

« BUSINESS AS USUAL »
LE DIALOGUE JUDICIAIRE SUR LES AFFAIRES ANTITERRORISTES
APRÈS LE 11 SEPTEMBRE 2001

di Tania Groppi*

SOMMAIRE. 1. *Préambule*. – 2. *Les mesures contre le terrorisme international entre les pouvoirs législatif et exécutif*. – 3. *La réponse des Cours: le cadre théorique...* – 4. *...et l'expérience concrète*. – 5. *Est-ce qu'une «coalition judiciaire des volontaires» existe?*

1. Ce travail s'inscrit dans le cadre de l'utilisation des précédents étrangers de la part des juridictions constitutionnelles nationales: il s'agit là de l'un des sujets le plus largement traités par la doctrine de ces dernières années, dans le cadre du phénomène plus général de la construction d'un « système légale globale »¹.

Dans le monde anglo-saxon, cette sorte d'études a une longue tradition², liée à la pratique diffuse de la citation des précédents jurisprudentiels d'autres pays typique des États membres du *Commonwealth* britannique, en tant que conséquence de la *common law*³. En particulier, la jurisprudence du *Privy Council* a profondément influencé le développement juridique de pays tels que la Nouvelle Zélande, l'Australie, l'Inde, l'Afrique du Sud, Hong-Kong et le Canada, ainsi que d'autres anciennes colonies de l'Afrique orientale et australe, aussi bien que dans le continent austral et asiatique⁴. Ces développements ont connu un nouvel élan grâce aux tendances opposées dont deux Cours au centre de l'attention mondiale sont porteuses, même si pour des raisons différentes : d'un côté, les réticences manifestées par la majorité de la Cour suprême des États-Unis à propos de la citation du droit étranger⁵ ; de l'autre, la grande ouverture montrée par la Cour

* Professeur de Droit Public, Université de Sienna. Ce rapport a été présenté dans le colloque sur « Etat de droit, liberté et sécurité en Europe », organisé par SIPE, Budapest, 4-7 juin 2009.

¹ Pour utiliser les mots de Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 65 ss.

² Pradyumna-K. TRIPATHI, « Foreign Precedents and Constitutional Law », *Columbia Law Review*, 1957, p. 319.

³ Ulrich DROBNIG / Sjef VAN ERP (éds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer, The Hague, 1999.

⁴ Andrew HARDING, « Comparative Case Law in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights » in ÖRÜCÜ (éd.), *Judicial Comparativism in Human Rights*, United Kingdom National Committee of Comparative Law, Birmingham, 2003, p. 183 s.

⁵ Je fais référence aux affaires *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005).

constitutionnelle de l’Afrique du Sud, suite également de la règle prévue par la Constitution du 1996⁶.

Hors des pays anglo-saxons les études de ce type sont moins nombreuses⁷. Au-delà de l’application de techniques de motivation moins articulées dans les systèmes juridiques de *civil law*, le manque d’un élément catalyseur tel que le *Privy Council*, aussi bien que d’une langue partagée, a limité la circulation des précédents jurisprudentiels étrangers dans ces pays. Néanmoins, dans les dernières années l’on assiste là aussi à un intérêt renouvelé pour cette matière⁸, à cause de facteurs différents : le débat en cours dans les pays anglo-saxons ; le procès d’intégration européenne ; la tendance de quelques Cours constitutionnelles à citer des précédents étrangers dans ses propres décisions⁹.

L’un des domaines où la citation des précédents étrangers a démontré sa fécondité est celui des droits fondamentaux. Plusieurs raisons différentes peuvent être alléguées à cet égard : l’universalisme des droits humains, qui rend les garanties des droits prévues par les constitutions nationales plus aisément comparables par rapport aux aspects institutionnels ; l’influence du droit international, y compris de celui issu des juridictions internationales et transnationales, qui joue un rôle important et propulsif pour le dialogue « horizontal », tout en agissant plutôt dans une dimension « verticale » ; finalement, la constatation qu’il s’agit d’une zone particulièrement frappée et mise en danger par la globalisation. Ce dernier aspect prend un relief particulier si l’on adhère à la perspective selon laquelle l’application du droit comparé de la part des juges s’explique

⁶ *Section 39, Interpretation of Bill of Rights* de la Constitution du 1996: “(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law”. Plus opportunément, au sujet de ce dernier point la *Section 35, Interpretation of Interim Constitution* du 1993, affirmait: “may have regard to comparable foreign case law”.

⁷ Andrea LOLLINI, « La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 453.

⁸ Cela est bien démontré par l’existence, au sein de l’Association internationale de droit constitutionnel et dès 2007, d’un Groupe de travail sur « Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges » dirigé par Tania Groppi, Professeur à l’université de Sienne et par Marie-Claire Ponthoreau, Professeur à l’université Bordeaux IV Montesquieu.

⁹ Dans la doctrine allemande, voir Peter HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, p. 27 s. Dans la doctrine italienne, voir Lucio PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un’analisi comparatistica*, CLUEB, Bologna, 2007 et, plus généralement sur la globalisation du droit et le rôle des juges, Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009 et ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009. Gustavo Zagrebelsky, ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, a dédié à ce sujet son discours officiel à l’occasion du 50ème anniversaire de la Cour : Gustavo ZAGREBELSKY, « Corti costituzionali e diritti universali », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 297 s. Dans la doctrine française, voir Julie ALARD / Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris 2005 ; Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le recours à l’argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théorique et techniques », in MELIN-SOUCRAMANIEN (éd.), *L’interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 168 s. ; voir aussi le discours d’un des membres du Conseil Constitutionnel: Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel*, Rapport au VI Colloque mondial de droit constitutionnel, Santiago du Chili, 6 janvier 2004; récemment, voir Didier MAUS, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*, Rapport présenté à la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, Le Cap, 22-24 janvier 2009.

essentiellement par la nécessité de réagir, en faisant un front commun, face aux forces de la globalisation qui gravent de manière croissante sur les décideurs politiques nationaux, en les vidant de leurs capacités décisionnelles et en les poussant à se conformer à des standards globaux¹⁰.

A partir de ces prémisses, les pages qui suivent se posent l'objectif de vérifier la circulation des précédents jurisprudentiels dans les décisions des juridictions constitutionnelles nationales en matière de lutte au terrorisme international suivant aux attaques au *World Trade Center* du 11 septembre 2001 : il s'agit là d'un terrain très approprié, au moins en termes de premières hypothèses, puisqu'il analyse des jugements concernant des mesures souvent très semblables, fréquemment adoptées suite à la coopération étroite entre gouvernements qui est nécessaire pour faire face à un phénomène global, ou bien sous l'impulsion de pressions exogènes, principalement de la part des Etats-Unis¹¹, exercées sur plusieurs pays qui n'ont pas directement été visés par les attaques terroristes.

Ce travail s'articule en trois parties. Dans la première partie on développe quelques considérations générales sur la réaction des démocraties au terrorisme international, pour souligner la ressemblance des problèmes et des solutions législatives adoptées. Dans la deuxième partie on analyse le rôle du pouvoir judiciaire dans le contrôle des mesures antiterrorisme, surtout au niveau de la séparation des pouvoirs et de la légitimation du *judicial review*. Finalement, dans la troisième partie les principales décisions judiciaires sont analysées, en essayant à vérifier l'étendue de l'entité du dialogue jurisprudentiel en matière de lutte au terrorisme international et la réalité de l'existence d'une « *judicial coalition of the willing* »¹². Pour conclure, on relève une convergence des jurisprudences qui ne découle que partiellement de la circulation des précédents et qui ne peut pas être considérée une « véritable stratégie jurisprudentielle » exercée par les Cours.

2. Les attentats du 11 septembre 2001 et la manière de réagir des démocraties occidentales ont posé de nouveaux défis au droit constitutionnel, en virant la réflexion traditionnelle sur le droit constitutionnel de l'urgence vers des directions inexplorées.

On a parlé, surtout dans le contexte américain, d'une véritable « guerre » au terrorisme, généralement portée sans recourir aux pouvoirs exceptionnels prévus par bien de constitutions au cas de guerre ou d'urgence. Tout en essayant à fournir une réponse aux nouvelles exigences posées

¹⁰ Eyal BENVENISTI, « Reclaiming Democracy : The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts », *The American Journal of International Law*, 2008, p. 241.

¹¹ Qu'il s'agit-là d'un terrain propice à la circulation des précédents, cela a bien été souligné par Eyal BENVENISTI, « Reclaiming Democracy », cit., p. 241, qui traite en même temps les matières de l'environnement et du droit d'asile.

