de telles preuves. Malgré une altération de la protection des droits procéduraux, les juges britanniques restent vigilants quant aux garanties procédurales encadrant les dispositifs de prévention du terrorisme. Puisqu'en droit de *common law*, la procédure garantit le fond, l'affaiblissement des droits procéduraux affecte la garantie des droits substantiels eux aussi concernés par ces législations.

B.- Une fragilisation de la garantie des droits substantiels

1.- La liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée

Outre le droit de propriété⁷⁶, la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée ont notamment été mis en cause par des dispositifs de répression du terrorisme dont la définition large a pu être critiquée. L'affaire *R v. Gul Mohammad*⁷⁷ révèle l'impact de la définition de la notion de terrorisme sur l'étendue de la protection de certaines libertés, comme la liberté d'expression. La Cour suprême était saisie de la diffusion de vidéos filmant les actions des forces armées non étatiques dans le cadre de conflits armés en Irak et en Afghanistan. Ces vidéos étaient poursuivies du chef de délit de diffusion de publications terroristes, qui est conditionné par la définition prévue par la section 1 du *Terrorism Act 2000*⁷⁸. L'opinion solidaire des sept juges rédigée par Lord Neuberger et Lord Judge a indiqué que la notion de terrorisme avait été rédigée en des termes délibérément larges afin de tenir compte des formes diverses et imprévisibles que le terrorisme peut prendre. Elle a ainsi rejeté l'appel du requérant contre sa condamnation pour diffusion de publication terroriste considérant que les actes en question rentraient dans ce cadre. La Cour suprême a apporté d'intéressantes précisions dans un *obiter dictum* final⁷⁹ en se déclarant favorable à une définition plus restrictive de la notion de terrorisme. La définition applicable dans cette affaire donne, selon la majorité des Lords, un trop large pouvoir discrétionnaire aux autorités de poursuite ainsi qu'aux autorités de police et aux officiers d'immigration en matière d'arrestation et de contrôle d'identité aux frontières car ils ne sont soumis à aucune conditions. La Cour fait ainsi part de son inquiétude à propos de tels dispositifs qui « représentent la possibilité de sérieuses invasions dans la liberté individuelle »⁸⁰.

Le dispositif de *stop and search* a été à l'origine de plusieurs décisions importantes ne se limitant pas à la liberté d'aller et de venir. Dans l'affaire *Gillan et Quinton*, la CourEDH⁸¹ condamné le Royaume-Uni en raison des pouvoirs

74 CourEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, Req. n° 8139/09.

75 *R (Youssef) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2013] EWCA Civ 1302

76 *Ibid.*

77 [2013] UKSC 64.

78 Cf. note 17.

79 *R v. Gul Mohammad*, *op. cit.*, § 60-64.

80 *R v. Gul Mohammad*, *op. cit.*, § 64.

81 CourEDH, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, Req. n° 4158/05.

d'interpellation et de fouille accordés aux policiers britanniques en vertu des articles 44 à 47 du *Terrorism Act 2000*. Alors que la Chambre des Lords a jugé que ces pouvoirs, qui pouvaient donner lieu à des fouilles superficielles, étaient proportionnés au regard du motif légitime de lutte contre le terrorisme⁸², la Cour européenne a conclu à une violation du droit au respect de la vie privée, qui n'était pas prévue par la loi, car les pouvoirs accordés aux policiers n'étaient pas entourés de garanties suffisantes. La législation confère, selon la CourEDH, un pouvoir discrétionnaire aux policiers si important qu'il est susceptible de conduire à l'arbitraire. Ils peuvent procéder à des fouilles afin de rechercher des objets de nature à être utilisés pour un mobile terroriste sans démontrer l'existence d'un motif raisonnable de soupçonner une infraction.

Plus récemment, la décision de la Cour d'appel britannique *Miranda*, du 19 janvier 2016, s'est prononcée sur l'arrestation de David Miranda à l'aéroport sur le fondement des pouvoirs d'arrestation et de fouille prévus par l'annexe 7 du *Terrorism Act 2000* alors qu'il était en possession de documents qu'Edward Snowden avait piraté à la NSA. Bien qu'elle ait jugé qu'en l'espèce, les pouvoirs d'arrestation de Miranda avaient été exercés légalement, la Cour d'appel a interprété de façon restrictive la notion de terrorisme afin de la priver de son application à des activités politiques, religieuses ou journalistiques. Estimant que les pouvoirs d'arrestation prévus par la section 7 de la loi de 2000 n'étaient pas entourés de garanties suffisantes, comme un contrôle judiciaire permettant de protéger correctement les données journalistiques et la confidentialité des sources, elle les a jugés incompatibles avec l'article 10 de la CEDH.