¹² Voir David DYZENHAUS / Rainer THWAITES, « Legality and Emergency. The Judiciary in a Time of Terror », in LYNCH / MACDONALD / WILLIAMS (éds.), *Law and Liberty in the War on Terror*, Federation Press, Sidney, 2007, p. 10.

par ce territoire d'élection du terrorisme qui se situe « entre la criminalité et la guerre »¹³, la législation de la majorité des pays a choisi de ne pas recourir aux pouvoirs d'exception mais de « banaliser l'urgence »¹⁴, en introduisant en voie permanente dans le droit pénal de nouveaux instituts et instruments finalisés à la prévention des crimes¹⁵ qui, pour cette raison, ne s'adressent pas nécessairement contre des « terroristes », mais plutôt contre ceux qui, pour des raisons multiples, y comprise l'appartenance à certains groupes ethniques ou religieux, peuvent être qualifiés de « suspects terroristes » potentiels¹⁶.

En temps « de stress »¹⁷, comme on les a définis, il est rare de rencontrer de véritables « *black holes* », à savoir des situations où le principe de légalité n'agit pas du tout, si l'on exclut le cas déclaré de Guantanamo¹⁸. Ce sont plutôt fréquents les « *grey holes* », voir des solutions qui gardent un semblant du principe de légalité, pourtant vidé d'une grande partie de sa substance¹⁹.

Sous l'impulsion émotive de l'opinion publique, le législateur est intervenu d'urgence en bien de cas, en adoptant des décisions en peu de jours ou semaines, en tant que réponse à chaque attentat (l'exemple le plus éclatant est le *Patriot Act*). Cette tendance n'est pas limitée à la lutte contre le terrorisme international : on la rencontre en d'autres secteurs aussi, tels que devant les épidémies ou bien de crimes particulièrement répugnants ; là aussi, des réactions vivement émotives

¹³ Errol MENDES, « Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution », *National Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 95.

¹⁴ Voir David DYZENHAUS, « The Permanence of the Temporary: Can Emergency Power be Normalized? », in DANIELS / MACKLEM / ROACH (éd.), *The Security of Freedom. Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*, University of Toronto Press, Toronto, 2001, p. 21. Dans la même direction, Giuseppe DE VERGOTTINI, « La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo », *Rassegna parlamentare*, 2004, p. 439; ID., « Il bilanciamento fra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo », in CSGEI, *Sicurezza: nuove frontiere*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 118.

¹⁵ Par exemple, voir le témoignage de Anne McLellan, Ministre de la Justice du Canada pendant l'automne 2001, qui fait référence à l'Acte antiterrorisme canadien : "...we saw neither the Act, nor any other of our measures, as being based upon the existence of an emergency, declared or not, and therefore temporary in nature. I do not think anyone saw then or sees now that the challenges presented by recent terrorist actions and strategies will be susceptible to either quick or simple solution. What we see may well be the 'new normal' » : Anne MCLELLAN, « The Challenges of Securing an Open Society », *Forum constitutionnel*, 2007, p. 1 (5).

¹⁶ Cette tendance a été renforcée surtout suite aux attentats de Londres du 7 juillet 2005, lorsque l'on a vérifié que le risque n'était pas seulement représenté par Al Qaeda, mais aussi par les terroristes autochtones : Clive WALKER, « Keeping Control of Terrorists Without Losing Control of Constitutionalism », *Stanford Law Review*, 2007, p. 1395, selon qui "two dynamics have affected patterns of terrorism and counter-terrorism. The first was identified from the outset and relates to the growing emphasis upon anticipatory risk. The second is the increasing threat of "neighbor" terrorism".

¹⁷ Michel ROSENFELD, « Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror », trad. it., « Judicial Balancing In "Times Of Stress". Le risposte di Stati Uniti, Gran Bretagna e Israele alla Guerra al terrore », in GROPPI (éd.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 121 s.

¹⁸ Johan STEYN, « Guantanamo Bay: The Legal Black Hole », *The International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 1.

¹⁹ David DYZENHAUS, « The Constitution of Legality », Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 3.

déterminent des solutions précipitées et pas suffisamment pondérées. La tentation de « gouverner par le crime » reste toujours actuelle²⁰.

La probabilité d'une réaction excessive du législateur dans la suite immédiate d'une attaque terroriste a été largement soulignée par la littérature sur la perception du risque, tout comme le danger que cela détermine une « tyrannie de la majorité »²¹, surtout quand l'on fait face à un phénomène attribuable à des minorités facilement identifiables, comme c'est le cas du terrorisme international.

Les dispositions normatives adoptées par presque tous les systèmes démocratiques au lendemain du 11 septembre 2001 sont pour la plus part semblables²² et se fondent sur des aspects tels que la détention indéfinie des suspects de terrorisme, la limitation de l'intimité, le recours massif aux expulsions des étrangers soupçonnés de terrorisme, l'affaiblissement des garanties juridictionnelles. En tout cas, on a attribué un rôle privilégié au pouvoir exécutif, qui a été considéré le pouvoir le plus apte à affronter les nouveaux risques, le seul pouvant disposer des renseignements sur lesquels fonder une action préventive efficace²³, grâce à l'*intelligence* ; dans ce domaine, le principe du secret d'État, aussi bien que l'importance accordée aux experts d'antiterrorismes, surtout aux services d'intelligence, ont représenté autant d'ultérieurs défis à l'État de droit.

3. Face à un rôle pareil attribué aux pouvoirs politiques, quelle est la place pour ces institutions typiquement contre-majoritaires que sont les juges?

Ils sont chargés de deux types d'interventions, opérant sur deux niveaux différents de légalité.

Il existe un premier niveau : il appartient aux juges le contrôle constitutionnel des mesures législatives antiterrorisme, qui est confié aux Cours constitutionnelles ou bien, en dernière instance,

²⁰ Voir Kent ROACH, *September 11: Consequences for Canada*, Mc Gill-Queen's University Press, Montreal-Kingston, 2003, p. 24.

²¹ Victor Vridar RAMRAJ, « Terrorism, risk perception and judicial review », in RAMRAJ / HOR / ROACH, *Global Anti-terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 113 s.

²² On peut trouver une synthèse dans le numéro spécial du *Singapore Journal of legal Studies* (2002). Sur la circulation des solutions législatives en matière de anti-terrorisme, voir Kent ROACH, « Sources and Trends in Post 9/11 Anti-Terrorism Laws », in LAZURUS / GOOLD (éds.), *Human Rights and Security*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 227 s.; ID., « The post 9/11 Migration of Britain's Terrorism Act, 2000 », in Sujit CHOUDHRY (éd.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 374 s.; Kim Lane SCHEPPELE, « The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency », *ivi*, p. 347 s. Au contraire, on a bien souligné que la rapidité des décisions a empêché un véritable dialogue entre les législateurs: Daphne BARAK-ÉREZ, « An International Community of Legislatures? », in BAUMAN / KAHANA, *The least examined branch. The role of legislatures in the Constitutional State*, University Press, Cambridge, 2006, p. 542 s. Au sujet de l'influence du droit international sur les solutions nationales, voir Erling HUSABO / Ingvild BRUCE, *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation, Security Council Resolution 1373, the EU Framework Decision on Combating Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Criminal Law*, M. Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

²³ Dans la doctrine, on a souligné aussi le rôle central du gouvernement: Eric POSNER / Adrian VERMEULE, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

aux Cours suprêmes, avec des pouvoirs de contrôle de constitutionnalité dans les systèmes diffus de justice constitutionnelle. À cet égard il faut distinguer entre systèmes doués de « *strong* » ou de « *weak judicial review* »²⁴, même si l'on a déjà fait remarquer que, face à des crises terroristes graves, cette différence ne comporterait pas de conséquences substantielles²⁵; cela, parce que mêmes dans les systèmes caractérisés par un « *strong judicial review* », il faut considérer la tendance des Cours à ne pas aboutir à des décisions d'inconstitutionnalité, mais d'ouvrir quand même un dialogue avec le législateur, tout comme ce qu'il arrive, d'une façon formalisée, dans les « *weak systems* »²⁶.

De plus, il existe un deuxième niveau : il appartient au pouvoir judiciaire d'intervenir sur chaque décision, normalement remise au gouvernement, au sujet de la limitation des droits. En particulier, l'évolution de la législation antiterrorisme dans les années récentes, même sous la poussée de décisions judiciaires de « premier niveau », semble avoir entamé une nouvelle phase où le pouvoir judiciaire, ou bien d'autres instances indépendantes, sont de plus en plus insérés dans les procédés de limitation des droits : la prétention de l'incontestabilité absolue des décisions politiques est terminée et l'on assiste à une tentative de « impliquer » les Cours, au but pas trop caché de donner légitimité, sur le plan des principes de l'état de droit, aux mesures adoptées par les gouvernements²⁷.

²⁴ Par cette distinction l'on fait référence à la possibilité institutionnelle que certains systèmes offrent au législateur de surpasser, à certaines conditions, des décisions d'inconstitutionnalité sans devoir recourir à la réforme constitutionnelle : voir Mark TUSHNET, « Alternative Forms of Judicial Review », *Michigan Law Review*, 2003, p. 2781 s.

²⁵ Tom CAMELL, *Emergencies Strategies for prescriptive legal positivists: anti-terrorist law and legal theory*, in RAMRAJ, cit., p. 220.

²⁶ Sur la tendance des Cours à ouvrir un dialogue avec le législateur et le gouvernement, voir Eyal BENVENISTI, « Reclaiming Democracy », cit., p. 256; voir aussi Kent ROACH, « The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Law », *Windsor Review of Legal and Social Issues*, 2008, p. 5.

²⁷ Voir Thomas POOLE, « Courts and Conditions of Uncertainty in "Times of Crisis" », *Public Law*, 2008, p. 253. Le *dissent* des juges Kirby et Hayne dans la décision *Thomas v. Mowbray* [2007] HCA 33 de la High Court australienne, qui contestait l'attribution au pouvoir judiciaire, de la part de l'Anti-Terrorism Act (n. 2) du 2005, de la compétence à adopter des ordres de contrôle par rapport à des sujets suspects de terrorisme, ne pas s'agissant d'une activité judiciaire et comportant, pour cette raison, le violation du *Chapter III* de la Constitution australienne, doit-il être interprété au sens d'un refus de l'implication du pouvoir judiciaire dans la "ratification" de décisions prises par le pouvoir exécutif, ratification qui ne pourrait pas assumer du caractère juridictionnel, du moment où "the prediction of dangers to the public is incapable of judicial evaluation". Selon Kirby, par. 370, "The exercise of serious powers affecting individual liberty by judges is indeed ordinarily a good thing and sometimes it is constitutionally obligatory. But it becomes a bad thing if the powers are granted in vague and inappropriate terms, for that engages judges in the exercise of powers that are in truth unbridled discretions, governed by the most nebulous of criteria. And it is a very bad thing if the judge concerned is required to act in exceptional ways in private and subject to constraints not normal or proper to the judicial office. These are consequences against which the federal separation of powers doctrine stands guard in Australia". Au dessous de cette position il y a la conviction que le Cours ne doivent pas être impliquées dans des "exercises of anticipatory risk assessment", en raison de leur "institutional incapability in the national security area". Cet aspect est particulièrement analysé par Hayne dans son *dissent*, par. 510: "The desirability of keeping intelligence material secret is self-evident. Often it will be essential. But the problem presented by the use of intelligence material is more deep-rooted than any question of preserving secrecy. Even if taking steps to secure the continuing secrecy of intelligence material is, or can be made, consistent with the generally open and adversarial nature of litigation in the courts, it is the nature of the material to be considered that presents issues of a kind not suited to judicial determination. In particular, by its very nature, intelligence material will often require evaluative judgments to be made about the weight to be given

Le rôle du judiciaire s'avère problématique sur les deux niveaux, qui posent des défis analogues : d'un côté les juges sont appelés à protéger les droits de minorités impopulaires devant une opinion publique effrayée, disposée à identifier l'ennemi dans l'étranger de foi islamiste et souvent favorable aux mesures de limitation des droits, voulues par les gouvernements au nom de la sécurité ; d'autre côté, dès que la sécurité publique est impliquée, il s'agit de prendre des décisions demandant une série d'évaluations sur les choix des gouvernements qui doivent être soutenues par des éléments de connaissance souvent couverts par le secret et qui, en tout cas, ne sont pas aptes à être discutées dans les salles des tribunaux²⁸.

Ces argumentations ont provoqué un certain scepticisme – sinon une hostilité ouverte²⁹ – au sujet de la capacité pratique des Cours de constituer des remparts valides pour la garantie des droits en matière de législation antiterrorisme ; ce même scepticisme est également soutenu par le souvenir de l'expérience du passé³⁰. Plusieurs auteurs ont fait remarquer la déférence des Cours en temps d'urgence à l'égard du pouvoir politique, en citant les exemples de célèbres affaires américains et britanniques remontant à la Seconde guerre mondiale et à la guerre froide³¹ ; au

to diffuse, fragmentary and even conflicting pieces of intelligence. Those are judgments of a kind very different from those ordinarily made by courts.”

²⁸ En particulier ce deuxième argument, dans son acception “le gouvernement est l'organe le plus indiqué pour adopter les décisions nécessaires à faire face aux émergences”, est-il souvent adopté par les Cours mêmes à fin de justifier le recul qu'elles prennent au sujet du contrôle des décisions politiques ; ainsi, p. ex., la *opinion* de Lord Hoffman dans son postscriptum à la décision prise à l'occasion du *Rehman Case* [2001] UKHL 47, qui sera cité plus tard dans ce même texte.

²⁹ Voir Richard POSNER, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 18, selon lequel “most judges know little about national security; the danger of catastrophic terrorism is real; and a constitutional decision forbidding a counterterrorist measure is almost impossible to change. It is better to leave these matters to be sorted out by the executive and legislative branches of government, where the relevant expertise resides”. A cet égard, voir p. ex. le *dissent* du Justice Thomas dans le cas *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), rappelant les mots du Justice Jackson dans *Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman S. S. Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948): “First, with respect to certain decisions relating to national security and foreign affairs, the courts simply lack the relevant information and expertise to second-guess determinations made by the President based on information properly withheld. Second, even if the courts could compel the Executive to produce the necessary information, such decisions are simply not amenable to judicial determination because “[t]hey are delicate, complex, and involve large elements of prophecy.” *Ibid.* Third, the Court in *Chicago & Southern Air Lines* and elsewhere has correctly recognized the primacy of the political branches in the foreign-affairs and national-security contexts”. Ou encore la position du Chief Justice Roberts dans le cas *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. _ (2008), où la question se pose de qui puisse être tenu pour “gagnant” après une décision pareille, à laquelle il répond : “not the rule of law, unless by that is meant the rule of lawyers, who will now arguably have a greater role than military and intelligence officials in shaping policy for alien enemy combatants. And certainly not the American people, who today lose a bit more control over the conduct of this Nation's foreign policy to unelected, politically unaccountable judges”.

³⁰ Voir Bruce ACKERMAN, *Before the next attack*, Yale University Press, New Haven, 2006, p. 3: “The courts haven't protected us in the past, and they will do worst in the future”. D'une façon analogue, Oren GROSS, « Chaos and Rules: Should responses to Violent Crises Always be Constitutional », *Yale Law Journal*, 2003, p. 1011 (1034): “in states of emergency, national courts assume a highly deferential attitude when called upon to review government actions and decisions. Both domestic and international courts share this systematic failure”.

³¹ Voir *Liversidge v. Anderson* [1942] AC 206 (HL); *Korematsu v. United States* 323 US 214 (1944). Plus récemment, cette-ci est l'attitude de la *House of Lords* dans le cas *Rehman: Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47, *infra* dans ce même texte. Sur ces décisions Eyal BENVENISTI, « National Courts and the “War on Terrorism” » in BIANCHI (éd.), *International Law and Terrorism*, Hart, Oxford, 2004, p. 309 s. Au contraire, John IP, «

contraire, le rares occasions pendant lesquelles les Cours ont montré une remarquable capacité de décision et d'indépendance par rapport au pouvoir politique sont considérées de lumineuses, mais rares, exceptions³².

Pour quelques auteurs, ce point de vue se conjugue avec les craintes inspirées par une « normalisation de l'urgence » qui les incite à préférer un système d'interventions extraordinaires, géré par le gouvernement, restant en dehors de la règle juridique, sauf être soumis à une ratification démocratique, *a posteriori*, par la voie parlementaire : faute de cette ratification, des mécanismes de responsabilité s'appliqueraient aux sujets qui aient improprement adopté des décisions d'urgence. De telle manière, les Cours éviteraient de se faire « complices » du système, en offrant celle qui ne serait qu'une apparence de protection juridique, compte tenu de leur inaptitude à accomplir un véritable contrôle³³. Par contre, d'autres auteurs soulignent la nécessité de préserver en tout cas l'état de droit, en laissant aux Cours le dernier mot en matière d'antiterrorisme, à travers le contrôle de constitutionnalité des mesures adoptées par les pouvoirs politiques. D'ailleurs, ce n'est qu'en assumant cette position que les juges n'abdiqueraient pas leur rôle, notamment la défense des droits fondamentaux³⁴.