Le contrôleur indépendant des législations antiterroristes a dénoncé l'ampleur de la définition du terrorisme dans le *Terrorism Act* et les définitions « d'activités terroristes » ou « d'activités liées au terrorisme » dans le *Terrorist Asset-Freezing etc. Act 2010*⁸³ et dans le *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 (TPIMA)*⁸⁴. Une modification du TPIMA a ainsi substitué le standard de preuve pour qu'une personne puisse faire l'objet d'une mesure de prévention et d'investigation en remplaçant l'exigence de « croyance raisonnable » par celle de la « balance des probabilités »⁸⁵.

Dans l'affaire *Beghal*⁸⁶, la mise en œuvre des pouvoirs d'arrestation, d'interrogation et de fouille d'individus à la frontière a été mise en œuvre sur le fondement du paragraphe 2 de l'annexe 7 du *Terrorism Act 2000* sans qu'une suspicion raisonnable ou un délit passé ou futur soit nécessaire, mais à condition d'être ou d'avoir été lié à la commission, la préparation ou l'instigation des actes de terrorisme⁸⁷. La requérante a soutenu que son droit à la liberté individuelle, son droit au respect de la vie privée et son droit de ne pas s'auto-incriminer avaient été violés. La majorité des juges, à l'exception de Lord Kerr, a jugé que les pouvoirs

82 *R (on the application of) Gillan and another v. Commissioner of Police for the Metropolis and another* [2006] UKHL 12 §. 28-29.

83 L'implication dans une activité liée au terrorisme consiste en la commission, la préparation ou l'instigation d'actes de terrorisme ; une conduite qui facilite la commission la préparation ou l'instigation de tels actes ou qui a l'intention de le faire ; une conduite qui encourage ou qui a l'intention d'encourager, à la commission, la préparation ou à l'instigation de tels actes ; une conduite qui soutien ou qui aide les individus qui sont connus comme étant impliqués dans des conduites visant à commettre, préparer ou instiguer des actes de terrorisme.

84 D. ANDERSON, *The Terrorism Acts in 215, Report of the independent reviewer on the operation of the Terrorism Act 2000 and Part 1 of the Terrorism Act 2006, Presented to Parliament pursuant to Section 36(5) of the Terrorism Act 2006*, December 2016, p. 169-170.

85 Section 20 du *Counter-Terrorism and Security Act 2015*.

86 *Beghal v. Director of Public Prosecution* [2015] UKSC 49.

87 Section 40 1(b) du *Terrorism Act 2000*.

d'interrogation et de fouille ainsi que la détention pendant 6 heures de Mme Beghal étaient proportionnés et que l'article 6 ne s'appliquait pas en raison de l'absence d'accusation en matière pénale.

2.- La liberté individuelle

Parmi les libertés touchées par les instruments de lutte contre le terrorisme, celle qui a soulevé le plus de difficultés, en France, comme au Royaume-Uni, est la liberté individuelle. Elle constitue un élément central des systèmes de *common law*. Lord Hoffman rappelle bien, dans la décision *A et autres*, que l'affaire « remet en question l'existence même d'une liberté ancienne, donc ce pays a jusqu'à présent été fier : la liberté de ne pas être arrêté et détenu de façon arbitraire. Le pouvoir que le ministre de l'Intérieur soutient est un pouvoir de détenir de façon indéfinie des personnes sans aucune accusation ou procès. Rien ne peut être plus antithétique aux instincts et aux traditions du peuple du Royaume-Uni »⁸⁸. Pourtant, après cette décision, les juges ont témoigné d'une approche plus prudente à l'égard des ordonnances de contrôle non dérogatoires.

Dans les décisions du 31 octobre 2007, *JJ, MB, AF* et *E*⁸⁹ la Chambre des Lords a adopté une approche casuistique afin de déterminer si une assignation à résidence imposée par une ordonnance de contrôle constituait une restriction ou une privation de liberté constitutive d'une violation de l'article 5 CEDH. Dans l'affaire *JJ*, une assignation résidence de 18 heures assortie d'un panel de restrictions importantes⁹⁰, a été considérée comme constitutive d'une privation de liberté. Dans cette décision Lord Brown⁹¹ a fixé un seuil de passage de la restriction à la privation de liberté qu'il a identifié à 16 heures. Dans les affaires jointes *MB* et *AF* examinées le même jour, une assignation à résidence de 14 heures et une limitation des contacts sociaux pour *AF* et une obligation de vivre dans un domicile déterminé sans assignation à résidence, un contact quotidien avec les services de police et une restriction des déplacements à l'étranger, pour *MB* n'ont pas violé l'article 5 CEDH⁹². Dans l'affaire *E*, la privation de liberté n'a pas été considérée comme atteinte⁹³. Lady Hale indique d'ailleurs que « Le point de départ de l'appréciation de la notion de privation de liberté est « l'élément central » de l'isolement » et examine la « situation concrète » de l'intéressé. La question de la durée est prise en compte, mais d'autres facteurs peuvent couper l'intéressé de la société comme par exemple des restrictions géographiques ou l'obligation de fréquenter un lieu de culte spécifique⁹⁴. La Cour suprême, dans une décision postérieure, a jugé que la modification d'une ordonnance de contrôle imposant un déménagement à 150 miles de la famille du requérant alors que la première ordonnance de contrôle admettait qu'il vive dans un quartier près de ses proches, une assignation à résidence de 16 heures, le port d'un bracelet électronique ainsi que des restrictions en matière de liberté d'association et de communication constituaient une privation de liberté⁹⁵.