Les juges pourraient fournir des réponses plus équilibrées, par rapport soit aux politiciens, soit aux experts. Ils seraient moins sensibles au pathos et à l'émotivité qui conditionnent remarquablement les politiciens, toujours en quête du consentement de l'électorat ; ils disposeraient, par rapport aux experts de la sécurité, des instruments pour mieux évaluer les solutions antiterroristes choisies, dès qu'ils sont appelés à défendre une pluralité de valeurs, parmi lesquels, bien sûr, la sécurité, qui n'est pourtant pas leur référence unique³⁵. De telle manière les Cours peuvent représenter un rempart, une « île de la raison », face à des politiques essentiellement

Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected », *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2006-2007, p. 885, présente un cadre plus flou de la position des Cours face aux émergences passées.

³² C'est bien le cas de la décision de la *High Court* australienne *Australian Communist Party v. Commonwealth*, (1951) 83 CLR 1 (*Communist Party Case*), dont David DYZENHAUS, « The Constitution of Law », cit., p. 72 s., ou encore de la décision de la Cour suprême de Singapour dans l'affaire *Chng Suan Tze v. Minister of Home Affairs* [1988] SLR 132; si l'on veut remonter encore plus loin dans le temps, voir la Cour suprême des Etats Unis in *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866).

³³ Celle-ci est la position de Oren Gross, plusieurs fois répétée à l'occasion de nombreuses interventions. Voir p. ex. Oren GROSS, « Extra-legality and the ethic of political responsibility », in Victor Vridar RAMRAJ (éd.), *Emergencies and the limits of legality*, Cambridge, p. 33 s. (aussi bien que la position de Kirby dans de *dissent* australien sur le cas *Thomas* déjà cité).

³⁴ C'est bien celle-ci une des position soutenues plusieurs fois par David Dyzenhaus, à l'occasion d'un débat très serré avec Gross, particulièrement dans *The Constitution of Legality*, cit., p. 19. Dans la doctrine italienne, voir Paolo BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 32 s.

³⁵ Victor Vridar RAMRAJ, « Terrorism, risk perception and judicial review », cit., p. 119. John IP, « Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected », cit., p. 869. D'autre part, les fautes dans les quelles l'*intelligence* peut tomber ont été diffusément témoignées dans la période suivant le 11 septembre par les cas Arar au Canada e Haneef en Australie : voir à ce sujet l'affirmation du *former Chief Justice* de la *High Court of Australia*, Michael Kirby: "the world of intelligence and surveillance, and of executive government action, can often make mistakes" : Michael KIRBY, « Judicial review in a time of terrorism. Business as usual », *South African Journal of Human Rights*, 2006, p. 45.

motivées par la peur. De ce point de vue, le contrôle judiciaire, voire la seule possibilité qu'il se met en marche³⁶, peut servir de contrepoids aux pouvoirs politiques pour assurer que la décision de limiter les droits ne soit pas prise à la légère, sous l'impulsion de l'émotion et de la peur.

En plus, surtout dans les systèmes juridiques où le procès judiciaire est ouvert à la généralité des sujets intéressés, les Cours peuvent représenter un forum où les gouvernements sont appelés à présenter des données et où ils peuvent défendre et justifier des politiques qui interfèrent avec les droits de liberté en forme publique, comme dans le Parlement, mais d'une façon beaucoup plus concrète, ce qui peut stimuler le débat public et fournir aux groupes de défense de droits de l'homme les instruments pour critiquer sur le terrain concret les décisions politiques en matière d'antiterrorisme.

D'autre part, même les partisans d'une attitude « non déférente » des Cours en matière d'urgence ne cachent pas les difficultés inhérentes le contrôle des décisions antiterrorisme, non seulement parce que il faut souvent accéder à des informations secrètes, qui ne peuvent pas être communiqués à l'opinion publique au risque de graves dangers pour la sécurité de l'État et de ses agents, mais surtout parce que les juges ne disposent pas des instruments pour vérifier l'exactitude de ces mêmes informations³⁷. Ils se trouvent donc dans l'impossibilité de vérifier pleinement le caractère raisonnable et la proportionnalité de la limitation des droits, se devant baser – beaucoup plus de ce qui se passe en d'autres domaines – sur des données fournies, en fait, par le pouvoir exécutif³⁸. De tout cela découlent la particularité de la matière, aussi bien que la nécessité des Cours, qui veillent quand même tenir une place et ne pas abdiquer leur rôle, de développer leur propre dose de créativité jurisprudentielle³⁹.

4. Partout dans le monde, l'examen de la jurisprudence suivante au 11 septembre 2001 démontre une capacité spectaculaire et presque inattendue des Cours, notamment les Cours suprêmes et les Cours constitutionnelles, de faire face aux nouveaux défis. Une fois délaissée leur ancienne déférence pour le pouvoir politique, face aux situations d'urgence, les Cours ont démontré d'être en mesure d'influer sur les politiques concernant la lutte au terrorisme international : bon gré mal gré, en adoptant les décisions en cette matière les gouvernements ont été appelés à considérer

³⁶ Aharon BARAK, « Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy », *Harvard Law Review*, 2003, p. 116 (159).

³⁷ Il s'agit de décisions qui sont fondées sur "intelligence rather than evidence", voir Clive WALKER, « Keeping Control of Terrorists Without Losing Control of Constitutionalism », cit., p. 1402.

³⁸ Thomas POOLE, « Courts and Conditions of Uncertainty in "Times of Crisis" », cit., p. 254. Très intéressantes à cet égard sont les deux différentes positions concernant la *justiciability* des *control orders* se faisant face au sein de la High Court australienne à l'occasion du cas *Thomas v. Mowbray* déjà cité.

³⁹ David Dyzenhaus s'adresse à cette dose nécessaire de créativité dans plusieurs de ses interventions ; voir également Thomas POOLE, « Courts and Conditions of Uncertainty in "Times of Crisis" », cit., p. 259.

les exigences de tutelle des droits que les juges ont fait valoir et, en conséquence, ils ont progressivement modifié les mesures premièrement adoptées⁴⁰.

Il s'agit là d'une tendance difficilement imaginable dès le début, compte tenu de la teneur de la première décision après le 11 septembre 2001, émise par la *House of Lords* dans l'affaire *Rehman*.⁴¹ Cet arrêt, adopté avant le 11 septembre, mais déposé juste un mois après, le 11 octobre, visait à l'expulsion, sur la base de la législation sur l'immigration, d'un citoyen pakistanais qui était considéré dangereux pour la sécurité nationale ; Lord Hoffman avait donc ajouté à son *opinion* un post-scriptum devenu désormais célèbre :

« J'ai écrit cette opinion environ trois mois avant les événements récents à New York et à Washington. Ils sont un rappel au fait qu'en matière de sécurité nationale, le prix d'une défaillance peut être élevé. Ceci me paraît mettre en évidence la nécessité que le pouvoir judiciaire respecte les décisions des ministres de la Couronne sur la question portant sur le soutien des activités terroristes dans un pays étranger, notamment s'il représente oui ou non une menace pour la sécurité nationale. Il ne s'agit pas seulement du fait que le gouvernement a accès à des informations particulières et à l'expertise dans ces matières. *C'est également que des décisions pareilles, avec des conséquences potentiellement lourdes pour la communauté, exigent-t-elles une légitimité qui ne peut être conférée qu'aux personnes chargées de la communauté à travers le processus démocratique.* Si le peuple doit accepter les conséquences de telles décisions, elles doivent être prises par ceux que le peuple a élu et qu'il peut révoquer de leur charge » (l'italique est à nous)⁴².

À partir de cela, les premiers commentateurs⁴³ avaient exprimé des craintes, auxquelles on a déjà fait référence, au sujet de la position des Cours. En effet, devant la nouvelle urgence globale, elles auraient pu adopter la même attitude suivie dans le passé, surtout dans le monde anglo-saxon, face à d'urgences telles que la Seconde guerre mondiale ou la lutte au communisme, en suivant le principe *inter arma silent leges* qui avait été rappelé avec une vigueur renouvelée par le *Chief Justice* de la Cour suprême des États-Unis d'alors, M. Rehnquist, quelques années auparavant⁴⁴.

Dans ce contexte, la première décision sur le terrorisme adoptée après le 11 septembre 2001, prise en 2002 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh*⁴⁵, n'avait non plus semblé un valable argument à l'appui d'une nouvelle tendance⁴⁶, du moment où elle limitait la possibilité

⁴⁰ Sur cette jurisprudence, tout en soulignant son bas niveau de déférence à l'égard du pouvoir politique, voir Eyal BENVENISTI « United we stand: national courts reviewing Counterterrorism measures », in BIANCHI / KELLER (éds.), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 250 s., Iain SCOBIE, « "The Last Refuge of Tyrant"? Judicial deference to Executive Actions in Time of "Terror" », in BIANCHI / KELLER (éds.), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 277.

⁴¹ *Secretary of State For The Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47.

⁴² Par. 62. Dans cette même décisions, Lord Steyn avait ajouté que "the tragic events of 11 September 2001 in New York reinforce compellingly that no other approach is possible" (par. 29).

⁴³ Eyal BENVENISTI, « National Courts and the "War on Terrorism" », cit., p. 307

⁴⁴ William H. REHNQUIST, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, Knopf, New York, 1998, p. 222. Dans les mêmes années, il avait soutenu dans un discours qu'il faut accepter "the proposition that, though the laws are not silent in wartime, they speak with a muted voice" : discours au Dickinson College of Law, Pennsylvania State University, 12 novembre 1999, cité par Michael DOBBS, *Saboteurs: The Nazi Raid on America*, Knopf, New York, 2004, p. 270.

⁴⁵ *Suresh v. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.

⁴⁶ Dans ce sens, encore Eyal BENVENISTI, « Reclaiming Democracy », cit., p. 255, qui cite Kent ROACH, « Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain », *Cardozo Law Review*, 2006, p. 2151 (2194). Voir également, de façon critique, John IP, « Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected », cit., p. 804. Voir aussi James STRIBOPOULOS, « Charkaoui : Beyond

d'expulser un suspect de terrorisme vers un pays où il aurait risqué d'être soumis à la torture, tout en ne l'excluant non plus face à des circonstances exceptionnelles, compte tenu de la nécessité de « balancer d'un côté l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme et, de l'autre, le droit d'un réfugié à ne pas être expulsé vers un pays où il risquerait la torture »⁴⁷.

Dans la première période, face à un état d'urgence prolongé, le seul exemple remarquable de Cour faisant éprouver de quelque indépendance du pouvoir politique restait celui de la Cour suprême d'Israël, qui n'avait pas refusé de contrôler une série de décisions soit du gouvernement, soit des autorités militaires, visant à la défense de l'État⁴⁸. En particulier, dans un célèbre arrêt de 1999, la Cour avait établi l'illégalité de l'adoption de la torture⁴⁹. Dans cet arrêt, la Cour, représentée par son président Aharon Barak, avait exprimé la claire conscience de la difficulté de son devoir :

« Nous nous rendons compte que cette décision simplifie le traitement de cette réalité. Tel est le destin d'une démocratie : dans un régime démocratique, la fin ne justifie pas tous les moyens et il n'est pas possible non plus de recourir à toutes les méthodes utilisées par l'ennemi. Il arrive parfois qu'une démocratie doive se battre en ayant une main attachée derrière le dos. Elle est néanmoins en position de force. Le maintien de la primauté du droit et la reconnaissance des libertés individuelles représentent un aspect important de sa conception de la sécurité. En définitive, ils accroissent son enthousiasme et son dynamisme et lui permettent de venir à bout de ses difficultés. »⁵⁰

D'autre côté, plus tard, après 2004, et notamment dès que l'on a commencé à soumettre aux Cours de véritables mesures antiterrorisme adoptées comme réponse aux événements de 11 septembre, il a été évident que l'on n'était plus confrontés à cette déférence traditionnelle que le pouvoir judiciaire avait si souvent montrée à l'égard du pouvoir politique pendant des situations d'urgence. Une telle observation ne peut être invalidée non plus par le constat que ces décisions sont intervenues quelques années après les épisodes les plus sanglants, tout en suivant de cette manière une attitude surligné aussi à l'égard des urgences précédentes. On avait déjà fait remarquer que l'état de droit reprenait son cours, y compris le contrôle judiciaire des décisions politiques, dès

Anti-Terrorism, Procedural Fairness and Section 7 of the Charter », *Forum constitutionnel*, 2007, p. 15, selon qui cet arrêt « represent the first time since September 11, 2001 that the Supreme Court has delivered a defeat to the government in his antiterrorism efforts. Until Charkaoui the Court has shown much deference toward the government in this sensitive area ».

⁴⁷ Voir *Suresh v. Canada*, cit., par. 129: « Nous concluons que, règle générale, lorsqu'il existe des motifs de croire que l'expulsion d'un réfugié lui fera courir un risque sérieux de torture, son expulsion est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité du réfugié que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Cela dit, nous n'écartons pas la possibilité que, dans un cas exceptionnel, son expulsion puisse se justifier soit dans le cadre de la pondération effectuée en application de l'art. 7, soit au regard de l'article premier de la *Charte* ».

⁴⁸ Eyal Benvenisti, « National Courts and the "War on Terrorism" », cit., p. 318. Yigal MERSEL, « Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary During the Terror Era », *Journal of International Law and Politics*, 2005, p. 67; Daphne BARAK-EREZ, « The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 611.

⁴⁹ HCJ 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel* P.D. 53(4) 817 (1999).

⁵⁰ Par. 64.

que le moment crucial était passé⁵¹. En effet, le laps de temps écoulé doit être mis en relation avec la lenteur inévitable du contrôle judiciaire, qui demande l'application préalable de la législation et l'instauration de controverses concrètes, à l'intérieur desquelles des problèmes de constitutionnalité puissent trouver leur place, sauf dans des pays comme la France, où l'on prévoit un jugement préventif de constitutionnalité, ou bien un recours abstrait, à exécuter peu après l'entrée en vigueur de la loi⁵². De toute manière, on ne peut non plus nier qu'en beaucoup d'occasions l'attitude initiale des Cours inférieures a été très prudente (voir à cet égard les exemples des États-Unis et du Royaume-Uni), au point qu'il a fallu que les problèmes atteignent les Cours suprêmes pour obtenir des prononciations plus courageuses⁵³.

On pourrait fournir plusieurs arguments pour expliquer la nouvelle attitude des juges, au moins dans les juridictions supérieures. L'exemple apparemment le plus convainquant fait référence au caractère spécial de l'urgence dans la lutte au terrorisme, en tant que « urgence permanente » qui n'est pas destinée à s'épuiser dans une courte période⁵⁴. Ce caractère a bien été considéré par les législateurs et les gouvernements, qui ont souvent introduit de mesures permanentes, visant à modifier la législation pénale avec l'introduction de nouveaux crimes, de nouvelles mesures préventives telles que la garde à vue, de nouvelles techniques d'investigation et de nouveaux procédés judiciaires. Sauf quelques exemples, on n'a pas introduit des « *sunset clauses* », c'est à dire des clauses adressés à délimiter l'efficacité dans les temps des nouvelles normes. Face au caractère permanent de l'urgence et des conséquentes réponses politiques visant, comme on l'a déjà dit, la « banalisation de l'urgence », une réaction des juges pareille à celle des époques passées aurait tout simplement représenté l'abdication du rôle du judiciaire et la fin de l'État de droit. Puisque la préoccupation principale du pouvoir judiciaire est celle de préserver sa propre légitimité, l'état d'« urgence permanente » imposait donc l'exercice de son rôle de contre-pouvoir, pour ne pas rendre totalement vaine la raison d'être même des Cours : devant une éventualité pareille, la

⁵¹ Voir. John IP, « Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected », cit., p. 885.

⁵² A l'égard de la France, il faut remarquer que la loi antiterrorisme du 15 novembre 2001 n'avait pas été déférée au Conseil constitutionnel : « le traumatisme causé par les attentats du 11 septembre, à la suite desquels elle est intervenue, et le caractère consensuel des dispositions adoptées, expliquent l'absence de saisine » (Pierre MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », 2006, www.conseil-constitutionnel.fr).

⁵³ Sur la tendance des Cours inférieures à une plus grande déférence vers le pouvoir exécutif, voir p. ex. Cass R. SUNSTEIN, « National Security, Liberty, and the D.C. Circuit », *The George Washington Law Review*, 2005, p. 693 en ce qui concerne l'expérience aux États Unis. D'une façon générale, dans ce même sens voir John IP, « Comparative Perspectives on detection of terrorist suspected », cit., p. 856.

⁵⁴ Eyal BENVENISTI, « National Courts and the “War on Terrorism” », cit., 318 et ID., « United we stand », cit., p. 269. Voir la *opinion* de majorité du Justice Kennedy dans le cas *Boumediene v. Bush*, par. VI.B: “Because our Nation’s past military conflicts have been of limited duration, it has been possible to leave the outer boundaries of war powers undefined. If, as some fear, terrorism continues to pose dangerous threats to us for years to come, the Court might not have this luxury. This result is not inevitable, however. The political branches, consistent with their independent obligations to interpret and uphold the Constitution, can engage in a genuine debate about how best to preserve constitutional values while protecting the Nation from terrorism”.

possibilité de collision avec les majorités politiques ou bien les désirs les plus profonds de l'opinion publique était le moindre mal⁵⁵.