88 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, § 86.

89 À ce sujet, cf. A. Sandell, « Liberty, fairness and the UK control order cases : two steps forward, two steps back », *EHRLR*, 2008, n° 1, p. 120-131.

90 Les visites devaient être autorisées par le Ministère de l'intérieur, des fouilles de leur domicile pouvaient avoir lieu de façon inopinée, l'accès à Internet leur était interdit, ils ne pouvaient se rendre qu'à une Mosquée ayant fait l'objet d'une approbation par le Ministère de l'intérieur...

91 *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others* [2007] UKHL 45 ; § 105-108.

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

93 *Secretary of State for the Home Department Respondent v. E and another* [2007] UKHL 47.

94 *Ibid.* § 25.

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

Malgré l'attachement britannique à la liberté individuelle, la notion de privation de liberté est placée à un seuil plus élevé que devant le Conseil constitutionnel français qui conditionne la privation de liberté à une durée de 12 heures⁹⁶. Si le juge britannique est regardant sur la nécessaire autorisation du juge, le juge constitutionnel français est plus attentif à la durée de l'assignation à résidence. Au Royaume-Uni, les ordonnances de contrôle non-dérogatoire sont, hors cas d'urgence (une Cour intervient dans ce cas, dans les 7 jours à compter de la décision du ministre de l'Intérieur), autorisées par un juge⁹⁷ alors qu'en France, les mesures prises sur le fondement de l'État d'urgence comme les assignations à résidence sont prises par le ministre de l'Intérieur et font l'objet, en cas de recours, d'un contrôle des juridictions administratives. Ce dispositif a pu conduire à une déclaration d'inconstitutionnalité de l'intervention du juge des référés du Conseil d'État pour prolonger une assignation à résidence au-delà de douze mois pour défaut d'impartialité et à formuler une réserve d'interprétation permettant d'encadrer cette prorogation⁹⁸. En pratique, le Conseil d'État saisi de la contestation de ces prolongations ne les a pas jugées manifestement illégales⁹⁹. Cet élément distingue la protection de la liberté individuelle protégée, au Royaume-Uni, par l'*habeas corpus* et l'intervention préalable du juge de droit commun, du système Français où l'intervention *a posteriori* du juge administratif est justifiée par la nature préventive de ces mesures.

Les systèmes de *common law* sont ainsi caractérisés par la nécessaire intervention d'une Cour de justice indépendante pour s'assurer de la légalité d'une détention au moyen notamment du recours en *habeas corpus*, qui « est intimement lié à la séparation des pouvoirs »¹⁰⁰ car il nécessite l'intervention d'un juge indépendant du pouvoir exécutif pour protéger la liberté individuelle. Montesquieu le dit très bien dans le Livre XI de l'Esprit des lois : « La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté [...] Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. [...] Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur »¹⁰¹. Il n'est pas inutile de rappeler ce développement qui apparaît sous le chapitre intitulé « De la constitution d'Angleterre » et suit de près l'exposé fait par Montesquieu du principe de séparation des pouvoirs présenté dans les chapitres portant sur « Ce que c'est que la liberté »¹⁰². D'hier à aujourd'hui, ce rappel confirme tout l'intérêt de regarder outre-manche lorsqu'il est question de la protection des libertés.

96 CC, décis. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 *M. Cédric D.*

97 Section 3 du *PTA 2005*.

98 CC, décis. n° n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofyan I.*

99 CE, 25 avril 2017, *M. A., B.*, Req. n° 409677 ; CE, ordonnance du 25 avril 2017, *M. D.*, Req. n° 409725.

100 E. ZOLLER, *Les Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 858.

101 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, T. I, Livre XI, Ch. VI, Paris, GF Flammarion, p. 294.

102 *Ibid.*, Chapitre III et IV, p. 292-293.