La position institutionnelle des juges dans l'Etat constitutionnel est donc à l'origine de l'élément principal de la convergence des jurisprudences, à savoir du refus de croire que les problèmes soumis aux Cours sont non justiciables, ou bien politiques, ou encore remis au pouvoir discrétionnaire de l'exécutif ou du législatif, aussi bien qu'à l'origine de leur volonté de s'engager dans un délicat contrôle de proportionnalité au niveau des décisions adoptées par les gouvernements et les parlements, au nom de la garantie des droits et des libertés⁵⁶.

D'autres explications semblent ne pas s'adapter à la jurisprudence sur les mesures antiterrorisme : par exemple, celle qui fait référence à l'existence d'une impulsion en cette direction de la part du droit international, selon laquelle l'exigence de fournir de toute manière une réponse judiciaire au niveau national viserait à éviter des condamnations beaucoup plus graves émises par les Cours transnationales. Tout en se limitant au contexte européen, ni la Cour de justice de l'Union européenne, ni la Cour européenne des Droits de l'Homme n'ont montré un activisme particulier à cet égard. Surtout la dernière a souvent fait prévaloir la doctrine du marge d'appréciation, en accordant donc beaucoup de place aux solutions nationales⁵⁷, avec peu d'exceptions, pourtant d'un certain relief⁵⁸.

5. Si l'on regarde, ce qui est pourtant impossible dans ce même rapport, aux principales arrêts rendus par les Cours suprêmes ou constitutionnelles après le 11 septembre 2001, à partir de ceux de la Cour suprême des États-Unis concernant les détenus de Guantanamo (notamment *Rasul* et *Hamdi*), aussi bien que celui de la *House of Lords* dans l'affaire *Belmarsh*, tous de 2004, en poursuivant par les arrêts rendus par les Cours suprêmes de l'Inde, de la Nouvelle Zélande, d'Israël,

⁵⁵ Dans le sens que, comme le terrorisme représente « une atteinte si violente à l'ordre public et appelle une réaction si forte de la part des pouvoirs publics ... les risques de compromettre l'exercice des libertés fondamentales s'en trouvent accrus », raison pour laquelle « le contrôle de constitutionnalité doit se faire, par conséquent, particulièrement aigu », voir Pierre MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », cit., p. 1.

⁵⁶ Dans ce sens David D. COLE, « Rights over Borders: Transnational Constitutionalism and Guantanamo Bay », *Cato Supreme Court Review*, 2007-2008, p. 51, lors de son commentaire à la sentence Boumediene, par laquelle, à son avis, la Cour suprême des Etats Unis rentre dans le "important transnational trend of recent years, in which courts of last resort played an increasingly aggressive role in reviewing (and invalidating) security measures that trench on individual rights".

⁵⁷ V. Stefan SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution*, Hart Publishers, Oxford, 2008.

⁵⁸ Cfr. le cas *Chahal v. United Kingdom*, 1996-V 1831; (1997) 23 EHRR 413, repris récemment dans *Saadi v. Italy*, ric. n. 37201/06, Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, 28 février 2008, e in *Ben Khemais v. Italy*, ric. n. 246/07, Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, 24 février 2009.

de la *High Court* australienne, du Tribunal constitutionnel allemand et du Conseil constitutionnel français, la convergence des jurisprudences est indéniable⁵⁹.

Ce n'est pas seulement question de la justiciabilité : les différentes juridictions examinées ont adopté des solutions semblables sur plusieurs sujets, comme la détention indéfinie de terroristes suspects, l'expulsion vers des pays où ils risqueraient d'être soumis à des traitements inhumains et dégradants, l'usage des preuves obtenues par la torture, les ordres de control, l'interception des communications et, plus en général, les instruments d'investigation nécessaires à la lutte au terrorisme, les règles procédurales à utiliser pour permettre le droit de défense des accusés même en présence d'informations secrètes, l'*habeas corpus* ; toutes les solutions visent la limitation du pouvoir discrétionnaire des gouvernements et le rejet des justifications fondées sur le caractère exceptionnel de la menace terroriste.

L'existence d'une sensibilité partagée entre les juges des juridictions supérieures au sujet de cette matière est témoignée aussi par de nombreuses interventions extrajudiciaires rappelant les positions assumées par les juges d'autres juridictions, à travers soit des sentences, soit des discours et des articles, avec abondance d'arguments: pour faire un exemple, dans ce contexte les citations des opinions et des articles du *Chief Justice* d'Israël, Aharon Barak, sont très fréquentes⁶⁰.

Une fois vérifiée la convergence des jurisprudences, il reste néanmoins encore à vérifier le rôle joué dans ce procès par la circulation des précédents jurisprudentiels. Quelques auteurs envisagent une réaction coordonnée de la part d'un groupe de Cours nationales aux politiques coordonnées d'antiterrorisme des leurs gouvernements nationaux – (« *coordinated response on the part of a group of National courts to the coordinated counterterrorism policies of their National governments* »)⁶¹.

⁵⁹ Il y en a quand même beaucoup d'autres qui mériteraient d'être rappelées ici, voir p. ex. la sentence de la Court constitutionnelle indonésienne du 23 juillet 2004 déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi pénale rétroactive introduite par une loi spéciale émise six jours après les attentats de Bali du 13 octobre 2002 (la traduction anglaise de l'arrêt a été publiée sur *Asian Law*, 2004, n. 6, p. 166 s.) ; la décision fut adoptée par une majorité restreinte, là où l'opinion contraire visait à justifier la rétroactivité en raison de l'exceptionnalité des événements. Ou encore l'arrêt de la High Court de Hong Kong du 9 février 2006 *Leung Kwok Hung v. HKSAR*, HCAL 107/2005, qui déclarait l'inconstitutionnalité de la législation autorisant les interceptions et la surveillance dans le cadre de la lutte au terrorisme international, étant donné qu'elle conférerait trop de pouvoirs à l'exécutif, tout en violant le droit à la *privacy* assuré par la *Basic Law*.

⁶⁰ Pour avoir quelques exemples de cette sensibilité, voir p. ex. Ruth BADER GINSBURG, « A Decent Respect to the Opinions of Humankind : The Value of Comparative Perspective in Constitutional Adjudication », *Saint Louis University Public Law Review*, 2007, p. 187, qui analyse le cas *Belmarsh* ; ou encore l'intervention du Chief Justice australien Michael KIRBY, « Judicial Review in a time of terrorism », cit., p. 21, à laquelle on a déjà fait référence, qui cite justement A. Barak. Ou, encore, l'article déjà cité du Président du Conseil constitutionnel français, Pierre Mazeaud, ou bien l'article du juge de la Cour fédérale du Canada Edmond P. BLANCHARD, « The role of the Federal Court in National Security Issues : Balancing the Charter Against Anti-Terrorism Measures », *Forum constitutionnel*, 2009, p. 37.

⁶¹ Eyal BENVENISTI, « United we stand », cit., p. 255.

Le point de départ pour vérifier la réalité d'une hypothèse pareille est représenté par les considérations initiales concernant la circulation des précédents étrangers à l'époque actuelle⁶².

On a déjà dit qu'il s'agit là d'un phénomène en croissante expansion, surtout face à une facilité majeure concernant l'accès aux décisions prises par d'autres juridictions, grâce à l'emploi des moyens informatiques⁶³. Sans aucun doute il existe de terrains particulièrement favorables pour telle circulation, parmi lesquels se placent les mesures antiterrorisme : il s'agit en effet d'un secteur dont la nécessité objective de coordination des politiques dérive du caractère global du phénomène et se traduit soit dans l'adoption des décisions des organisations internationales, soit dans le développement de relations intergouvernementales. Les deux aspects pèsent donc au niveau national, en déterminant le plus souvent d'analogues solutions normatives. En plus, en matière de droits fondamentaux de première génération, à savoir les droits les plus touchés par les mesures antiterrorisme, les dispositions constitutionnelles utilisées en tant que critères de contrôle de constitutionnalité sont très proches.

Néanmoins, l'examen du texte des décisions ne semble pas montrer une propension pour la citation des précédents étrangers qui soit plus accentué de celui pour d'autres domaines.

On est bien conscients que la citation explicite n'est qu'un des symptômes de la circulation des jurisprudences et qu'il existe des influences implicites, à savoir des formes de circulation souterraine, très difficile à vérifier, qui sont produites par une « circulation » juridique de plus en plus intense, même grâce à l'évolution des technologies informatiques, au développement des contacts personnels et, plus en général, à la formation des juristes⁶⁴. De telles influences, qui ne sont pas explicitées par les décisions, sont presque impossibles à retrouver : des études approfondies de la jurisprudence de chaque pays, réalisées à travers la lecture directe de toute la jurisprudence, aussi bien que des résultats de questionnaires et d'interviews faites aux juges, pourraient seules fournir quelques indications⁶⁵.

On est également conscients que le recours explicite à la citation de précédents étrangers est peu fréquent dans les systèmes juridiques de *civil law*, comme conséquence d'une tradition

⁶² On peut voir, plus diffusément, Tania GROPPi, « A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies », *Supreme Court Law Review*, 2007, p. 337.

⁶³ Un rappel à ce phénomène, avec des citations tirées de la doctrine et de la jurisprudence, se trouve dans la *dissenting opinion* de Kirby concernant l'affaire *Al-Kateb v. Godwin* [2004] HCA 37, par. 185: "The willingness of national constitutional courts to look outside their own domestic legal traditions to the elaboration of international, regional and other bodies represents a paradigm shift that has happened in municipal law in recent years. There are many illustrations in the decisions of the courts of, for example, Canada, Germany, India, New Zealand, the United Kingdom and the United States".

⁶⁴ Selon le juge de la Cour suprême du Canada, Claire L'HEREUX-DUBÉ, « The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court », *Tulsa Law Journal*, 1998, p. 14.

⁶⁵ Voir la recherche de Catherine DUPRÉ, *Importing Law in Post-Communist Transitions*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

juridique spécifique et d'une technique de motivation des décisions différente⁶⁶. Ou bien que ceci est très rare là où une interprétation constitutionnelle de type originaliste prédomine ou, en tout cas, un débat serré est en cours au sujet du recours au droit étranger du point de vue de la souveraineté nationale, comme c'est le cas aux États-Unis. Ou, encore, que cela représente une propension plus vraisemblable dans les pays avec de nouvelles constitutions, qui sont encore dépourvus de leur propre patrimoine de précédents nationaux, sédimentés dans le temps⁶⁷ ; ou bien dans des pays sortant de régimes autoritaires, où la démocratie est encore en phase de renforcement et les Cours préfèrent s'appuyer à l'autorité de leurs homologues des démocraties stabilisées⁶⁸.

Pour toutes ces raisons, en dernière instance il s'agit là d'un phénomène beaucoup plus limité de ce que l'énorme débat doctrinal sur le sujet ne puisse faire penser, et qui est finalement circonscrit, pour la plupart, aux systèmes juridiques d'origine britannique⁶⁹.

Néanmoins, si l'on examine les décisions déjà citées en matière d'antiterrorisme en gardant à l'esprit les informations sur l'usage des précédents étrangers, il ne semble pas possible de soutenir la thèse de la présence d'un phénomène de « *extensive cross-references among Courts* »⁷⁰.

Quelque peu banalement, peut-être, on peut affirmer que les Cours les plus disposées à rappeler ouvertement les précédents étrangers adoptent cette technique même en matière de législation antiterrorisme, tandis que celles moins disposées ne modifient pas leur attitude ni devant le caractère global du phénomène, ni suite à l'existence de cas étrangers célèbres et universellement connus.

Ainsi, aucune référence à des précédents étrangers n'est trouvable dans les décisions du Tribunal constitutionnel allemand et du Conseil constitutionnel français, ni dans celles de la Cour suprême des États-Unis, bien que pour des raisons différentes.

⁶⁶ Comme la France ou l'Italie (citées par Basil MARKESINIS / Jörg FEDTKE, « The Judge as Comparatist », *Tulane Law Review*, 2005, p. 11 en tant qu'exemples d'une attitude "Doing It But Not Admitting"; l'Allemagne, au contraire est insérée par Basil MARKESINIS / Jörg FEDTKE, « The Judge as Comparatist », cit., p. 34 dans la catégorie "Doing it Openly", mais en se référant au droit étranger en général et non à la jurisprudence; l'Espagne (voir Lucio PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, cit., p. 19 s.), ou encore le Japon, au sujet duquel on peut voir Christopher MCCRUDDEN, « Human Rights and Judicial Use of Comparative Law », in ÖRÜCÜ (éd.), *Judicial Comparativism in Human Rights, UK National Committee of Comparative Law*, London, 2003, p. 8 s.

⁶⁷ Outre à l'Afrique du Sud, ce cas pourrait s'appliquer également à la Namibie, à Israël et à la Nouvelle-Zélande, dont les cartes des droits sont relativement nouvelles. Voir Jeffrey GOLDSWORTHY, *Interpreting Constitutions*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 339 s.

⁶⁸ Dans ce sens s'exprime Marie-Claire PONTHEAU, « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel », cit., p. 168-169, lorsqu'elle cite l'analyse de Catherine DUPRE, *Importing Law in Post-Communist Transitions*, cit. sur la Court constitutionnelle hongroise. Le même vaut pour Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., p. 73.

⁶⁹ Christopher MCCRUDDEN, « Human Rights and Judicial Use of Comparative Law », cit., p. 1 s. documente l'usage de précédents étrangers en Israël, Australie, Afrique du Sud, Canada, Inde, Nouvelle-Zélande, Zimbabwe et Irlande.

⁷⁰ Eyal BENVENISTI, « United we stand », cit., p. 272.

Au contraire, la *House of Lords*, la Cour suprême du Canada, la Cour suprême de la Nouvelle Zélande, la Cour suprême d'Israël et la *High Court* australienne semblent disposées à citer les décisions rendues par les autres Cours après le 11 septembre. D'ailleurs, cela se produit dans un contexte où il est nécessaire de mettre en évidence certains points : a) la tendance générale à faire référence au droit étranger, donc pas seulement aux sentences étrangères ; pour donner un exemple, la référence aux solutions législatives adoptées par d'autres pays est fréquente, même pour indiquer la possibilité d'en introduire d'analogues dans son propre système⁷¹ ; b) la présence, dans les décisions mêmes, de références étendues aux précédents étrangers qui ne sont pas étroitement liés aux mesures antiterrorisme et sont pourtant à attribuer, en général, à la tradition du *common law* ; c) évidemment la référence aux précédents étrangers post 11-septembre est toujours chargée de « autorité de persuasion » (*persuasive authority*)⁷² : elle concerne souvent non pas de solutions spécifiques mais des affirmations de principe, surtout au sujet du rôle du pouvoir judiciaire dans la lutte au terrorisme.

À titre d'exemple, cela arrive au cas de citations de la jurisprudence israélienne, qui vont de pair avec celles des articles de doctrine du *Chief Justice* de l'époque, Aharon Barak : on peut rappeler à cet égard soit l'opinion majoritaire des juges Iacobucci et Arbour dans l'affaire canadienne sur les investigations antiterrorisme⁷³, soit celle du juge Carswell dans la décision de la *House of Lords* sur la torture⁷⁴, soit l'opinion de minorité du Chief Justice Kirby dans l'affaire *Al-Kateb*⁷⁵, sur la détention indéfinie d'un apatride soupçonné de terrorisme⁷⁶. Ou encore, les citations de la sentence de la *House of Lords* dans l'affaire *Belmarsh*, sur la détention illimitée des suspects terroristes, faites par la Cour suprême indienne⁷⁷, ou par la majorité de la *High Court* australienne

⁷¹ C'est bien ce qui se passe dans le cas *Charkaoui*, là où la Cour suprême du Canada indique le recours à un avocat particulier, suivant le modèle adopté au Royaume Uni, comme solution possible au problème de concilier le besoin de discrétion des informations de *intelligence* avec le principe du contradictoire dans le procédé d'expulsion de suspects de terrorisme (*Charkaoui v. Canada* (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9).

⁷² En tout cas, le recours aux précédents étrangers ne peut pas être doué de *binding authority*, voir Austen L. PARRISH « Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law » en *University of Illinois Law Review*, 2007, p. 637 (674) ; Andrew HARDING, « Comparative Case Law in the Commonwealth, cit. », p. 438, En termes plus générales, voir Patrick GLENN, « Persuasive Authority », *McGill Law Journal*, 1987, p. 261.

⁷³ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 7.

⁷⁴ *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 7, par. 150.

⁷⁵ *Al-Kateb v. Godwin* [2004] HCA 37, par. 164

⁷⁶ Les deux opinions font référence à *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel* (1999) 7 BHRC 31, para 39, supra.

⁷⁷ *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) n. 196/2001, 16/12/2003, par. 3: "At the same time in the light of global terrorist threats, collective global action is necessary. Lord Woolf CJ in *A, X and Y, and another V. Secretary of the State for the Home Department* has pointed out that "...Where international terrorists are operating globally and committing acts designed to terrorize the population in one country, that can have implications which threaten the life of another. This is why a collective approach to terrorism is important."

dans l'affaire *Thomas* sur les ordres de contrôle ⁷⁸, ou bien encore la référence aux décisions américaines dans les affaires *Rasul* et *Hamdi* faites de la part des juges dissidents de la *High Court* australienne dans les affaires *Al- Kateb* et *Thomas*⁷⁹.

Ce n'est qu'en cas très rares que l'on assiste à la « migration » de la solution adoptée par une Cour dans une autre juridiction : cela est arrivé au sujet des décisions de la Cour suprême de la Nouvelle Zélande dans l'affaire *Zaoui*, décisions qui adoptent explicitement le test mis au point par la Cour suprême du Canada en *Suresh* pour vérifier le caractère raisonnable de l'expulsion d'un étranger représentant un risque pour la sécurité intérieure⁸⁰.

En d'autres occasions, le rappel aux décisions étrangères arrive dans le contexte de l'évaluation du caractère raisonnable de choix législatifs nationaux analogues à celle examinées dans les arrêts cités : c'est le cas de la sentence canadienne *Charkaoui* sur l'expulsion par des raisons de sécurité, qui rappelle plusieurs fois l'affaire *Belmarsh* à propos de la détention de suspects terroristes⁸¹.

⁷⁸ *Thomas v Mowbray*, cit., par. 509. Le juge Hayne fait référence au cas *Belmarsh* lorsqu'il déclare : "Difficulties that are presented for courts by reference to intelligence material are well illustrated by the decision of the House of Lords in *A v. Secretary of State for the Home Department*. The majority of the House formed its conclusions about whether 'there was an emergency threatening the life of the nation' upon its examination of only some of the material that had been placed before the relevant administrative decision-maker: by reference to only the 'public' as distinct from the 'closed' material".

⁷⁹ Voir l'opinion du juge Kirby in *Al-Kateb*, cit., par. 157-158: "There [in *Rasul v. Bush*] the claim of the United States Executive to a power to detain persons accused "of terrorist connections without access to lawyers or the outside world and without any possibility of significant review by courts or other judicial bodies"[190] was decisively rejected. The resistance of the judiciary to such notions was reaffirmed. These are not, therefore, rare and atypical cases. They are legion. And, in recent times, they have been largely consistent". Voir aussi l'opinion du même juge Kirby in *Thomas*, par. 292: "Whilst I do not doubt that 'terrorism' is a matter of concern to the community of nations, I do not accept that declaring Div 104 invalid, if that result were otherwise required, would affect Australia's international relations. Courts in other countries have considered, or are considering, questions similar to those raised in these proceedings. Those courts have not refrained from declaring invalid laws that purport to deal with 'terrorism' where such laws are found to offend municipal constitutional requirements. Neither should this Court.". Cette opinion cite dans les notes plusieurs décisions : "See, for example, *M v Secretary of State for the Home Department* [2004] EWCA Civ 324 ; [2004] 2 All ER 863 ; *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 ; [2005] 2 AC 68 ; *Secretary of State for the Home Department v JJ* [2006] EWHC 1623 (Admin) ; [2006] EWCA Civ 1141 ; [2006] 3 WLR 866 (CA) ; *Khawaja* (2006) 42 CR (6th) 348 at 387 [87] ; *Charkaoui* 2007 SCC 9 ; *Rasul v Bush* 542 US 466 (2004) ; *Hamdan v Rumsfeld* 165 L Ed 2d 723 (2006) ; *Mohamed v President of the Republic of South Africa* 2001 (3) SA 893". Dans ce même arrêt il ajoute : "The Australian Constitution should be read, so far as the text allows, in a way that is harmonious with the universal principles of the international law of human rights and not destructive of them. Australia has ratified and accepted those principles. They are upheld by other civilised nations. They are available to assist our understanding of the contemporary limits and requirements of the Australian Constitution. As such, they confirm the constitutional conclusions that I have already expressed", tout en citant dans la note 524 *Mohamed v President of the Republic of South Africa* 2001 (3) SA 893 at 921 [68] ; *Rasul v Bush* 542 US 466 (2004) ; *Hamdan v Rumsfeld* 165 L Ed 2d 723 (2006) ; *Beit Sourik Village Council v Government of Israel* 43 ILM 1009 at 1128 [86] (2004) per Barak P (Mazza VP and Cheshin J concurring).

⁸⁰ Ainsi s'exprime *Zaoui n. 2*, [2006] 1 NZLR 289 : "We adopt essentially the test stated by the Supreme Court of Canada in *Suresh*, a test close to that stated by the Court of Appeal and not really disputed before us : to come within article 33.2, the person in question must be thought on reasonable grounds to pose a serious threat to the security of New Zealand ; the threat must be based on objectively reasonable grounds and the threatened harm must be substantial".

⁸¹ Dans le par. 127 on remarque que "Dans *Re A*, la conclusion selon laquelle il y avait violation des normes de détention établies dans la *Convention européenne des droits de l'homme* reposait sur le fait que la loi du Royaume-Uni

La position de la Cour suprême de l'Inde est particulière : ici comme ailleurs, après avoir démontré de connaître les précédents étrangers, elle affirme quand même de ne pas vouloir les rappeler en détail, en disposant sur le même sujet de précédents propres s'adaptant parfaitement au cas à trancher⁸².

En dehors du domaine traditionnel des références aux précédents étrangers, une citation spéciale est faite, par la Cour suprême canadienne en Khadr, à la sentence Hamdan de la Cour suprême des États-Unis : la possibilité d'appliquer le Charte canadienne des droits et libertés à un citoyen canadien emprisonné à Guantanamo dérive, en effet, de la déclaration d'inconstitutionnalité de la Cour étatsunienne au sujet des procédures suivies à Guantanamo⁸³.

En conclusion, bien que on soit conscient de la possibilité d'ajouter beaucoup d'autres exemples, j'aimerais bien terminer avec les mots utilisés par le *Chief Justice* de la *High Court* australienne, Michael Kirby, à propos du rôle des Cours dans le contrôle des mesures antiterrorisme. En les adaptant aux citations des précédents étrangers, on peut dire que dans cette matière les Cours ne montrent aucune disposition différente par rapport à l'ordinaire⁸⁴. Dans le contexte de la « banalisation » de l'urgence, même sous ce point de vue on peut bien dire : « *business as usual* »⁸⁵, ce qui nous rassure un peu quant à l'état de santé de l'Etat de droit.

permettait la détention permanente. Contrairement à cette loi, la *LIPR* n'autorise pas la détention pour une période indéterminée et, interprétée conformément aux motifs qui précèdent, elle prévoit un mécanisme de contrôle efficace qui respecte les exigences du droit canadien ».

⁸² *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, cit. Après avoir rappelé exprès un passage de *A, X and Y, and another V. Secretary of the State for the Home Department*, en faisant référence à la stratégie mise en place par les terroristes afin de poursuivre leurs objectifs, l'on affirme : "Our attention has been drawn to legal position in USA, Canada, New Zealand, Australia and UK as well as the view expressed in the European Court of Human Rights in various decisions. However, it is not necessary to refer any of them because the legal position has been fully set out and explained in *Kartar Singh* and provision of POTA in Section 30 clause (2) has been modeled on the guidelines set out therein".

⁸³ *Canada (Justice) v. Khadr* [2008] 2 SCR 125 : « La procédure en cours à Guantanamo au moment où les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr puis transmis l'information recueillie aux autorités américaines a été jugée par la Cour suprême des États Unis contraire au droit interne étatsunien et à des conventions internationales sur les droits de la personne dont le Canada est signataire. Au vu de cette conclusion, la courtoisie, qui commanderait normalement la déférence vis-à-vis du droit étranger, ne s'applique pas en l'espèce. La *Charte* s'applique donc, et son art. 7 impose au Canada une obligation de communication. La teneur de cette obligation est déterminée par la nature de la participation canadienne à une procédure attentatoire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Ainsi, dans la présente affaire, le Canada est tenu de communiquer à M. Khadr les documents relatifs aux entretiens et tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens, sous réserve de la revendication d'un privilège ou d'une exception d'intérêt public. »

⁸⁴ Voir encore Pierre MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », cit., p. 2: « Je tiens à souligner, à ce propos, que, de même que la législation antiterroriste s'inscrit dans le cadre de la structure judiciaire classique, le Conseil fait application de sa jurisprudence classique pour en contrôler la constitutionnalité : autrement dit, pas plus qu'il n'y a de législation d'exception, il n'y a de jurisprudence d'exception ».

⁸⁵ Voir Michael KIRBY, « Judicial review in a time of terrorism. Business as usual », cit., p. 46.